diritto & religioni

Semestrale
Anno XIII - n. 1-2018
gennaio-giugno

ISSN 1970-5301

25

LUIGI PELLEGRINI EDITORE

Diritto e Religioni

Semestrale
Anno XII - n. 2-2017
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttori
Mario Tedeschi - Maria d'Arienzo

Comitato scientifico
F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, R. Coppola, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, M. C. Folliero (†), A. Fuccillo, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli (†), R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, A. Zanotti, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

Sezioni	Direttori Scientifici
Antropologia culturale	M. Minicuci
Diritto canonico	A. Bettetini, G. Lo Castro
Diritti confessionali	M. d'Arienzo, V. Fronzoni, A. Vincenzo
Diritto ecclesiastico	M. Jasonni, L. Musselli (†)
Sociologia delle religioni e teologia	G.J. Kaczyński, M. Pascali
Storia delle istituzioni religiose	R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

Settori Responsabili	
Giurisprudenza e legislazione amministrativa	G. Bianco, R. Rolli
Giurisprudenza e legislazione canonica	M. Ferrante, P. Stefanì
Giurisprudenza e legislazione civile	L. Barbieri, Raffaele Santoro, Roberta Santoro
Giurisprudenza e legislazione costituzionale e comunitaria	G. Chiara, R. Pascali, C.M. Pettinato
Giurisprudenza e legislazione internazionale	S. Testa Bappenheim
Giurisprudenza e legislazione penale	V. Maiello
Giurisprudenza e legislazione tributaria	A. Guarino, F. Vecchi

Parte III

Settori	Responsabili
Letture, recensioni, schede, segnalazioni bibliografiche	M. Tedeschi

CRITERI PER LA VALUTAZIONE DEI CONTRIBUTI

Da questo numero tutti i contributi sono sottoposti a valutazione.

Di seguito si riportano le modalità attuative.

Tipologia – È stata prescelta la via del *referee* **anonimo e doppiamente cieco**. L'autore non conosce chi saranno i valutatori e questi non conoscono chi sia l'autore. L'autore invierà il contributo alla Redazione in due versioni, una **identificabile** ed una **anonima**, esprimendo il suo consenso a sottoporre l'articolo alla valutazione di un esperto del settore scientifico disciplinare, o di settori affini, scelto dalla Direzione in un apposito elenco.

Criteri – La valutazione dello scritto, lungi dal fondarsi sulle convinzioni personali, sugli indirizzi teorici o sulle appartenenze di scuola dell'autore, sarà basata sui seguenti parametri:

originalità;

pertinenza all'ambito del settore scientifico-disciplinare IUS 11 o a settori affini;

conoscenza ed analisi critica della **dottrina** e della **giurisprudenza**;

correttezza dell'impianto metodologico;

coerenza interna formale (tra titolo, sommario, e *abstract*) e sostanziale (rispetto alla posizione teorica dell'autore);

chiarezza espositiva.

Doveri e compiti dei valutatori – Gli esperti cui è affidata la valutazione di un contributo:

– trattano il testo da valutare come confidenziale fino a che non sia pubblicato, e distruggono tutte le copie elettroniche e a stampa degli articoli ancora in bozza e le loro stesse relazioni una volta ricevuta la conferma dalla Redazione che la relazione è stata ricevuta;

– non rivelano ad altri quali scritti hanno giudicato; e non diffondono tali scritti neanche in parte;

– assegnano un punteggio da 1 a 5 – sulla base di parametri prefissati – e formulano un sintetico giudizio, attraverso un'apposita scheda, trasmessa alla Redazione, in ordine a **originalità, accuratezza** metodologica, e **forma** dello scritto, giudicando con obiettività, prudenza e rispetto.

Esiti – Gli esiti della valutazione dello scritto possono essere: (a) non pubblicabile; (b) non pubblicabile se non rivisto, indicando motivamente in cosa; (c) pubblicabile dopo qualche modifica/integrazione, da specificare nel dettaglio; (d) pubblicabile (salvo eventualmente il lavoro di *editing* per il rispetto dei criteri redazionali). Tranne che in quest'ultimo caso l'esito è comunicato all'autore a cura della Redazione, nel rispetto dell'anonimato del valutatore.

Riservatezza – I valutatori ed i componenti della Direzione, del Comitato scientifico e della Redazione si impegnano al rispetto scrupoloso della riservatezza sul contenuto della scheda e del giudizio espresso, da osservare anche

dopo l'eventuale pubblicazione dello scritto. In quest'ultimo caso si darà atto che il contributo è stato sottoposto a valutazione.

Valutatori – I valutatori sono individuati tra studiosi fuori ruolo ed in ruolo, italiani e stranieri, di chiara fama e di profonda esperienza del settore scientifico-disciplinare IUS 11 o che, pur appartenendo ad altri settori, hanno dato ad esso rilevanti contributi.

Vincolatività – Sulla base della scheda di giudizio sintetico redatta dai valutatori il Direttore decide se pubblicare lo scritto, se chiederne la revisione o se respingerlo. La valutazione può non essere vincolante, sempre che una decisione di segno contrario sia assunta dal Direttore e da almeno due componenti del Comitato scientifico.

Eccezioni – Il Direttore, o il Comitato scientifico a maggioranza, può decidere senza interpellare un revisore:

– la pubblicazione di contributi di autori (stranieri ed italiani) di riconosciuto prestigio accademico o che ricoprono cariche di rilievo politico-istituzionale in organismi nazionali, comunitari ed internazionali anche confessionali;

– la pubblicazione di contributi già editi e di cui si chieda la pubblicazione con il permesso dell'autore e dell'editore della Rivista;

– il rifiuto di pubblicare contributi palesemente privi dei necessari requisiti di scientificità, originalità, pertinenza.

Comitato dei referees

Prof. Andrea Bettetini - Prof.ssa Geraldina Boni - Prof. Salvatore Bordonali - Prof. Antonio Giuseppe Maria Chizzoniti - Prof. Orazio Condorelli - Prof. Pierluigi Consorti - Prof. Raffaele Coppola - Prof. Giuseppe D'Angelo - Prof. Pasquale De Sena - Prof. Saverio Di Bella - Prof. Francesco Di Donato - Prof. Olivier Echappè - Prof. Nicola Fiorita - Prof. Antonio Fuccillo - Prof. Chiara Ghedini - Prof. Federico Aznar Gil - Prof. Ivàn Ibàn - Prof. Pietro Lo Iacono - Prof. Dario Luongo - Prof. Agustin Motilla - Prof. Vincenzo Pacillo - Prof. Salvatore Prisco - Prof. Francesco Rossi - Prof. Annamaria Salomone - Prof. Patrick Valdrini - Prof. Gian Battista Varnier - Prof. Carmela Ventrella - Prof. Marco Ventura - Prof. Ilaria Zuanazzi.

Direzione:
Cosenza 87100 - Luigi Pellegrini Editore
Via Camposano, 41 (ex via De Rada)
Tel. 0984 795065 - Fax 0984 792672
E-mail: info@pellegrinieditore.it

Redazione:
Cosenza 87100 - Via Camposano, 41
Tel. 0984 795065 - Fax 0984 792672
E-mail: info@pellegrinieditore.it

Napoli 80133- Piazza Municipio, 4
Tel. 081 5510187 - 80133 Napoli
E-mail: martedes@unina.it

Napoli 80134 - Dipartimento di Giurisprudenza Universita degli studi di Napoli Federico II
I Cattedra di diritto ecclesiastico
Via Porta di Massa, 32
Tel. 081 2534216/18

E-mail: dirittoereligioni@libero.it
Abbonamento annuo 2 numeri:
per l'Italia, € 75,00
per l'estero, € 120,00
un fascicolo costa € 40,00
i fascicoli delle annate arretrate costano € 50,00
È possibile acquistare singoli articoli in formato pdf al costo di € 8,00 al seguente link: *www.pellegrinieditore.com/node/360*
Per abbonarsi o per acquistare fascicoli arretrati rivolgersi a:
Luigi Pellegrini Editore
Via De Rada, 67/c - 87100 Cosenza
Tel. 0984 795065 - Fax 0984 792672
E-mail: info@pellegrinieditore.it
Gli abbonamenti possono essere sottoscritti tramite:
– versamento su conto corrente postale n. 11747870
– bonifico bancario Iban IT 88R0103088800000000381403 Monte dei Paschi di Siena
– assegno bancario non trasferibile intestato a Luigi Pellegrini Editore.
– carta di credito sul sito *www.pellegrinieditore.com/node/361*
Gli abbonamenti decorrono dal gennaio di ciascun anno. Chi si abbona durante l'anno riceve i numeri arretrati. Gli abbonamenti non disdetti entro il 31 dicembre si intendono rinnovati per l'anno successivo. Decorso tale termine, si spediscono solo contro rimessa dell'importo.
Per cambio di indirizzo allegare alla comunicazione la targhetta-indirizzo dell'ultimo numero ricevuto.
Tutti i diritti di riproduzione e traduzione sono riservati.
La collaborazione è aperta a tutti gli studiosi, ma la Direzione si riserva a suo insindacabile giudizio la pubblicazione degli articoli inviati.
Gli autori degli articoli ammessi alla pubblicazione, non avranno diritto a compenso per la collaborazione. Possono ordinare estratti a pagamento.
Manoscritti e fotografie, anche se non pubblicati, non saranno restituiti.
Autorizzazione presso il Tribunale di Cosenza.
Iscrizione R.O.C. N. 316 del 29/08/01
ISSN 1970-5301

INDICE

Diritto canonico

COSTANTINO FABRIS
Alcune considerazioni sull'istituto della sanatio in radice *nel diritto della Chiesa. La concessione della* sanatio in radice *in foro interno* 7

Focus: "Tanto lontano dalla vita?" Il Diritto canonico nel processo di formazione della professionalità del giurista.

VINCENZO PACILLO
Introduzione 37

PAOLA BUSELLI MONDIN
La famiglia nel diritto e nella prassi della Chiesa 45

MARIA D'ARIENZO
Diritto canonico e storia. I paradossi interpretativi tra tradizione e innovazione 69

CHIARA MINELLI
"Prima lezione" di diritto canonico 87

VINCENZO PACILLO
Diritto canonico e migrazioni. Spunti di riflessione a partire dall'opera di Eugenio Corecco 100

MARIA CHIARA RUSCAZIO
Diritto canonico e culture 118

EMMA GRAZIELLA SARACENI
Diritto canonico e questione femminile 135

Diritto Ecclesiastico

MARCO CANONICO
La normativa che disciplina i rapporti tra lo Stato e l'Istituto Buddista Italiano Soka Gakkai 163

CATERINA GAGLIARDI
Eguaglianza delle libertà e obiezione di coscienza all'aborto 187

GIOVANNI LUCHENA
Le esenzioni fiscali alla Chiesa cattolica sono compatibili con il diritto dell'UE? Brevi considerazioni a margine di una recente sentenza della Corte di giustizia UE 199

MARCO PARISI
Il fattore religioso nella scuola pubblica italiana: con uno sguardo al pluralismo e all'Europa 205

Fabio Vecchi
I Patti per «accordo-quadro» di Villa Madama e l'art. 7, co.1 Cost. italiana. Nascita, affermazione e dilatazione planetaria di un modello giuridico concordatario 226
Carmela Ventrella
La Corte d'appello dello Stato della Città del Vaticano e alcuni aspetti della sua competenza in materia disciplinare 265

Storia delle istituzioni religiose e dei rapporti tra Diritto e Religioni
Daniele Edigati
Principio Nullus invitis detur episcopus*, politiche giurisdizionaliste e diritto di resistenza nei confronti della Santa Sede. Il caso della nomina dell'arcivescovo Tommaso Cervioni a Lucca (1729-1731)* 276
Argomenti, dibattiti, cronache
Marco Canonico
La posizione della Chiesa cattolica riguardo al fine vita 309
Lucia Dianda
Legami d'amore e tradizione. Analogie e differenze tra matrimonio e unioni civili 337
Raffaella Losurdo
L'uso del kirpan: problematiche ad esso connesse ed eventuali soluzioni 354
Anna Pane
La procreazione medicalmente assistita: problemi e prospettive 375
Gianluca Sardi
Il «Personale» e il «Politico» nel Saggio sulla tolleranza di John Locke 394

Parte II

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
- Presentazione 409
- Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 maggio 2017, n. 2597
(Beni di interesse storico ed artistico - Tutela) 411
- Consiglio di Stato, Sez. III, 18 settembre 2017, n. 4374
(Ospedali religiosi - Natura) 417
- Consiglio di Stato, Sez. IV, 30 gennaio 2018, n. 623
(rimozione cappellano militare per non idoneità ecclesiastica) 425
- Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sez. II di Milano, 9 marzo 2018 n. 686
(revoca provvedimento urbanistico realizzazione edificio di culto) 440
- Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, Sez. I, 19 marzo 2018 n. 321
(tutela del culto per i defunti) 444

- *Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sez. I ter di Roma, 7 aprile 2018 n. 3868*
(giurisdizione circa le controversie in materia di iscrizione degli enti ecclesiastici nel registro delle persone giuridiche) 449

Giurisprudenza e legislazione canonica (Paolo Stefanì)
- *Presentazione* 453
- Lettera Apostolica in forma di *Motu Proprio Maiorem hanc dilectionem* (11 luglio 2017) 454
- Lettera Apostolica in forma di *Motu Proprio Magnum Principium* (3 settembre 2017, con nota e commento del Segretario della Congregazione per il Culto e la Disciplina dei Sacramenti) 457
- Lettera Apostolica in forma di *Motu Proprio Summa familiae cura* (8 settembre 2017) 462

Giurisprudenza Rotale (Mario Ferrante)
-*Tribunale Apostolico della Rota Romana*, *Decretum,* 22 marzo 2017, *coram Jaeger* Ponente (Inammissibilità Appello "manifestamente dilatorio"), con Nota di 465
Mario Ferrante, *Primi orientamenti giurisprudenziali della Rota Romana sull'inammissibilità dell'appello "manifestamente dilatorio" (can. 1680 § 2, can. 1687 § 4).* 471

Giurisprudenza e legislazione civile
- *Presentazione* 479
- *Legge 22 dicembre 2017, n. 219* – Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento 482
- *D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 117* – Codice del Terzo Settore a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106 487
- *Corte di Cassazione, Sezioni Unite, Sentenza 18 settembre 2017, n. 21541* (Chiesa cattolica, enti centrali, rapporto di lavoro, dipendenti, scuole confessionali, giurisdizione) 488
- *Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, Sentenze 8 maggio 2017, nn. 11165 e 11166* (Discriminazione collettiva, nazionalità, legittimazione attiva, d.lgs. 215/03) 489
- *Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile, Sentenza 7 giugno 2017, n. 14158* (Testimoni di Geova, rifiuto cure per motivi religiosi, amministrazione di sostegno), con nota di 489
Lucia Scalera, *Rifiuto delle trasfusioni per motivi religiosi, disposizioni anticipate di trattamento e amministrazione di sostegno: natura gestoria o decisoria del decreto di autorizzazione?* 490
- *Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile, Sentenza 15 giugno 2017, n. 14878* (Coppie omosessuali, unioni civili, rettificazione, atto di nascita,

ordine pubblico) 504
- *Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile, Sentenza 5 dicembre 2017, n. 29109* (Matrimonio concordatario, delibazione, sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale) 504
- *Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile, Sentenza 14 dicembre 2017, n. 30122* (Riconoscimento figlio naturale, impugnazione, prova, rifiuto delle prove ematologiche, elevato rilievo) 505
- *Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile, Sentenza 19 dicembre 2017, n. 30496* (Delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale, procedimento di delibazione, cessazione della materia del contendere) 505
- *Rassegna di giurisprudenza*
Paolo di Marzio
Persone, famiglia e tutela degli incapaci, nella giurisprudenza della Cassazione nel 2016 506
Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile, Sentenza 12 marzo 2018, n. 5894 (Trascrizione tardiva *post mortem*, istanza unilaterale, conoscenza e non opposizione, accertamento) 532
- *Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile, Sentenza 24 maggio 2018, n. 12954* (Affidamento, minori e libertà religiosa) con nota di
Roberta Santoro, *Educazione religiosa, disagio e minori* 533
- *Corte di Appello di Trieste, Sentenza 10 agosto 2017*
(Azione antidiscriminatoria, giudice del lavoro, rito del lavoro, appello) 540
- *Corte di Appello di Lecce, Sentenza 2 febbraio 2018, n. 7* (Delibazione, sentenza episcopale, processo matrimoniale più breve, accoglimento), con nota di 540
Raffaele Santoro, Processus brevior *e delibazione delle sentenze episcopali di nullità matrimoniale* 541
- *Tribunale di Genova, Ordinanza 28 luglio 2017* (Discriminazione, ordinanza sindacale, immigrazione, obbligo di rimozione e pubblicazione) 556
- *Tribunale di Padova, Sentenza 8 settembre 2017, n. 2102*
(Divorzio in Italia, legge sostanziale marocchina, Regolamento U.E. n. 1259/2010, dono di consolazione) 556
- *Tribunale di Paola, Sentenza 15 febbraio 2018* (Matrimonio rovinato, catering, cibo avariato, danno morale ed esistenziale) 557
- *Tribunale di Pistoia, Ordinanza 5 luglio 2018* (Adozione, *stepchild adoption*, coppie omosessuali, procreazione medicalmente assistita, superiore interesse del minore) 557

Giurisprudenza e legislazione costituzionale e comunitaria
- Presentazione 558
- Corte di Giustizia dell'Unione europea
Grande Camera, Sentenza 27 giugno 2017, n. C-74/16
Spagna- Chiesa Cattolica- Accordo, Aiuti di Stato - Immobili della Chiesa

cattolica- Congregazione delle Scuole Pie della Provincia Betania- Attività economica Impresa- Esenzione- Imposta sulle costruzioni- concorrenza tra imprese. 561
- Corte Europea dei Diritti dell'Uomo
Quinta Sezione, Sentenza 15 giugno 2017, rich. n. 58088/08, *Metodiev et autres v. Bulgarie* 566
- Violazione degli artt. 9, 11 e 14 Cedu - Libertà di religione - Condizioni per ottenere il riconoscimento di una associazione religiosa – Analiticità nell'indicazione delle credenze e dei riti dell'associazione – Non richiesta in una società democratica. 566
- Corte Europea dei Diritti dell'Uomo
Quarta Sezione, Sentenza 5 dicembre 2017, rich. n. 57792/15, *Hamidović v. Bosnia and Herzegovina*
Violazione dell'art. 9 CEDU – Condanna per oltraggio alla Corte di un soggetto che si è rifiutato di togliere lo zucchetto, simbolo religioso, in occasione dello svolgimento di una testimonianza in Tribunale - Sussistenza della violazione. 569
- Corte Europea dei Diritti dell'Uomo
Prima Sezione, Sentenza 12 ottobre 2017, rich n. 75604/11, *Adyan and others v. Armenia*
- Violazione dell'art. 9 CEDU – Obiezione di coscienza in riferimento sia al servizio militare, che al servizio civile previsto quale alternativa per gli obiettori di coscienza, ma avente natura sostanzialmente militare, in quanto sottoposto a supervisione e controllo militare – Sussistenza della violazione. 569
- Corte Europea dei Diritti dell'Uomo
Quarta Sezione, Sentenza 27 Febbraio 2018, rich. n. 66490/09, *Mockutè v. Lithuania*
Diffusione di informazioni relative alla salute del paziente e ricovero per 'correggerne' le convinzioni religiose – Violazione degli articoli 8 e 9 CEDU. 573
- Corte Costituzionale, *Sentenza* 18 dicembre 2017, n. 272
Art. 263 del codice civile: impugnazione del riconoscimento del figlio naturale per difetto di veridicità – Asserita illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente all'interesse dello stesso – Infondatezza della questione. 577
-Corte Costituzionale, *Sentenza* 25 maggio 2018, n. 107
Legge della regione Veneto: iscrizione agli asili nido pubblici assumendo quale titolo preferenziale la residenza ininterrotta (o l'attività lavorativa, anche non continuativa) per quindici anni nella regione – Asserita illegittimità costituzionale: violazione dell'art. 3 Cost.; contrasto con la

vocazione sociale degli asili nido; lesione della libertà di circolazione; carattere sproporzionato della durata della residenza richiesta – Fondatezza della questione. 587

Giurisprudenza e legislazione internazionale
- *Presentazione* 594
Laicità dello Stato
- *CAA Versailles, IVème chambre, n. 15VE03582, del 19 dicembre 2017 (Francia)*
Islam – simboli religiosi 595
- CAA di Nantes, Vème chambre, n. 16nt03197, del 29 gennajo 2018 (Francia)
Islam – *laïcité* – *séparation* – égalité - cittadinanza 595
- Tribunal Administratif di Digione, n. 1502100/1502726, del 28 agosto 2017 (Francia) Islam – mensa scolastica – carne di suino 596
- *Conseil d'*État, *IIème-VIème chambres réunies, n. 412462, dell'11 aprile 2018 (Francia)*
Islam – *laïcité* – *séparation* – égalité - cittadinanza 596
- *CAA di Nancy, IVème chambre, n. 16NC00485, del 20 febbrajo 2018 (Francia)*
Loi de Séparation – Alsazia Lorena – fabbriceria – obbligazione solidale 597
- *Legge per la limitazione delle attività commerciali di domenica e nei giorni festivi, del 10 gennaio 2018 (Polonia)*
Giorni festivi - domenica 598
- *Supreme Court of the State of Washington, affaire J.J. Sprague vs Spokane Valley Fire Department, n. 93800/8, del 25 gennajo 2018 (Stati Uniti)*
Neutralità Pubblica Amministrazione – licenziamento – Vigili del fuoco 601
- *Alabama Court of Civil Appeals, n. 2160563, del 28 luglio 2017 (Stati Uniti)*
Ricusazione – magistratura 601
- *New Jersey Supreme Court, affaire FFRF vs Morris County, n. 79277, del 18 aprile 2018 (Stati Uniti)* 601
Establishment Clause – manutenzione edifici di culto
- *Supremo Tribunal Federal, n. 4439, del 27 settembre 2017 (Brasile)*
Insegnamento della religione nella scuola pubblica 602

Chiesa cattolica
Cour de Cassation, chambre criminelle, n. 16/83860, del 6 dicembre 2017 (Francia)
Fondi parrocchiali – consiglio per gli affari economici - 603
- *CAA di Douai, IIIème chambre, n. 16 da 00820, del 9 novembre 2017 (Francia)*
Loi de Séparation – monumenti nazionali – restauri 603
- *Cour de Cassation, Ière chambre civile, n. 16/28741, del 21 marzo 2018* (Francia)
Privacy – religione di Stato – matrimonio – battesimo 604
- *VWG di Magonza, n. 1/k/577/17, dell'11 gennajo 2018 (Germania)*
Munus docendi – ecumenismo 605

- OLG di Karlsruhe, n. 12/u/40/17, del 20 febbrajo 2018 (Germania)
Valori costituzionalmente protetti – riposo notturno 605

Ebraismo
- SG di Berlino, n. S/162/AS/14273/17/ER, del 17 novembre 2017 (Germania)
Libertà religiosa – sinagoga – contributi per l'affitto – Lubavitch 606
- Tribunal des Droits de la Personne, Province de Québec, district de Montréal, n. 500-53-000436-160, del 27 giugno 2017 (Canada)
Shabbath – licenziamento per motivi religiosi 607
- United Kingdom Employment Tribunals, affaire De Groen vs GMH, n. 2016/3347281, del 14 novembre 2017 (Regno Unito)
Scuola privata confessionale – Lubavitch 608
- Airdrie Sheriff Court, affaire PF vs Mark Meechan, 23 aprile 2018 (Regno Unito) Antisemitismo – libertà d'espressione 608
- Court of Appeals, Third Circuit, affaire United States vs Stimler, 7 luglio 2017 (Stati Uniti)
Esimenti penali – ghet – ghet meusè 609

Islam
- OVG della Nord Reno-Westfalia, n. 19/a/997/2, del 9 novembre 2017 (Germania) Insegnamento religioso nelle scuole - Islam 610
- Court of Appeal d'Inghilterra e del Galles, civil division, n. 664, del 13 ottobre 2017 (Regno Unito)
Scuola privata confessionale – Islam – classi separate 610
- Supreme Court of India, affaire Bano vs Union of India et alii, 22 agosto 2017 (India) 611
Ripudio istantaneo – Ripudio *talaq* - Islam
- CAA Marseille, Vème chambre, n. 17MA01337, del 3 luglio 2017 (Francia)
Ordine pubblico – *Hijab – Burka* 612

Sikh
- VGH del Baden-Württemberg, n. 10/s/30/16, del 5 settembre 2017 (Germania)
Turbante - Motocicletta 613

Libertà religiosa
- OLG del Brandenburgo, n. 4/u/84/16, del 2 agosto 2017 (Germania)
Pastafariani – Chiesa dello Spaghetto Volante Miracoloso – Nuovi culti 614
- CAA Lyon, IIIème chambre (à *trois), n. 15LY02801, del 28 novembre 2017 (Francia)*
Islam – pubblico impiego 615
- Court of Appeal dell'Irlanda del Nord, n. 48, del 19 dicembre 2017 (Regno Unito) Facebook - privacy 615
- Supreme Court of Canada, Ktunaxa Nation Council vs Minister of Forests,

Lands and Natural Resource Operations and Glacier, n. 54, del 2 novembre 2017 (Canada) Divinità 615
- Supreme Court of British Columbia, affaire Blackmore et Oler, n. 2017/1288, del 24 luglio 2017 (Canada) Mormoni – Poligamia 616
- Supreme Court of India, n. 366/2018, del 9 aprile 2018 (India) *Jus poenitendi* – matrimonio 616
- Supreme Court of India, n. 231/2018, del 27 marzo 2018 (India) Matrimoni interreligiosi – Caste 617
- Ontario Superior Court of Justice, n. 17/61225, del 6 marzo 2018 (Canada) Minori in affido – Santa Claus – Coniglio pasquale 617

Giurisprudenza e legislazione penale
- Presentazione 618
- Corte di Cassazione, Sez. pen. IV, sentenza 20 aprile 2017, n. 19029 (La posizione di garanzia del Sacerdote) 626
- Corte di Cassazione, Sez. pen. V, sentenza 3 novembre 2017, n. 50189 (Adesione psicologica a una ideologia estremista e partecipazione a una associazione di matrice terroristica) 626
- Corte di Cassazione, Sez. pen. III, sentenza 8 novembre 2017, n. 50928 (DASPO e violenza nel contesto di una manifestazione religiosa) 627
- Corte di Cassazione, Sez. pen. V, sentenza 12 dicembre 2017, n. 55418 (Apologia di terrorismo) 627
- Corte di Cassazione, Sez. pen. III, sentenza 15 febbraio 2016, n. 6104 (La rilevanza probatoria dei registri ecclesiastici nel processo penale), con nota di 627
Pierpaolo Dell'Anno *La rilevanza probatoria dei registri ecclesiastici nel processo penale(Nota a Cass. Pen., Sez.Pen. III, 15 febbraio 2016, n. 6104)* 628
- Corte di Cassazione, Sez. pen. III, sentenza 18 maggio 2018, n. 21997 (Processo penale e procedimento canonico), con nota di 637
Flora Trapani *Ne bis in idem, processo penale e procedimento canonico (Nota a Cass. Pen., Sez pen. III, 18 maggio 2018, n. 21997)* 638

Giurisprudenza e legislazione tributaria
- Presentazione 652
- Agenzia entrate – Dir. centr. normativa – Risoluzione n. 72/E del 19 giugno 2017 (Erogazioni deducibili alle confessioni religiose) 654
- Agenzia entrate – Dir. centr. normativa – Risoluzione n. 89/E dell'11 luglio 2017 (Erogazioni deducibili alle parrocchie per tutela beni culturali) 656
- Commissione tributaria regionale per la Sardegna, Sez. IV, sentenza 19 maggio 2017, n. 154 (Imu su immobili religiosi) 660
- Commissione tributaria regionale per la Puglia, Sez. III, sentenza 6 luglio 2017, n. 2332 (Imu su immobili religiosi) 662

Parte III

Letture

Sistematica, contenuto e proposta del "Corso fondamentale sul diritto nella Chiesa" di Carlos José Errázuriz M. (**Bruno Esposito**) 665

Giovanni Emidio Palaia, *La stazione di arrivo dell'uomo. La persona e il suo destino nel pensiero filosofico-politico di Giorgio La Pira*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 1-315 (**Cesare Pinelli**) 674

Pier Paolo Piergentili, *«Christi nomine invocato». La Cancelleria della Nunziatura di Savoia e il suo archivio (secc. XVI-XVIII)*, Città del Vaticano, Archivio Segreto Vaticano, 2014 (Collectanea Archivii Vaticani 97), pp. 1149 **(Orazio Condorelli)** 678

Recensioni

Matteo Nacci, *Storia del diritto e cultura giuridica. La scienza canonistica del Novecento*, Aracne, Roma, 2017 (**Giovanni Battista Varnier**) 683

Roger Williams, *La sanguinaria dottrina della persecuzione per causa di coscienza (1644)*, a cura di Massimo Rubboli, Edizioni GBU, Chieti, 2017 (Collana "Orizzonti del Pensiero cristiano" 6), XLIV (**Giovanni Battista Varnier**) 684

Giancarlo Anello, *Teologia linguistica e diritto laico*, Edizioni Mimesis, Milano-Udine, 2015, pp. 219 (**Paolo Stefanì**) 687

Alcune considerazioni sull'istituto della sanatio in radice *nel diritto della Chiesa. La concessione della* sanatio in radice *in foro interno*

Costantino-M. Fabris

Introduzione

In uno studio del Prof. Urbano Navarrete degli anni Settanta, poi ripubblicato, l'illustre studioso specificava che i casi di reale conflitto tra foro esterno e foro interno nell'ordinamento canonico si verificano molto raramente con riferimento all'ambito della validità o meno del vincolo matrimoniale[1]. Tale constatazione appare oggi ulteriormente rafforzata anche alla luce delle riforme introdotte dalla codificazione del 1983 a motivo della più corretta distinzione tra foro esterno e foro interno operata dal can. 130 rispetto a quanto indicato dal precedente can. 196 del *Codex Iuris Canonici* del 1917 [=CIC17][2].

Infatti, come anche Navarrete sottolineava, tutte le questioni riguardanti la validità o meno del vincolo matrimoniale canonico vengono solitamente affrontate in foro esterno e, tuttavia, esistono limitate situazioni in cui la validità del vincolo può essere risolta nel solo foro interno. Sono i casi, tra gli altri,

---

[1] Urbano Navarrete, *Conflicto entre el fuero interno y externo en el matrimonio*, in Id., *Derecho matrimonial canónico. Evolución a la luz del Concilio Vaticano II*, BAC, Madrid, 2007, pp. 1138-1158. Il testo è l'originale aggiornato di uno scritto dal medesimo titolo apparso nel volume *Investigationes theologico-canonicae*, Università Gregoriana Editrice, Roma, 1978, pp. 333-346.

[2] Cfr. sul punto: Jean Marie Pommarès, *Le deuxième principe pour la réforme du droit canonique du Synode des Évêques de 1967, la coordination des fors dans le droit canonique revisité trente ans après*, nel vol. *I principi per la revisione del Codice di Diritto Canonico. La ricezione giuridica del Concilio Vaticano II*, a cura di Javier Canosa, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 103-126. Già nella vigenza del CIC17 e alla luce degli sviluppi operati dal Concilio Vaticano II, veniva posta in dubbio la confusione, pure esistente anche in certa dottrina, tra foro interno e coscienza: «se il foro della coscienza è quel "nucleo più segreto e il sacrario dell'uomo, dove egli si trova solo con Dio, la cui voce risuona nell'intimità propria" (GS 16), certamente il foro interno canonico non può essere semplicemente identificato col foro della coscienza. Perché in esso non interviene il solo intelletto umano, a giudicare un intimo ed esclusivo rapporto con Dio, ma interviene anche la potestà di governo della Chiesa», Francisco Javier Urrutia, *Il criterio di distinzione tra foro interno e foro esterno*, nel vol. *Vaticano II: bilancio e prospettive venticinque anni dopo (1962-1987)*, vol. I, a cura di René Latourelle, Cittadella, Assisi, 1987, pp. 544-570, qui p. 548.

in cui è possibile ottenere la sanazione in radice da impedimenti in grado di rendere invalido il vincolo matrimoniale.

Come noto, in ambito matrimoniale l'ordinamento canonico prevede due distinte modalità di convalidazione di un matrimonio contratto invalidamente: la *convalidatio simplex* (cann. 1156-1160)[3] e la *sanatio in radice* (cann. 1161-1165)[4]. In entrambi i casi si tratta di rimedi che possono presentarsi come

---

[3] Sulla nozione di *convalidazione del matrimonio* in diritto canonico si vedano: Ludovicus Bender, *Convalidation du mariage*, nel vol. *Dictionnaire de Droit Canonique*, vol. IV, a cura di Raoul Naz, Librairie Le Tuzey et Ané, Paris, 1949, col. 547; Mario Ferraboschi, *Convalidazione del matrimonio (dir. can.)*, nel vol. *Enciclopedia del diritto*, vol. X, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 506-510; Antonio Martínez Blanco, *Una configuración nueva de la sanación simple del matrimonio canónico*, in *Revista Española de Derecho Canonico* 32, 1976, pp. 241-282; Federico Rafael Aznar Gil, *El Nuevo Derecho Matrimonial Canónico*, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1983, pp. 397-402; Bruno Prevot, *Separazione dei coniugi. Convalidazione del matrimonio*, nel vol. *Il nuovo Codice di Diritto Canonico, novità, motivazione e significato*, Libreria Editrice della Pontificia Università Lateranense, Roma, 1983, pp. 395-405; Tadeusz Pawluk, *De matrimonii convalidazione canonica*, in *Prawo Kanoniczne* 29, 1986, pp. 137-152 ss.; Ginesio Mantuano, *Sulle forme di convalida del negozio matrimoniale canonico*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 98, 1987, pp. 737-765; Velasio De Paolis, *Convalidazione semplice (*Convalidatio simplex*)*, nel vol. Carlos Corral Salvador, Velasio De Paolis, Gianfranco Ghirlanda (a cura di), *Nuovo Dizionario di Diritto Canonico*, Edizioni S. Paolo, Cinisello Balsamo, 1993, pp. 314-315; Gianpaolo Montini, *La convalidazione del matrimonio: semplice, sanazione in radice*, nel vol. Gruppo Italiano Docenti di Diritto Canonico (a cura di), *Matrimonio e disciplina ecclesiastica* (XXI Incontro Studio Passo della Mendola – Trento 4 luglio-8 luglio 1994), Edizioni Glossa, Milano, 1996, pp. 187-207; Paolo Bianchi, *Il Pastore d'anime e la nullità del matrimonio. La convalidazione di un matrimonio invalido*, in *Quaderni di Diritto Ecclesiale*, 10, 1997, pp. 206-229; Nikolaus Schöch, *Le convalidazioni (cann. 1156-1160). La convalidazione semplice (cann. 1156-1160)*, nel vol. Piero Antonio Bonnet, Carlo Gullo (a cura di), *Diritto matrimoniale canonico, III. La forma, gli effetti, la separazione, la convalida*, LEV, Città del Vaticano, 2005, pp. 517-531; Ginesio Mantuano, *Consenso matrimoniale e* consortium totius vitae, Centro Edizioni Università di Macerata, Macerata, 2006, pp. 211-221; Flavia Speranza, *La convalidazione del matrimonio. Convalidazione* ipso facto*: ipotesi* de iure condendo, Tesi Dottorale Facoltà di Diritto Canonico Pontificia Università della S. Croce, Roma, 2007; Daniele Arru, *La convalidazione semplice del matrimonio nel codice canonico del 1983*, La Sapienza, Roma, 2008; Piero Pellegrino, *La convalida del matrimonio canonico*, in *Revista Española de Derecho Canonico*, 65, 2008, pp. 563-590; Sara Acuña Guirola, *Convalidación del matrimonio*, s.v. in *Diccionario General de Derecho canónico* [=*DGDC*], vol. II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 718-721; Costantino-Matteo Fabris, *Convalidación de actos jurídicos*, s.v. in *DGDC*, vol. II, cit., pp. 717-718. Di ulteriori studi e contributi sull'argomento si darà conto anche nelle note successive.

[4] Sulla *sanatio in radice*, oltre ai testi che verranno citati di volta in volta in nota, si vedano pure: Sebastianus Fraghi, *De la pratique du Sainte Siége relativement à la dispense in radice*, in *Revue de Sciences Ecclesiastiques*, 15, 1867, pp. 71-77; Julius Müllendorf, *Kanonische Begründung der sanatio matrimonii in radice*, in *Zeitschrift für katholisches Theologie*, 3, 1879, pp. 473-493; Karl Ludwig Braun, *Zur Lehre von der Natur der dispensatio matrimonii in radice*, in *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 48, 1880, pp. 3-25; L. De Ridder, *De sanatione matrimonii in radice*, in *Nouvelle Revue Théologique*, 37, 1905, pp. 242-253; Robert Harrigan, *The radical sanation of the invalides marriages*, Catholic University of America, Washington, 1938; D. Lazzarato, *La sanatoria in radice. Sua essenza ed efficacia*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 58, 1947, pp. 361-382 ss.; Jean Bernhard, *Propos sur la nature juridique de la "sanatio in radice" dans le droit canonique actuel*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 4, 1948, pp. 389-406; Pietro Palazzini, *Sanazione in radice*, nel vol. Francesco Roberti (a cura di), *Dizionario di teologia morale*, Editrice Studium, Roma, 1954, pp. 1199-1200; Thomas Charles Ryan,

alternativi rispetto ad un procedimento giudiziale volto ad accertare la nullità matrimoniale nel quale, al contrario di quanto avviene nei casi di convalidazione, l'accertamento di un elemento di invalidità del vincolo sfocia necessariamente nella dichiarazione di nullità e nella 'rottura' del vincolo medesimo[5].

In entrambi i casi di convalidazione si tratta di procedimenti di natura amministrativa che comportano la concessione di apposita dispensa (mediante rescritto) con i relativi effetti giuridici previsti[6].

Il presente contributo intende analizzare i casi nei quali la *sanatio in radice* può venire concessa in foro interno. Il dibattito seguito ai due Sinodi dei Vescovi dedicati al tema della famiglia (2014 e 2015)[7] e, di riflesso, all'istituto del matrimonio ha, infatti, indicato la possibilità che le questioni relative alla validità o meno del vincolo possano essere risolte in foro interno[8]. Tuttavia alla luce della vigente legislazione canonica in materia è bene comprendere in quali casi ciò sia effettivamente possibile, evitando di confondere le questioni

---

The juridical effect of the sanatio in radice. A historical synopsis and a commentary, Catholic University of America, Washington, 1955; Bernard J. Ganter, *Problems of Simple Convalidation and Sanatio in Radice*, in *The Jurist*, 21, 1961, pp. 57-74; Eduardo F. Regatillo, *Una nueva sanación in radice del matrimonio*, in *Sal Terrae*, 49, 1961, pp. 351-360; John Russell, *The 'sanatio in radice' before the Council of Trent*, Pontificia Università Gregoriana – Dissertatio ad lauream, Roma, 1964; Josè Moreno, *Sanación en raíz de un matrimonio por carecer de delegación el sacerdote*, in *Sal Terrae,* 63, 1975, pp. 229-231; Peter Fabritz, *Sanatio in radice. Historie eines Rechtsinstituts und seine Beziehung zum sakramentalem Eheverständnis der katholischen Kirche*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2010; Rafael Llano Cifuentes, *Sanación en la raíz*, nel vol. *DGDC*, vol. VII, cit., pp. 140-143; Juan I. Bañares, *Sugerencias en torno al consentimiento matrimonial naturalmente suficiente, su nulidad y su sanación en la raíz*, in *Ius Canonicum*, 55, 2015, pp. 27-44.

[5] Di fronte ad un matrimonio invalido, accanto al procedimento di nullità e alla convalidazione, esistono tradizionalmente almeno altri due rimedi: la dissimulazione da parte dell'autorità ecclesiastica o la coabitazione come fratello e sorella dei coniugi, cfr. Felice Cappello, *Tractatus canonico-moralis de sacramentis,* vol. III. Pars II, *De Matrimonio*, Marietti, Romae, 1939[4], p. 372.

[6] Cfr. sul punto: Jorge Miras, Javier Canosa, Eduardo Baura, *Compendio di diritto amministrativo canonico*, EDUSC, Roma, 2007, pp. 275-296; Velasio De Paolis, Andrea D'Auria, *Le norme generali. Commento al Codice di Diritto Canonico. Libro Primo*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2008, pp. 240-264; Eduardo Baura, *Dispensa*, nel vol. *DGDC*, vol. III, cit., pp. 397-403;

[7] Si trattava della III Assemblea Generale Straordinaria del Sinodo dei Vescovi (5-19 ottobre 2014) dedicata al tema "Le sfide pastorali sulla famiglia nel contesto dell'evangelizzazione" e della successiva XIV Assemblea Generale Ordinaria del Sinodo dei Vescovi (4-25 ottobre 2015) sul tema "La vocazione e la missione della famiglia nella Chiesa e nel mondo contemporaneo".

[8] Cfr. sul punto Francesco, Esortazione apostolica postsinodale *Amoris laetitia*, 19 marzo 2016, n. 300, in *AAS* n. 108, 2016, pp. 433-434. Per quanto concerne i menzionati Sinodi dei Vescovi si possono rinvenire tracce del dibattito in: *Relatio Synodi*, 18 ottobre 2014, n. 52 e in *Relazione finale del Sinodo dei Vescovi al Santo Padre Francesco*, 24 ottobre 2015, n. 86, entrambi in *www.vatican.va*. Cfr. pure Paolo Moneta, *Processo di nullità, matrimonio e famiglia nell'attuale dibattito sinodale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)* n. 8, 2015, pp. 7-8; Pierluigi Ronzani, *La questione dei divorziati e risposati civilmente alla luce della Relazione finale del Sinodo 2015*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)* 6, 2016, pp. 17-21.

di foro interno con quelle che attengono, invece, alla semplice coscienza dei fedeli e che con il foro interno hanno poco o nulla a che vedere.

1. *L'istituto della* sanatio in radice*: Distinzione tra* convalidatio simplex *e* sanatio in radice

Come ricordato nell'introduzione la Chiesa conosce due forme di convalidazione di un matrimonio invalido: la *convalidatio simplex* e la *sanatio in radice*. In entrambi questi casi l'effetto della dispensa sarà quello di rendere valido un matrimonio che precedentemente non lo era, vuoi per la presenza di impedimenti dirimenti vuoi per difetti del consenso o di forma.

La fondamentale distinzione esistente tra le due forme di convalidazione riguarda la effettiva esistenza di un valido consenso matrimoniale: perché si possa ottenere la *sanatio in radice* è necessario che le parti abbiano espresso un valido consenso nel momento della celebrazione o che tale consenso sia stato manifestato in un momento successivo e che esso permanga nel momento in cui si ottiene la sanazione. La *sanatio* si distingue quindi dalla *convalidatio* perché mentre nella seconda è necessario che una o entrambe le parti rinnovino il consenso matrimoniale, affinché possa darsi la sanazione in radice, è invece necessario che il consenso sia già stato validamente manifestato dalle parti (al momento della celebrazione o in un momento successivo) e che non sia stato successivamente revocato da una o entrambe[9].

Da ciò consegue che non può mai essere concessa la *sanatio in radice* nei casi di matrimonio nullo per difetto o vizio del consenso, essendo quest'ultimo indispensabile per la concessione della relativa dispensa (can. 1162) a motivo della sua insostituibilità (can. 1057). Potrà invece essere concessa la sanazione nel caso in cui il consenso non sia stato prestato nelle forme prescritte con la conseguenza di renderlo giuridicamente invalido[10].

---

[9] Sulla revocazione del consenso cfr.: Javier Hervada, *Consideraciones sobre la revocación del consentimento matrimonial*, in *Ius Canonicum* 16, 1976, pp. 271-285. Sulla perseveranza del consenso nello specifico caso della sanazione in radice cfr.: Rodolfo Quezada Toruño, *La perseverancia del consentimento matrimonial en la «sanatio in radice»*, Libreria Editrice dell'Università Gregoriana, Roma, 1962.

[10] Cfr. Nikolaus Schöch, *La sanazione in radice dei matrimoni celebrati in forma civile o senza forma pubblica*, nel vol. Joan Carreras (a cura di), *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio e sulla famiglia*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 290. Il can. 1139 § 1 CIC17 parlava di *consensus naturaliter sufficiens*; sebbene tale espressione non si ritrovi nell'attuale can. 1163 § 1 la nozione rimane pur sempre valida al fine di chiarire quale sia il consenso effettivamente richiesto ai coniugi: l'atto positivo di volontà minimo delle parti che intendono donarsi ed accettarsi reciprocamente come coniugi e che abbiano manifestato esternamente tale atto. Già Eugenio IV, con la Bolla *Exultate Deo* del 22

Al fine di stabilire se il consenso sia stato validamente prestato e possa quindi essere concessa la sanazione in radice, si dovrà valutare se sussista la perseveranza nella vita coniugale da parte dei due coniugi. Il can. 1163 § 3 stabilisce, infatti, che per concedere la *sanatio* sarà necessario accertare la probabilità che le parti intendano «perseverare nella vita coniugale». Tuttavia, per aversi un matrimonio valido, è sufficiente che sia stato espresso un consenso valido: ai fini della concessione della *sanatio* il perdurare della convivenza matrimoniale può essere indice dello scambio di un valido consenso *ex* can. 1057[11], ma non può per ciò solo essere ritenuto un indicatore sufficiente ai fini della concessione del provvedimento sanante da parte della competente autorità[12]. Affinché possa ottenersi una sanazione in radice sarà dunque necessario indagare l'esistenza di un consenso *vere matrimonialis* prestato dai nubendi

---

novembre 1439 aveva chiarito che: «Causa efficiens Matrimonii regulariter est mutuus consensus per verba de praesenti expressus», in cui l'espressione *regulariter* può essere tradotta con l'avverbio italiano *normalmente*; cfr. per il testo e la traduzione: Justo Collantes (a cura di), *La fede della Chiesa cattolica. Le idee e gli uomini nei documenti dottrinali del Magistero*, LEV, Città del Vaticano, 1993, p. 880. Sulla nozione di consenso naturalmente valido, si veda, tra i molti: Wilhelm Bertrams, *De effectu consensus matrimonialis naturaliter validi*, in *Apollinaris*, 33, 1960, pp. 119-138.

[11] Cfr. Pedro-Juan Viladrich, *Consentimiento matrimonial*, nel vol. *DGDC*, cit., vol. II, pp. 642-653.

[12] Cfr. Ginesio Mantuano, *Sulle forme di convalida del negozio matrimoniale canonico*, cit., pp. 737-765, ivi 755-759; Arturo Carlo Jemolo, *Il matrimonio nel diritto canonico. Dal Concilio di Trento al Codice del 1917*, Il Mulino, Bologna, 1993, pp. 411-414. In sede di revisione del CIC17 si discusse sulla possibilità di introdurre una convalida *ipso iure* di un matrimonio invalido fondato su di una *diuturna cohabitatio*, ma la proposta venne cassata, sul punto si vedano: Pio Fedele, *In tema di convalida del matrimonio canonico nullo per difetto o vizio di consenso*, nel vol. *Studi di diritto canonico in onore di Marcello Magliocchetti*, II, Officium Libri Catholici, Roma, 1975, pp. 487-513; Josè Tomas Martìn de Agar, *Matrimonio putativo y convalidación automática del matrimonio nulo*, in *Ius Canonicum*, 81, 2001, pp. 293-317; Paolo Moneta, *Giudizio di nullità di matrimonio e vita coniugale*, nel vol. Id., Communitas vitae et amoris. *Scritti di diritto matrimoniale canonico*, Pisa University Press, Pisa, 2013, pp. 142-145; Miguel Angel Ortiz, *Viene sanato automaticamente il matrimonio? A proposito del riconoscimento civile delle sentenze canoniche*, nel vol. Hector Franceschi, Miguel Angel Ortiz (a cura di), *Ius et matrimonium. Temi di diritto matrimoniale e processuale canonico*, EDUSC, Roma, 2015, pp. 331-358. Il Fedele, in polemica col padre F. Cappello, aveva sempre sostenuto l'impossibilità di un tale istituto e gli esiti dei lavori codificatori gli diedero ragione. Per i contenuti di tale disputa si vedano: Felice Cappello, *La legislazione ecclesiastica e suoi eventuali perfezionamenti*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 53, 1942, pp. 385-389 ss.; Pio Fedele, *A proposito di eventuali perfezionamenti della legislazione ecclesiastica in materia matrimoniale*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 54, 1943, pp. 76-80; Felice Cappello, *Per la difesa della verità e della dottrina cattolica*, in *Il Diritto Ecclesiastico* 54, 1943, pp. 286-290; Pio Fedele, *Per la difesa dell'attuale legislazione ecclesiastica in materia matrimoniale*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 55-56, 1944-1945, pp. 27-32; Felice Cappello, *Breve risposta al prof. Fedele*, in *Il Diritto Ecclesiastico,* 55-56, 1944-1945, pp. 32-35; Pio Fedele, *Domande e risposte*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 2, 1946, pp. 104-106. La questione circa il valore da attribuire ad una prolungata convivenza matrimoniale, quand'anche se ne fosse accertata la nullità, è stata recentemente riproposta, fra gli altri, da Juan Ignacio Arrieta, *Amministrazione della giustizia e comunione tra i tribunali della Chiesa*, nel vol. Giuseppe Dalla Torre, Carlo Gullo, Geraldina Boni (a cura di), Veritas non auctoritas facit legem. *Studi di diritto matrimoniale in onore di Piero Antonio Bonnet*, LEV, Città del Vaticano, 2012, pp. 59-69, ivi 68-69.

nel momento della celebrazione del matrimonio. Il Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi, in una sua recente risposta particolare[13], ha ricordato che per la concessione del provvedimento di *sanatio in radice* è necessario accertare il perseverare del consenso di entrambe le parti al momento della concessione della dispensa. Sebbene tale risposta non contenga alcun elemento di novità rispetto alla vigente normativa (la quale peraltro non dava adito ad alcun dubbio sul punto), è bene ricordare che ai sensi del can. 1107 il consenso si presume validamente prestato anche se il matrimonio fu celebrato invalidamente, motivo per cui la prova di una eventuale revoca successiva del consenso da parte di uno dei contraenti andrà fornita in termini rigorosi[14].

2. *(segue) Momento in cui si producono gli effetti della sanazione*

Ulteriore distinzione esistente tra *convalidatio simplex* e *sanatio* è quella relativa al momento in cui si producono gli effetti della relativa dispensa: nel primo caso essa avrà efficacia *ex nunc*, mentre nel secondo caso produrrà effetti *ex tunc*, retroagendo alla data di celebrazione del matrimonio, salva esplicita e differente prescrizione da parte dell'autorità concedente (can. 1161 § 2). In sostanza, in caso di *sanatio* il matrimonio diventerà valido (*ex nunc*) dal momento della concessione della dispensa la quale estenderà i suoi effetti a partire dalla data di celebrazione del matrimonio o dalla data di effettiva prestazione del valido consenso (can. 1162 § 2): il matrimonio dispiegherà dunque i suoi effetti *ex tunc*[15]. In passato si era attribuita grande rilevanza alla retroattività della *sanatio* e pure il legislatore del 1983 ha sottolineato tale

---

[13] Cfr. Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi, *Risposta particolare Circa la sanazione in radice di un matrimonio tra una parte cattolica e l'altra non battezzata (can. 1163 § 1 CIC)*, 22 maggio 2017, in *http://www.delegumtextibus.va/content/testilegislativi/it/risposte-particolari/codex-iuris-canonici.html* [accesso: 23.10.2017].

[14] Cfr. Piero Pellegrino, *Il consenso ed il suo oggetto (can. 1057, 1100, 1107)*, nel vol. Piero Antonio Bonnet, Carlo Gullo (a cura di), *Diritto matrimoniale canonico*, vol. I, LEV, Città del Vaticano, 2001, pp. 186-189; Pedro-Juan Viladrich, *Can. 1107*, nel vol. Ángel Marzoa, Jorge Miras, Rafael Rodríguez-Ocaña (a cura di), *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, vol. III, EUNSA, Pamplona, 2002[3], pp.1440-1445; Piero Antonio Bonnet, *Le presunzioni legali del consenso matrimoniale canonico in un Occidente scristianizzato*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 177-183.

[15] Cfr. Luis Vela, *Sanazione in radice (Sanatio in radice)*, nel vol. *Nuovo Dizionario di Diritto Canonico*, cit., pp. 942-943. La dispensa non rende valido il matrimonio nullo, ma fa retroagire il suo effetto sanante: «Per eam (sanationem in radice) non fit ut matrimonium nulliter contractum non ita fuerit contractum, sed effectus de medio tolluntur, qui ob huiusmodi matrimonii nullitatem ante indultam dispensationem atque etiam in ipso matrimonii contrahendi actu producti fuerunt», Benedetto XIV, Costituzione *Etsi matrimonialis*, 27 settembre 1755, nel vol. *Bullarium Benedicti XIV*, voll. XV-XVIII, tomo III, Prati, 1845-1847, p. 2.

caratteristica. Come è però stato rilevato: «L'unico effetto concreto derivante dalla retroattività – e che in passato poteva far preferire la convalidazione in radice alla convalidazione semplice, i cui effetti decorrono soltanto dalla *renovatio consensus* – è lo stato di figlio legittimo che viene ad essere riconosciuto ad eventuali figli nati da un matrimonio non putativo e quindi considerati figli naturali: ma con la piena equiparazione, quanto alle conseguenze giuridiche, tra figli legittimi e naturali attuata dal nuovo codice, anche questo particolare effetto ha ormai perso ogni concreta rilevanza giuridica»[16], motivo per cui oggi tale enfasi risulta superflua.

In caso di sanazione la dispensa concessa dall'autorità ecclesiastica sarà quindi duplice: dall'impedimento o dalla forma canonica e dall'obbligo di rinnovare il consenso; la *radice* cui si fa riferimento è il valido consenso espresso dalle parti (anche eventualmente in un momento successivo a quello della celebrazione[17]) il provvedimento di dispensa farà sì che il consenso dia vita ad un matrimonio valido ed efficace tra le parti contraenti.

Una volta concessa la *sanatio in radice* è necessario che avvenga la copula *humano modo* tra i coniugi, dal momento che, sebbene gli effetti della sanazione retroagiscano al momento della celebrazione del matrimonio, il vincolo diverrà pur sempre valido solamente dal momento della concessione della dispensa e pertanto a partire da quel momento il matrimonio convalidato dovrà perfezionarsi mediante l'atto sessuale tra i coniugi aperto alla procreazione della prole. Non potrà dunque concedersi la sanazione nei casi in cui siano sopravvenuti impotenza o incapacità da parte di uno o di entrambi i coniugi[18].

---

[16] Paolo Moneta, *Il Matrimonio nel Nuovo Diritto Canonico*, ECIG, Genova, 2008[4], p. 204. Secondo José M. Gonzáles del Valle, *Derecho canónico matrimonial*, EUNSA, Pamplona, 1985, p. 129, vi sarebbe una differenza, in ordine agli effetti della *sanatio*, a seconda che questa sia concessa in foro esterno o in foro interno: solo nel primo caso essa avrebbe effetti retroattivi mentre nel secondo essa produrrebbe i suoi effetti solo dal momento della concessione. Per una sintesi sul dibattito relativo agli effetti della *sanatio* e circa i profili storici relativi all'istituto si vedano: Jean Bernhard, *La sanatio in radice et le consentement matrimonial dans le droit canonique moderne (du Concile de Trente au Code de Droit Canonique)*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 6, 1950, pp. 239-253; Id., *L'explication juridique de la retroactivité de la "sanatio in radice" dans la doctrine canonique moderne*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 7, 1951, pp. 80-88.

[17] Cfr. Alberto Bernárdez Canton, *Canones 1161-1165*, nel vol. *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*, Vol. III/2, cit., pp. 1627-1641, qui p. 1628.

[18] L'argomento si ricava, a contrario, dalla considerazione che ai fini della concessione della *sanatio* è necessario che l'impedimento di diritto naturale sia venuto meno; se emerga in un momento successivo allo scambio del consenso un impedimento di diritto naturale o non si compia la copula coniugale è evidente che la dispensa non potrà essere concessa. Cfr. Arturo Carlo Jemolo, *Il matrimonio nel diritto canonico*, cit., p. 411.

3. *(segue) Autorità competente alla concessione della* sanatio in radice

Autorità competente per la concessione della *sanatio in radice* è normalmente il Vescovo diocesano; si tratta di una novità introdotta dalla nuova codificazione canonica, dal momento che nella vigenza del CIC17 era previsto dal can. 1141 che: «Sanatio in radice concedi unice potest ab Apostolica Sede», salve specifiche facoltà concesse dalla Sede Apostolica[19]. Il can. 1165 specifica, tuttavia, che la sanazione può essere sempre richiesta alla Sede Apostolica ed è comunque ad essa riservata nei casi in cui la dispensa riguardi gli impedimenti di ordine sacro, voto pubblico perpetuo di castità o *crimen ex* can. 1090 (can. 1078 § 2) ovvero se si tratta di impedimento di diritto naturale o di diritto divino positivo già cessato[20].

Il CIC17 non prevedeva la possibilità di ottenere la dispensa da impedimenti di diritto divino positivo o di diritto naturale, tanto che il can. 1139 § 2 espressamente prevedeva che: «Matrimonium vero contractum cum impedimento iuris naturalis vel divini, etiamsi postea impedimentum cessaverit, Ecclesia non sanat in radice, ne a momento quidem cessationis impedimenti». Successivamente Papa Paolo VI nel 1966[21], stabilì la possibilità di concedere la dispensa dagli impedimenti di diritto naturale o divino già estinti, con esplicita riserva alla Sede Apostolica.

Tale riserva venne definitivamente a cessare con la promulgazione del CIC83 che limitava la riserva in favore della Sede Apostolica ai soli impedi-

---

[19] Cfr. sul punto: Francisco Xavier Wernz, *Ius Decretalium. T. IV. Ius matrimoniale Eccles. Catholicae*, Typographia Polyglotta S.C. de Propaganda Fide, Romae, 1904, p. 950, pp. 955-958. La potestà di concedere la *sanatio in radice* ai Vescovi diocesani fu attribuita da Paolo VI, Lettera Apostolica in forma di motu proprio *Pastorale munus*, 30 novembre 1963, nn. 21-22, in *AAS* 56, 1964, p. 9 e Paolo VI, Lettera Apostolica in forma di motu proprio *De Episcoporum muneribus*, 15 giugno 1966, n. 18, in *AAS* 58, 1966, pp. 467-472. Tuttavia non era infrequente la concessione, da parte della Sede Apostolica, di apposite concessioni in favore di "inferiores Praelati", cfr. Francisco Xavier Wernz, *Ius Decretalium. T. IV*, cit., pp. 958-959, nt. 25.

[20] Si tratta degli impedimenti di *impotentia coeundi* e vincolo di precedente matrimonio. La competenza spetta *ratione materiae* alla Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti. Sulla disposizione del can. 1165 si veda la recente risposta del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi, *Risposta particolare Circa la sanazione in radice di un matrimonio misto (can. 1165 § 2 CIC)*, 24 aprile 2017, in *http://www.delegumtextibus.va/content/testilegislativi/it/risposte-particolari/codex-iuris-canonici.html* [accesso: 23.10.2017].

[21] Paolo VI, Lettera Apostolica in forma di motu proprio *De Episcoporum muneribus*, 15 giugno 1966, cit. Cfr. sul punto: Pio Ciprotti, *De sanando in radice matrimonio inito ob impedimentum iuris divini*, in *Apollinaris,* 12, 1939, pp. 411-423; Ludovicus Bender, *Sanatio matrimonii invalidi ob impedimentum iuris divini*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 13, 1957, pp. 19-44; Pio Ciprotti, *De matrimonii sanatione in radice quaestiones quaedam*, in *Revue de Droit Canonique*, 11, 1961, pp. 102 ss.; Urbano Navarrete, *Ecclesia sanat in radice matrimonia inita cum impedimento iuris divini*, in *Periodica*, 52, 1963, pp. 384.

menti di cui al menzionato can. 1078 § 2. Nei casi di dispensa da impedimento di diritto naturale o divino positivo è comunque necessario che l'impedimento sia cessato e che il consenso perseveri anche dopo che l'impedimento sia venuto meno[22].

Tuttavia, nei casi in cui sia opportuno che la sanazione avvenga in foro interno, l'organo competente è, come meglio vedremo, la Penitenzieria Apostolica[23]. Tale opportunità non deriva solamente da ragioni di ordine pratico[24] poiché alla base della richiesta di sanazione in radice in foro interno possono esservi pure questioni di carattere prettamente giuridico: impossibilità di dare prova legittima di un fatto conosciuto solamente dal singolo e, pertanto, privo di un valore giuridico-sociale avente effetti pubblici[25].

4. *(segue) Modalità di richiesta della* sanatio

La richiesta di sanazione può essere avanzata da uno o da entrambi i coniugi o, ancora, da un terzo che sia a conoscenza della causa di invalidità ma, a norma del can. 1164, è necessario in questo caso che la parte o le parti vengano informate dell'essere in corso una *sanatio in radice* del loro matrimonio a meno che non esista una *grave causa* che consigli di non fornire una tale informazione. Il Codice non stabilisce espressamente di quali cause debba trattarsi e la dottrina ha fornito in proposito alcune indicazioni: quando sussiste il difetto di legittimazione nel sacerdote assistente alle nozze[26]; quando

---

[22] La perseveranza del consenso si presume: «Consensus naturaliter sufficiens semel praestitus, perseverare praesumitur, donec de eius revocatione constiterit» (*coram* Bejan, Liverpolitana, 14 giugno 1963, in *Sacrae Romanae Rotae decisiones seu sententiae* [=*SRRD*] 55 [1963], p. 465, n. 10), presunzione che è da intendersi come *iuris tantum* ai sensi del vigente can. 1584.

[23] Cfr. Carlos Encina Commentz, *Quando e come ricorrere alla Penitenzieria Apostolica*, LEV, Città del Vaticano 2015², in particolare pp. 45-46.

[24] Tale criterio è segnalato da Carlos Encina Commentz, *op. cit.*, p. 45. Si tratta, ad esempio, della circostanza che un matrimonio, da tutti considerato regolare ma celebrato in realtà in presenza di un impedimento rimasto occulto, venga successivamente sanato facendo così emergere la sua invalidità iniziale.

[25] Cfr. quanto affermato in ordine ai criteri di distinzione tra foro interno sacramentale ed extrasacramentale da Gommarus Michiels, *De potestate ordinaria et delegata*, Typis Societatis S. Joannis Evangelistae Desclé et Socii, Parisiis-Tornaci-Romae-Neo Eboraci, 1964, p. 84.

[26] Paolo Moneta, *Il matrimonio nel diritto della Chiesa*, Il Mulino, Bologna, 2014, p. 227; Anonimo, *Quando abbia effetto la sanatoria in radice*, in *Il Monitore Ecclesiastico*, 12, 1900, p. 74. In questo caso particolare le parti potrebbero non comprendere a pieno le ragioni che determinano la nullità del loro vincolo, essendo questione prettamente formale, motivo per cui si è sempre ritenuto che la sanazione possa in tali casi essere richiesta anche a loro insaputa. Caso del tutto particolare è quello della concessione della sanazione per un'intera parrocchia o per un'intera diocesi, quando un sacerdote abbia celebrato invalidamente plurimi matrimoni: in questo caso la *sanatio* andrà richiesta

vi sia il timore che una delle parti possa chiedere la nullità allorché venga a sapere che il suo matrimonio è nullo; quando la circostanza della scoperta della nullità possa comportare la perdita della buona fama; nel caso in cui una delle parti era acattolica[27]; quando la parte acattolica non intenda dare al parroco le dovute garanzie circa la educazione cattolica della prole[28]; quando la coppia cattolica viene considerata da tutti validamente sposata[29]; in taluni casi di matrimoni misti[30]; quando vi sia il rifiuto di una delle parti a rinnovare il consenso nella forma canonica[31].

Non potrà, al contrario, promuoversi una richiesta di sanazione, sia da parte di uno degli pesudo-coniugi sia da parte di terzi, nell'ipotesi in cui vi sia un esplicito o anche solo presunto volere contrario di una o di entrambe le parti, prevalendo il principio consensuale su quello del *favor matrimonii*[32]; il tal caso, infatti, non si potrà in alcun caso vincere la contrarietà alla convalidazione del vincolo esplicitata da uno dei contraenti o da entrambi, nemmeno se il matrimonio si sia protratto per molti anni senza apparenti difficoltà.

È dunque necessario che il consenso matrimoniale perseveri nel momento in cui viene richiesta la dispensa. In passato si è ritenuto che tale perseveranza fosse presente anche in casi del tutto particolari: nel caso in cui l'impedimento fosse conosciuto da uno solo dei coniugi e quello che lo ignorava fosse stato eventualmente pronto a revocare il proprio consenso nel caso in cui fosse venuto a conoscenza dell'impedimento; se il coniuge non a conoscenza

---

alla Penitenzieria e il rescritto andrà conservato presso la curia diocesana.

[27] Alberto Bernardez Canton, *Compendio de Derecho matrimonial canónico*, Tecnos, Madrid, 1963[5], p. 238; Nikolaus Schöch, *La sanazione in radice (cann. 1161-1165)*, nel vol. *Diritto matrimoniale canonico. Vol. III*, cit., pp. 550-551.

[28] S. Officio, *Decreto*, 20-21 novembre 1912, cit. da Arturo Carlo Jemolo, *Il matrimonio nel diritto canonico*, cit, p. 92.

[29] Heinrich F. Reinhardt, *Die kirchliche Trauung: Ehevorbereitung, Trauung und Registrierung der Eheschließung im Bereich der Deutschen Bischofskonferenz*, nel vol. *Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici*, vol. III, a cura di Klaus Lüdicke, Ludgerus Verlag, Essen, 1990, p. 160.

[30] Karl Theodor Geringer, *Die Konvalidation der Ehe*, nel vol. Joseph Listl, Hadwig Müller, Heribert Schmitz (a cura di), *Handbuch des katholischen Kirchenrechts*, F. Pustet Verlag, Regensburg 1983, pp. 814-815.

[31] Anonimo, *Quando abbia effetto la sanatoria in radice*, cit., p. 74.

[32] Cfr. Paolo Moneta, *Il matrimonio nel diritto della Chiesa*, cit., p. 226. In passato da parte di alcuni autori veniva negata tale condizione, ma non sembra doversi dare credito a tale prospettiva; sul punto si può leggere quanto veniva riportato ne *Il Monitore Ecclesiastico*: «Un'altra condizione necessaria per la validità della dispensa in radice si è che il consenso matrimoniale perseveri nell'atto della dispensa. Questa condizione veramente non è ammessa da tutti, non mancando Autori che la negano; però non può non riconoscersi necessaria; e ciò non solo perché la S. Sede sempre richiede tal condizione, ma ancora perché la dispensa […] rivalida il matrimonio dal punto in cui vien fulminata: ora se in questo punto manca il vero consenso, come può rivalidarsi il matrimonio?», Anonimo, *Quando abbia effetto la sanatoria in radice*, cit., p. 72.

dell'impedimento avesse chiesto la separazione di mensa ed abitazione, dal momento che ciò non avrebbe comportato revoca del consenso; se entrambe le parti, conoscendo l'impedimento, continuassero a rimanere unite in matrimonio benché una delle parti non volesse rinnovare il consenso[33]. Oggi si ritiene piuttosto che la revoca del consenso possa desumersi anche da determinati comportamenti incompatibili con un proseguimento della vita coniugale: rottura della convivenza, richiesta di separazione o divorzio, avvio di un procedimento di nullità matrimoniale[34].

Dal momento che per ottenere la sanazione in radice è necessaria una dispensa da parte della competente autorità ne consegue che alla sua validità eventualmente si opporranno i vizi di obrezione o surrezione di cui al vigente can. 63.

5. *(segue) I casi di* sanatio *impropria o imperfetta*

Si è detto che normalmente gli effetti della sanazione in radice retroagiscono al momento della prestazione del valido consenso da parte di uno o di entrambi i contraenti: tali casi si definiscono sanazione perfetta.

Tuttavia, da parte della dottrina, si parla anche di casi di sanazione impropria o imperfetta o, ancora, parziale[35]. Si tratta di quei casi in cui, a causa della presenza di un impedimento non dispensabile, non è possibile far retroagire gli effetti della sanazione sino alla nascita del vincolo matrimoniale (pure viziato). Il caso più tipico di tale fattispecie si avrà quando il vincolo matrimoniale si venne a costituire in presenza di un impedimento di diritto divino o di diritto naturale, che in un secondo momento venne meno, ma che nemmeno una dispensa sarà in grado di eliminare (ad esempio l'impedimento di *ligamen* di cui al can. 1085)[36]. In casi come questi è evidente che gli effetti della *sanatio* potranno sì retroagire, ma solo fino al momento in cui è venuto a cessare l'impedimento non dispensabile: solo a partire da quel momento potrà essere preso in considerazione il consenso dei coniugi ai fini della concessione della dispensa.

---

[33] Cfr. Anonimo, *Quando abbia effetto la sanatoria in radice*, cit., p. 73.

[34] Cfr. Paolo Moneta, *Il matrimonio nel diritto della Chiesa*, cit., pp. 226-227.

[35] La distinzione era in uso anche presso la dottrina precedente alla prima codificazione canonica, cfr. ad es.: Francisco Xavier Wernz, *Ius Decretalium. T. IV*, cit., pp. 951-953; Felice Cappello, *Tractatus canonico-moralis de sacramentis. Vol. III. Pars II*, cit., p. 385.

[36] Si vedano, sul punto: Francisco Xavier Wernz, Pedro Vidal, *Ius Canonicum*, vol. V, Apud Aedes Universitatis Gregorianae, Romae, 1925, pp. 796-797; Vincenzo Del Giudice, *Nozioni di diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 1962[11], p. 301; Lorenzo Miguélez, *El matrimonio*, nel vol. *Comentarios al Código de Derecho canónico*, vol. II, BAC, Madrid, 1963, p. 729.

Altri esempi possono essere i seguenti: quando viene imposta la rinnovazione del consenso ad uno dei contraenti; quando non viene concessa la retroazione di tutti gli effetti del matrimonio; quando gli effetti del matrimonio non retroagiscono fino al momento della celebrazione del matrimonio ma ad un momento successivo; quando vengono concessi gli effetti del matrimonio senza che il vincolo si sia potuto perfezionare per morte sopravvenuta di uno dei contraenti[37] o per demenza di uno di essi. In tutti questi casi, dal momento che gli effetti della sanazione non retroagiranno sino al momento della celebrazione del matrimonio viziato, si è soliti parlare di *sanatio* imperfetta.

6. *I casi di* sanatio in radice *in foro interno*[38]

Il can. 1074 stabilisce che «Publicum censetur impedimentum, quod probari in foro externo; secus est occultum». Che cosa si intende con il termine *occulto*? Il canone vigente è la trasposizione letterale del can. 1037 del previgente Codice del 1917. Nella vigenza del CIC17 la Pontificia Commissione per l'Interpretazione Autentica del Codice ha avuto modo di interrogarsi sul signi-

---

[37] Tale specifico caso viene ritenuto impossibile da Vincenzo Del Giudice, *Nozioni di diritto canonico*, cit., p. 302, nota 38; l'Autore chiarisce che, l'eventuale effetto di veder riconosciuta come legittima la prole, attuale nella vigenza del CIC17, si sarebbe ugualmente potuta ottenere mediante una dichiarazione di legittimità anche senza la convalidazione del matrimonio.

[38] Sulla nozione di foro interno si vedano fra i molti studi: Pacifico Capobianco, *De ambitu fori interni ante codicem*, in *Apollinaris*, 8, 1935, pp. 591-605; Id., *De notione fori interni in iure canonico*, in *Apollinaris*, 9, 1936, pp. 364-374; Wilhelm Bertrams, *De natura iuridica fori interni Ecclesiae*, in *Periodica*, 40, 1951, pp. 307-340; Raoul Naz, voix *For*, in Id., *Dictionnaire de droit canonique*, t. V, Librairie Le Tuzey et Ané, Paris, 1953, coll. 871-873; Ludovicus Bender, *Forum externum et forum internum*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 10, 1954, pp. 9-27; Klaus Mörsdorf, *Der Rechtscharakter der "iurisdictio fori interni"*, in *Münchener Theologische Zeitschrift*, 8, 1957, pp. 161-173; Guido Saraceni, *Riflessioni sul foro interno nel quadro generale della giurisdizione della Chiesa*, CEDAM, Padova, 1961, Ristampato in forma anastatica nel 2002; Matthaeus Sanclimens, *Conflictus forum internum et externum in materia matrimonialis dispensationis*, Libreria Editrice dell'Università Gregoriana, Roma, 1965; Antonius Mostaza Rodriguez, *Forum internum-forum externum. (En torno a la naturalezza juridica del fuero interno)*, in *Revista Española de Derecho Canonico*, 23, 1967, pp. 253-331; Pio Ciprotti, *Potestas iurisdictionis fori interni et productio iuris in Ecclesia*, nel vol. *Acta conventus internationalis canonistarum*, Typis Polyglottis Vaticanis, Città del Vaticano, 1970, pp. 262-268; Velasio De Paolis, *Natura e funzione del foro interno*, in *Investigationes theologico-canonicae*, Università Gregoriana Editirce, Roma, 1978, pp. 115-142; Francisco Javier Urrutia, *Il criterio di distinzione tra foro interno e foro esterno*, cit., pp. 544-570; Id., voce *Foro giuridico (forum iuridicum)*, nel vol. *Nuovo dizionario di diritto canonico*, cit., pp. 536-539; Juan Ignacio Arrieta, *Il foro interno: natura e regime giuridico*, nel vol. Janusz Kowal, Joaquin Llobell (a cura di), *«Iustitia et iudicium». Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz*, vol. III, LEV, Città del Vaticano, 2010, p. 1254; Id., *Fuero interno*, nel vol. *DGDC*, cit., vol. IV, pp. 139-144; Costantino-Matteo Fabris, *Sulla nozione di foro interno nel diritto della Chiesa*, in *Archivio Giuridico*, 236, 2016, pp. 187-217.

ficato di tale canone[39]. Alla luce delle indicazioni allora fornite, che possono ritenersi valide a tutt'oggi, perché possa considerarsi pubblico un impedimento è sufficiente che sia pubblico il fatto da cui tale impedimento deriva, anche se le persone che sono a conoscenza del fatto ignorino che esso è un impedimento in grado di rendere invalido il matrimonio (ad esempio la parentela).

Per impedimento occulto, la cui dispensa deve essere richiesta alla Penitenzieria Apostolica, deve quindi intendersi non tanto e non solo quello che non è divulgato e non vi è pericolo imminente che venga divulgato e reso pubblico, sebbene vi siano alcune persone che siano a conoscenza di esso, bensì piuttosto quell'impedimento del quale non si possa dare prova in foro esterno. Nella vigenza del CIC17 si poneva un problema di interpretazione relativamente alla nozione di occulto dal momento che il can. 2197 definiva pubblico il delitto che fosse stato divulgato o che vi fosse il pericolo che venisse divulgato[40].

Alla luce di tali considerazioni si capisce come esista, in concreto, la possibilità che l'impedimento matrimoniale possa venire alla luce in un momento successivo alla celebrazione del matrimonio e che sia perciò in grado di rendere invalido un matrimonio protrattosi senza problemi per molto tempo. In questi casi particolari la possibilità di ottenere la sanazione in radice appare come un rimedio assai efficace dal momento che il provvedimento di dispensa concesso dalla Penitenzieria Apostolica non turberà affatto il consorzio matrimoniale instauratosi fra i coniugi, sebbene esso sia invalido. Le conseguenze sul *consortium* coniugale derivanti dall'emersione di un vizio rimasto occulto potrebbero arrivare a comprometterne il regolare prosieguo facendo venire meno un matrimonio che per lungo tempo è perdurato sotto l'apparenza della validità. Sebbene si presuma la validità anche di un matrimonio siffatto, esso si esporrebbe tuttavia alla possibile pronuncia di nullità all'esito di un eventuale giudizio sulla validità del vincolo.

---

[39] Pontificia Commissio ad Codicis Canones Authentice Interpretandos, *Responsa ad proposita dubia*, 25 giugno 1932, in *AAS*, 24, 1932, p. 284: «II. De impedimento publico matrimonii. D. An ad habendum impedimentum publicum, de quo in canone 1037, sufficiat ut publicum sit factum ex quo oritur impedimentum. R. *Affirmative*». In una precedente occasione la commissione aveva risposto circa il significato dal can. 1045 § 3 per cui si dovevano considerare occulti anche impedimenti che per loro natura fossero pubblici ma, di fatto, fossero rimasti occulti: Id., *Responsa ad proposita dubia* 28 dicembre 1927, in *AAS* 20, 1928, pp. 61-62: «III. De dispensationibus matrimonialibus. D. An verba *pro casibus occultis* canonis 1045 § 3 intelligenda sint tantum de impedimentis matrimonialibus natura sua et facto occultis, an etiam natura sua publicis et facto occultis. R. *Negative* ad primam partem, *affirmative* ad secundam».

[40] A norma del citato canone poteva essere considerato occulto anche un delitto di cui un certo numero di soggetti avessero comunque conoscenza, sebbene non intendessero renderlo pubblico, cfr. Gommarus Michiels, *De potestate ordinaria et delegata*, cit., p. 84.

La possibilità di ottenere la *sanatio in radice* in foro interno consente che il coniuge (o entrambi i coniugi nel caso di richiesta proveniente da un terzo), totalmente all'oscuro dell'esistenza di un impedimento che potrebbe portare alla nullità del matrimonio, possa continuare a vivere nella massima serenità il proprio matrimonio ottenendo la grazia che esso venga riportato nell'alveo della piena validità. In questi casi, infatti, come visto, esiste già e perdura un valido consenso matrimoniale fra le parti ed esse hanno vissuto in piena armonia la loro unione coniugale sino al giorno in cui emerge il vizio rimasto occulto. Viceversa si correrebbe il rischio di far venir meno il *matrimonium in facto esse* a causa di un vizio presente nel *matrimonium in fieri* con conseguenze certamente dannose ed imprevedibili per il coniuge che incolpevolmente avesse fatto affidamento sulla valida esistenza del proprio matrimonio (per utilizzare una categoria di stampo civilistico).

Sebbene la forma del matrimonio sia un elemento costitutivo per la sua validità essa ha pur sempre la funzione di contribuire alla perfezione giuridica del consenso, rendendo tale consenso pubblico. Ecco che il diritto canonico ammette la possibilità che il vincolo sia ugualmente ritenuto valido se sia stato prestato un consenso avente le già cennate caratteristiche anche in assenza degli altri requisiti stabiliti *ad validitatem*[41].

Analogo ragionamento può essere fatto per gli impedimenti, quanto meno per quelli di diritto ecclesiastico, i quali certamente viziano il matrimonio ma, essendo dispensabili dalla competente autorità, possono essere sanati anche in un secondo tempo senza che arrivino a rendere nullo il matrimonio sorretto dallo scambio di un valido consenso. È stato scritto in proposito che: «un matrimonio, nel suo momento costitutivo, con quella causalità personale, ancorché non totalmente e integralmente umana, che ad esso è indispensabile, esiste. Ora questo fatto viene umanizzato, socializzato, per così dire, secondo Giustizia, in un momento successivo, quello appunto nel quale viene sanato in radice. E come nel primo momento nel quale comincia a configurarsi questa peculiare fattispecie, che è poi la struttura interna del matrimonio nel suo momento costitutivo [quello della celebrazione], dovranno ricercarsi gli elementi che formano un siffatto nucleo e quindi la causatività propria del *matrimonium in fieri*, così nel momento successivo della sanazione dovranno ricercarsi quelle condizioni di Giustizia che si rendono necessarie per l'inserimento nella società ecclesiale, del nucleo già formatosi completamente in precedenza»[42].

---

[41] Cfr. Enrique Lalaguna, *Función de la forma jurídica en el matrimonio canónico*, in *Ius Canonicum*, 1, 1961, p. 223.

[42] Piero Antonio Bonnet, *Osservazioni sulla sanazione in radice. Contributo alla dottrina della struttura interna ed esterna degli istituti giuridici*, nel vol. *Ius populi Dei. Miscellanea in honorem*

Perché dunque possa parlarsi di sanazione in radice in foro interno è necessario che l'impedimento o il vizio che possono potenzialmente portare alla nullità di un determinato matrimonio non possano essere provati in foro esterno e si richieda quindi l'intervento del competente organo ecclesiastico per provvedere alla loro eliminazione.

Si dovrà fare attenzione al caso particolare in cui, concessa la sanazione in foro interno, la causa occulta che ha determinato la concessione in tale ambito divenga di pubblico dominio: in questi casi non è necessario che la sanazione debba essere rinnovata affinché possa avere efficacia anche nel foro esterno, ma sarà sufficiente che colui che ha ottenuto la dispensa dia prova della stessa perché gli effetti di essa si producano anche nel foro esterno secondo quanto stabilito dal can. 1082. Nella vigenza del CIC17 era necessario, a norma del can. 1047, ottenere una successiva dispensa dall'impedimento valevole per il foro esterno, specialmente nei casi di concessione in foro interno sacramentale, dando con ciò luogo a potenziali conflitti tra i due fori.

7. *Procedimento per l'ottenimento della* sanatio in radice *in foro interno*

Il procedimento per ottenere la *sanatio in radice* in foro interno passa, come accennato poco sopra, attraverso il ricorso al Tribunale della Penitenzieria Apostolica[43]. Il ricorso alla Penitenzieria potrà avvenire con due differenti modalità a seconda che la questione venga posta in foro interno sacramentale o extrasacramentale. Nel primo caso il soggetto, durante una confessione, mette il confessore nella condizione di conoscere i motivi che rendono invalido il matrimonio; nel secondo caso l'autorità è messa a conoscenza dei fatti al di fuori dell'esercizio del sacramento della confessione, ad esempio nel corso di un colloquio di direzione spirituale.

In realtà, in entrambi i casi, la richiesta alla Penitenzieria viene effettuata

---

Raymundi Bidagor, vol. III, Università Gregoriana Editrice, Roma, 1972, pp. 696-697.

[43] Sulla Penitenzieria Apostolica, si vedano, fra gli altri: Nicola Del Re, *La Curia romana. Lineamenti storico-giuridici*, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma, 1970[3], pp. 261-271; Luigi De Magistris, Ubaldo M. Todeschini, *La Penitenzieria Apostolica*, nel vol. Piero Antonio Bonnet, Carlo Gullo (a cura di), *La Curia romana nella Cost. Ap. «Pastor Bonus»*, LEV, Città del Vaticano, 1990, pp. 419-429; Egidio Miragoli, *La Penitenzieria Apostolica: un organismo a servizio dei confessori e dei penitenti*, in *Quaderni di Diritto Ecclesiale*, 11, 1998, pp. 395-405; Tribunale della Penitenzieria Apostolica (a cura di), *Corso sul foro interno*, Roma, 2007 (dattiloscritto); Manlio Sodi, Johan Ickx (a cura di), *La Penitenzieria Apostolica e il Sacramento della Penitenza. Percorsi storici-giuridici-teologici e prospettive pastorali*, LEV, Città del Vaticano, 2009; Alessandro Saraco, *La Penitenzieria Apostolica. Storia di un Tribunale di misericordia e di pietà*, LEV, Città del Vaticano, 2011; Costantino-Matteo Fabris, *Il foro interno nell'ordinamento giuridico ecclesiale*, in *Prawo Kanoniczne* 58, 2015, pp. 29-64.

dal sacerdote tramite lettera nella quale brevemente esporrà il caso e chiederà al Tribunale apostolico la concessione della grazia con effetto sanante[44].

Ciò che muterà sarà, invece, la modalità di conservazione del rescritto con il quale la Penitenzieria eventualmente concederà la sanazione. Nel caso in cui la richiesta sia stata originata da una confessione il sacerdote, ottenuta la risposta, la comunicherà al penitente assieme al numero di protocollo del rescritto che verrà poi immediatamente distrutto; in questo caso il numero di protocollo servirà a dimostrare, anche in futuro, di avere ottenuto la grazia della sanazione del matrimonio canonico. Nel caso in cui, invece, la richiesta di grazia sia avvenuta al di fuori dell'ambito sacramentale il sacerdote provvederà a comunicare il contenuto del rescritto ed il numero di protocollo dello stesso; in questo caso, però, nel rescritto verranno inseriti i nomi dei coniugi ed il documento verrà conservato presso l'archivio segreto diocesano dove verrà custodito con le garanzie previste[45].

A norma del can. 62 si dovranno pertanto distinguere i tipi di rescritto secondo che essi prevedano effetti immediati dal momento della concessione (c.d. rescritti in forma graziosa) ovvero, nel caso vi sia necessità che essi vengano eseguiti, dal momento della esecuzione (c.d. rescritti in forma commissoria). Normalmente nei casi di sanazione in radice in foro interno non si chiederanno atti esecutivi della stessa, ma sarà sufficiente che l'atto venga portato a conoscenza del soggetto richiedente e che questi lo accetti. Solamente nel caso in cui nel rescritto sia esplicitamente richiesta l'accettazione quale condizione per la concessione della grazia si potrà parlare di esecuzione vera e propria del rescritto sanante.

8. Sanatio in radice *e matrimonio civile*.

Pio XII, nella sua allocuzione alla Rota Romana del 1941, fissò un criterio pastorale relativo alle questioni matrimoniali da ritenersi valido ancora oggi: «il giudice ecclesiastico non deve mostrarsi facile a dichiarare la nullità del matrimonio, ma ha piuttosto da adoperarsi innanzitutto a far sì che si convalidi ciò che invalidamente è stato contratto, massime allorché le circostanze del caso particolarmente lo consigliano»[46]. Tali considerazioni sono state oggi in

---

[44] Circa il contenuto della lettera cfr.: Carlos Encina Commentz, *op. cit.*, p. 46.

[45] Cfr. sul punto: Geraldina Boni, *Achivio secreto*, nel vol. *DGDC*, cit., vol. I, pp. 456-460; Costantino-Matteo Fabris, *Llave [custodia bajo]*, nel vol. *DGDC*, cit., vol. V, pp. 210-211.

[46] Pio XII, *Allocutio ad Romanae Rotae auditores coram admissos*, 3 ottobre 1941, in *AAS*, 33, 1941, p. 424, n. 2. In tale allocuzione il Pontefice ricordava pure il compito dei giudici di utilizzare i necessari

parte poste in discussione a motivo della abrogazione del dettato del can. 1676 da parte del m. p. *Mitis Iudex Dominus Iesus*; il provvedimento di riforma ha trasfuso il contenuto del citato canone nel nuovo can. 1675 eliminando però il riferimento al tentativo, da effettuarsi da parte del giudice ecclesiastico, di ristabilire la convivenza tra le parti o di una convalidazione del matrimonio[47].

La Chiesa, nel presumere la validità del matrimonio, da sempre predilige la via della convalidazione dello stesso, anche qualora la celebrazione non sia avvenuta nella forma canonica. L'esempio tipico è dato dal matrimonio celebrato tra due battezzati nella forma del matrimonio civile con i modi e le formalità previste dal diritto statuale. Già nella vigenza del CIC17, sebbene si ritenesse inesistente il matrimonio celebrato nelle forme civili[48], veniva concessa la possibilità di sanare in radice un'unione celebrata in forma civile o un matrimonio misto celebrato senza la presenza del parroco[49].

---

mezzi pastorali per tentare di convalidare il matrimonio e pure di aiutare i coniugi nel tentativo di restaurare il matrimonio. Le affermazioni di Pio XII sono state più recentemente ribadite anche da Giovanni Paolo II, *Allocuzione alla Rota Romana*, 28 gennaio 2002, in *AAS*, 94, 2002, pp. 340-346, nn. 4-5; Benedetto XVI, *Discorso alla Rota Romana*, 29 gennaio 2010, in *AAS*, 102, 2010, p. 112. Sulla presunzione di validità del vincolo matrimoniale, tra i molti studi ed interventi si possono vedere: Giovanni Paolo II, *Discorso alla Rota Romana*, 29 gennaio 2004, in *AAS*, 96, 2004, pp. 348-352; Giuseppe Dalla Torre, *Il «favor iuris» di cui gode il matrimonio (can. 1060-1101, 1)*, nel vol. *Diritto matrimoniale canonico. Vol. I*, cit., pp. 212-234; Antonio S. Sánchez Gil, *Il* favor matrimonii *e la presunzione di validità del matrimonio: appunti per la loro chiarificazione concettuale*, in *Ius Ecclesiae*, 16, 2004, pp. 321-344; Janusz Kowal, *Conflitto tra* favor matrimonii *e* favor libertatis*?*, in *Periodica*, 94, 2005, pp. 243-273; Juan I. Bañares, *Favor matrimonii*, nel vol. *DGDC*, cit., vol. III, pp. 931-935.

[47] Sull'abrogato canone e sulle problematiche conseguenti a tale abrogazione si vedano: Joaquin Llobell, *Sulla liceità della domanda di nullità matrimoniale*, nel vol. Veritas non auctoritas facit legem, cit., pp. 317-329, *ivi* pp. 322-328; Geraldina Boni, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi (parte terza)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, 11, 2016, pp. 21-24; Cyrille Dounot, *La réforme de la procédure des nullités de mariage au regard des principes juridiques*, in *Catholica*, 130, 2016, pp. 59-60; Costantino-Matteo Fabris, *Indagine pregiudiziale o indagine pastorale nel* Motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus. *Novità normative e profili problematici*, in *Ius Ecclesiae*, 28, 2016, pp. 490-491. Sostiene che il tenore del nuovo canone non abbia in nulla mutato quanto previsto dal precedente Massimo del Pozzo, *Il processo matrimoniale più breve davanti al Vescovo*, EDUSC, Roma, 2016, p. 87.

[48] Il CIC17, pur ritenendo inesistente il matrimonio civile, prendeva in considerazione tale forma di celebrazione sotto il profilo penale: costituiva delitto di bigamia, ai sensi del can. 2356 il contrarre matrimonio nel caso di esistenza di un precedente vincolo coniugale *etsi tantum civile*. Parimenti il can. 2388 § 1 prevedeva che fossero colpiti da scomunica *latae sententiae*, riservata alla Sede Apostolica, sia gli ordinati *in sacris* sia coloro che avevano fatto voto solenne di castità nel caso in cui tentassero di contrarre matrimonio anche se solo nella forma civile; ugualmente erano colpiti dalla stessa pena tutti coloro che tentassero di unirsi in matrimonio con alcuno dei summenzionati soggetti.

[49] Cfr. Giovanni Caviglioli, *Manuale di diritto canonico*, SEI, Torino, 1939[2], p. 687. D'altra parte la tolleranza dimostrata dalla Chiesa non deve stupire se si guarda alle forme di celebrazione esistenti fino alle disposizioni del Concilio di Trento in materia; si vedano sul punto: Pietro Gismondi, *L'attuazione dottrinaria e pratica delle norme tridentine sulla forma del matrimonio*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 59-60, 1952-1953, pp. 250-272; Jean Gaudemet, *Il matrimonio in Occidente*, SEI, Torino, 1989; Diane Owen Hughes, *Il matrimonio nell'Italia medievale*, nel vol. Michela De

Per quanto atteneva la *sanatio* del matrimonio celebrato nella sola forma civile i commentatori del CIC17 si esprimevano in questi termini: «Olim civile connubium sanari non solebat; sed postquam fere apud omnes nationem introductum fuit, mitior facta est praxis Curiae, ita ut unice attendatur ad rei veritatem, nempe an adfuerit, sub quacumque specie, verus consensus maritalis sed naturaliter efficax, an non. Profecto consensus maritalis dari potest etiam in matrimonio invalide celebrato et in matrimonio civili (cfr. can. 1085). Hodie non raro civilia connubia in radice sanantur»[50], richiedendo tuttavia che fosse stato espresso un valido consenso matrimoniale nell'ambito della cerimonia civile e non che la volontà dei nubendi fosse volta alla sola celebrazione in forma civile del matrimonio.

L'opinione dei commentatori del CIC17 si basava su alcune considerazioni svolte nel Seicento da Barbosa (1590-1649) il quale, voce isolata a quel tempo, riteneva che si dovesse guardare alla sostanza del matrimonio a suo dire rinvenibile nello scambio del consenso e nell'*affectio coniugalis*[51]. L'opera di Barbosa fu presa come riferimento da Papa Benedetto XIV il quale ritenne da un lato che la sanazione potesse essere concessa anche mancando la forma canonica, sebbene solamente per gravissimi motivi ed in presenza della nascita di figli mediante copula non fornicaria[52], dall'altro egli richiedeva che vi fosse la buona fede da parte dei coniugi.

Gasparri ammetteva che la celebrazione civile costituisse un'apparenza di matrimonio sufficiente a consentire la sua convalidazione tramite sanazione in radice, dal momento che, viceversa: «Igitur dicendum aut Benedictum XIV per speciem iusti matrimonii in casu solum intellexisse consensum matrimoniale expressum modo naturaliter sufficienti, aut Ecclesiam, mutatis circumstantiis, disciplinae rigorem hac in re temperavisse»[53].

Giorgio, Christiane Klapisch Zuber (a cura di), *Storia del matrimonio*, Laterza, Roma-Bari 1996, pp. 5-61; Ida Fazio, *Percorsi coniugali nell'Italia moderna*, nel vol. *Ibidem*, pp. 151-214; Daniela Lombardi, *Fidanzamenti e matrimoni dal Concilio di Trento alle riforme settecentesche*, nel vol. *Ibidem*, pp. 215-250.

[50] Felice Cappello, *Tractatus canonico-moralis de sacramentis. Vol. III. Pars II*, cit., p. 390.

[51] Cfr. Agostino Barbosa, *Votorum decisivorum et consultivorum canonicorum libri duo*, nel vol. *Praxis colligendi pensiones adversus calumniantes, et plurima differentes illas solvere cui accesserunt vota et consultiva decisiva canonica*, lib. II, Lugduni, 1679, v. 27, n. 16, p. 174.

[52] Benedetto XIV, Lettera *Redditae Nobis*, 5 dicembre 1744, in (a cura di), nel vol. *Codicis Iuris Canonici fontes*, vol. 1, a cura di Pietro Gasparri, Typis Polyglottis Vaticanis, Romae, 1926, pp. 862-875: «Requiritur quod proles nata sit ex copula non manifeste fonicaria, sed putative matrimoniali» (§ 40, p. 875).

[53] Pietro Gasparri, *Tractatus canonicus de matrimonio*, tomo II, Typis Polyglottis Vaticanis, Città del Vaticano, 1932^2, p. 270.

D'altra parte, come veniva segnalato[54], la Chiesa non sana il matrimonio civile ma fa sì che il consenso prestato durante la celebrazione civile del matrimonio, già di per sé *naturaliter sufficiens ad ineundum matrimonium*, dia luogo ad un matrimonio canonicamente valido sanando la mancanza di forma canonica e dispensando dalla rinnovazione del consenso.

In altre parole, nel momento in cui esiste un consenso naturalmente sufficiente a dare vita ad un matrimonio, ma esso non sia stato espresso nelle forme canonicamente prescritte, si potrà parlare di un atto giuridico nullo ma non inesistente. Ecco che la *sanatio* è in grado di rendere valido ed efficace anche un consenso prestato in forme diverse da quelle stabilite dall'ordinamento canonico quale, ad esempio, quello prestato nella forma civile[55]. Il consenso della dottrina sul punto non è stato unanime[56] sebbene oggi, con opportuni distinguo e precisazioni, si ammetta a determinate condizioni la sanazione dei matrimoni celebrati nella forma civile[57].

---

[54] S.A.M., *Circa la sanazione in radice di matrimoni civili*, in *Il Monitore Ecclesiastico*, 37, 1925, pp. 38-41.

[55] Cfr. Nikolaus Schöch, *La sanazione in radice dei matrimoni celebrati in forma civile o senza forma pubblica*, cit., pp. 312-322. Si vedano anche sul punto: Olis Robleda, *Nullitas actus iuridici in C.I.C.*, in *Periodica*, 35, 1946, p. 43; Wilhelm Bertrams, *De effectu consensus matrimonialis naturaliter validi*, in *Apollinaris*, 33, 1960, p. 126; Piero Antonio Bonnet, *A proposito di talune questioni attuali in materia matrimoniale: amore coniugale; causalità matrimoniale nella sanazione in radice*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 83, 1972, p. 369; Carmen Peña Garcia, *¿Convalidación simple o sanación en raíz? La revalidación canónica del matrimonio civil de los católicos*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 130, 2015, pp. 477-514. Se si ritenesse, invece, inesistente il matrimonio civile questo non potrebbe essere sanato, dal momento che non potrà essere attribuita rilevanza giuridica a qualcosa che nemmeno esiste, cfr. Giuseppe Olivero, *Appunti sulla invalidità nel diritto canonico*, Tipografia Editrice Arduini, Torino, 1946, pp. 41-42.

[56] Giuseppe Di Mattia, *Poteri dello Stato nella disciplina del negozio matrimoniale. Indicazioni per una revisione della dottrina canonistica*, in *Apollinaris*, 43, 1970, pp. 311-343. Più di recente si veda anche: Urbano Navarrete, *A proposito del decreto del S. T. della Segnatura Apostolica del 23 novembre 2005*, in *Periodica*, 96, 2005, pp. 307-361, l'A. definisce il matrimonio civile un non matrimonio, non potendo esso nemmeno ritenersi nullo.

[57] Ricostruisce il dibattito sul punto Geraldina Boni, *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 167-234. Si vedano pure: Piero Barbieri, *La celebrazione del matrimonio cristiano. Il tema negli ultimi decenni della teologia cattolica*, CLV – Edizioni Liturgiche, Roma, 1982; Giuseppe Dalla Torre, *Ancora su "due modelli di matrimonio". Considerazioni fra storia e diritto*, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, 6, 1989, pp. 49 ss; Nikolaus Schöch, *La sanazione in radice dei matrimoni celebrati in forma civile o senza forma pubblica*, cit.; Angela Maria Punzi Nicolò, *Matrimonio civile e* matrimonium legitimum. *Una prospettiva per il XXI secolo*, nel vol. Veritas non auctoritas facit legem, cit., pp. 389-394; Carmen Peña Garcia, *¿Convalidación simple o sanación en raíz? La revalidación canónica del matrimonio civil de los católicos*, cit. Per gli aspetti giurisprudenziali cfr.: Miguel Angel Ortiz, *La forma del matrimonio nella giurisprudenza della Rota Romana*, nel vol. Paolo Moneta (a cura di), *La giurisprudenza della Rota Romana sul matrimonio (1908-2008)*, LEV, Città del Vaticano, 2010, pp. 229-279; Id., *Questioni riguardanti la forma matrimoniale. La "convalidazione invalida" e l'ambito di obbligatorietà dopo il m.p.* Omnium in mentem, nel vol. Hector Franceschi, Miguel Angel Ortiz (a cura di), *La ricerca*

Analoghe considerazioni potranno svolgersi in ordine alle conseguenze derivanti dalle c.d. unioni civili o da altre forme riconosciute di convivenza ad esse equiparate: quale potrà essere la rilevanza di un consenso prestato in queste forme? Ove regolamentate dalle legislazioni civili tali forme di convivenza potranno ottenere una sanazione successiva sulla base della vigente legislazione canonica? Interrogativi che richiederebbero una trattazione assai più esaustiva di quella che può essere offerta nel presente contributo e che sono tuttavia meritevoli di adeguata riflessione anche in ambito canonistico. Pare comunque possibile escludere, *prima facie*, che tali forme di unioni non matrimoniali possano essere successivamente sanate dal momento che il consenso eventualmente espresso dalle parti non sembra configurarsi come *consensus vere matrimonialis* non volendosi con tali unioni dar vita ad un *consortium* assimilabile a quello matrimoniale[58].

della verità sul matrimonio e il diritto a un processo giusto e celere. Temi di diritto matrimoniale e processuale canonico, EDUSC, Roma, 2012, pp. 171-204.

[58] Tra i molti approfondimenti della dottrina canonistica sul punto cfr.: José I. Alonso Perez, *Studio giuridico-canonico della convivenza non matrimoniale. Unioni civili, convivenze registrate, unioni di fatto*, Aracne, Roma, 2012; Id., *Circa l'eventuale convalidazione matrimoniale della convivenza non matrimoniale civilmente riconosciuta*, in *Ius Ecclesiae*, 24, 2012, pp. 99-112; Luciano Musselli, *Riflessioni e ipotesi sulle prospettive evolutive in tema di nullità e scioglimento dei matrimoni canonici*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, 2, 2014; Vittorio Parlato, *Note su matrimonio e unioni civili nella concezione cattolica e nel diritto canonico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, 6, 2014, in partic. p. 10; Manlio Miele, Bonum coniugum *e profili civilistici*, nel vol. *Il bonum coniugum. Rilevanza e attualità nel diritto matrimoniale canonico*, LEV, Città del Vaticano, 2016, pp. 141-191, ivi pp. 165-191.

Tanto lontano dalla vita? Il Diritto canonico nel processo di formazione della professionalità del giurista.

Vincenzo Pacillo

Questo numero di "Diritto e Religioni" raccoglie gli atti del convegno di studi: *"Tanto lontano dalla vita? Il Diritto canonico nel processo di formazione della professionalità del giurista"*, svoltosi a Modena il 2 marzo 2018 davanti ad un pubblico attento, intervenuto numeroso nonostante le proibitive condizioni meteorologiche. Il fatto che l'evento abbia radunato Maestri, colleghe e colleghi provenienti da ogni parte d'Italia, che la Procuratrice della Repubblica presso il tribunale di Modena (Dott.ssa Lucia Musti) e la Presidente dell'Ordine degli Avvocati del Foro modenese (Avv. Daniela Dondi) abbiano sfidato neve e gelo per portare il loro saluto introduttivo, che il pubblico presente in sala sia rimasto sino al termine dell'evento nonostante strade e ferrovie fossero al limite della praticabilità non si deve – ovviamente – all'organizzatore, ma all'interesse del tema trattato ed alla sua capacità di muovere le corde del cuore e dell'intelletto. Lungi dall'essere confinato all'interno degli affari di sacrestia o dei Tribunali ecclesiastici, il diritto canonico sembra mantenere una vitalità che va ben oltre i processi di secolarizzazione e l'età in cui – ad una diffusa idea di generale "crisi del diritto"[1] – si accompagna un

[1] È ben noto come di "crisi del diritto" si parli in modo ricorrente all'interno del dibattito dottrinale almeno a partire da Giuseppe Capograssi, *Saggio sullo Stato,* Bocca, Milano, 1918, opera nella quale il Maestro identifica le origini della crisi del diritto con la crisi del principio di autorità: lo Stato è stato imbrigliato dall'egoismo individuale, e la sua produzione giuridica è divenuta incapace di dare risposte alle alte esigenze dello spirito umano : «lo spaventevole della crisi consiste veramente nell'avere posto come ideale dello Stato la più supina e dormiente indifferenza rispetto ai più alti interessi ed alle pù alte esigenze dello spirito» (p. 138). Le considerazioni di Capograssi saranno riprese da Flavio Lopez de Oñate, il quale identifica la crisi del diritto con la crisi dell'uomo contemporaneo, per il quale «la giustizia diviene esigenza e pretensione immediata del singolo, il quale, scioltosi dallo Stato in quanto si scioglie (o vorrebbe sciogliersi) dal vincolo della norma, resta isolato nella società». Così Flavio Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 85. Oggi la crisi del diritto è essenzialmente ricondotta ai processi di globalizzazione, in virtù dei quali «ambiti di vita crescenti tendono a sottrarsi alle regolazioni statali, a differenziare il loro spazio politico, economico e sociale dallo spazio pubblico istituzionalizzato, a dotarsi quindi di una propria costituzione civile» che tende a

significativo analfabetismo religioso[2], soprattutto tra i giovani.

Perché tanta curiosità, perché tanta attenzione – all'interno di un'Università laica - nei confronti dell'ordinamento giuridico della Chiesa cattolica, la quale sottolinea al massimo livello istituzionale come – per la sua vita interna - alla norma giuridica debba essere riconosciuto un ruolo di mero servizio[3]?

A questa domanda proverò a rispondere nella seconda parte della presente nota introduttiva, in cui mi occuperò del sottotitolo del convegno. In questa prima parte desidero provare a riflettere sul titolo vero e proprio, ovvero su quel (pre)giudizio – *tanto lontano dalla vita* – con la quale Zeno Cosini, protagonista (assieme alla sua *Coscienza*) di uno dei più significativi romanzi del Novecento europeo, liquida il diritto canonico[4].

Su tale questione sono ben noti gli studi di Alessandro Albisetti, il quale – dopo aver dato conto della questione legandola al rapporto tra Svevo e la psicoanalisi[5] - ha cercato di inquadrare la valutazione fortemente negativa sul diritto canonico (e sullo studio di esso) espressa all'interno della *Coscienza di Zeno* nel contesto dell'opera socio-politica dello scrittore triestino[6]. Albisetti ha così compiuto un'articolata disamina dello scritto *Sulla teoria della pace*[7], saggio in cui Svevo immagina il ruolo della Lega delle Nazioni nella costruzione di un mondo che bandisca ogni guerra ed umana brutalità, e prende una posizione di chiara protesta umanitaria contro la risoluzione violenta dei conflitti, in armonia con la visione apertamente antinazionalista e pacifista dell'ideologia politica che egli abbraccia: quella ideologia che Alberto Cavaglion chiama "socialismo pessimista"[8].

---

minimizzare (ovvero a neutralizzare del tutto) il ruolo del legislatore. Così Gino Scaccia, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *Rivista AIC*, 3, 2017, p. 32.

[2] Cfr. Alberto Melloni (a cura di), *Rapporto sull'analfabetismo religioso in Italia*, il Mulino, Bologna, 2014.

[3] Così il messaggio di papa Francesco in occasione del XVI Congresso internazionale della "Consociatio Internationalis Studio Iuris Canonici Promovendo", 6 ottobre 2017, www.vatican.va

[4] Italo Svevo, *La coscienza di Zeno*, a cura di Cristina Benussi, XI ed., Feltrinelli, Milano, 2004, p. 10: "«Oggi, 2 Febbraio 1886, passo dagli studii di legge a quelli di chimica. Ultima sigaretta! !». Era un'ultima sigaretta molto importante. Ricordo tutte le speranze che l'accompagnarono. M'ero arrabbiato col diritto canonico che mi pareva tanto lontano dalla vita e correvo alla scienza, ch'è la vita stessa benché ridotta in un matraccio."

[5] Alessandro Albisetti, *Un diritto "tanto lontano dalla vita"?*, in Giovanni Battista Varnier (a cura di), *Il nuovo volto del diritto ecclesiastico*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2004, pp. 219 ss.

[6] Alessandro Albisetti, *Svevo e il diritto canonico*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2009, pp. 207 – 218.

[7] Pubblicato per la prima volta sulla rivista milanese «Inventario» (IV, 1, 1952, pp. 4-13) con il titolo *Scritti inediti contro la guerra*.

[8] Alberto Cavaglion, *Italo Svevo*, Bruno Mondadori, Milano, 2000, pp. 18 e 170 s.

Albisetti riconduce dunque al binomio "diritto internazionale – diritto canonico" gli interessi giuridici dello Svevo (che, va ricordato, si era formato alle scuole commerciali), richiamando una possibile influenza di Santi Romano e del suo *L'ordinamento giuridico* (1918) sull'autore triestino: col che – mentre il diritto internazionale, in quanto strumento non violento di risoluzione dei conflitti, sarebbe pienamente "dentro" la vita degli esseri umani, dando loro la possibilità concreta di realizzare l'utopia di un mondo senza guerra – il diritto canonico pare finire – nell'orizzonte culturale di Svevo – per ricoprire il ruolo dell'*outsider* fuori dal tempo e dalla realtà. Un diritto, in definitiva, lontano dalla vita perché inutile, incapace di dare risposte alle grandi sfide della modernità.

L'autorevole chiave di lettura proposta da Albisetti potrebbe peraltro aprirsi ad un'altra prospettiva. E' ben noto che Svevo sposò Livia Veneziani (pronipote di Allegra Moravia, madre dell'autore triestino) nel 1896 solo civilmente: egli era infatti di religione ebraica, mentre la Veneziani – fervente cattolica – aveva dichiarato di non appartenere ad alcuna confessione religiosa. Tuttavia l'anno dopo – di fronte alla difficile gravidanza condotta dalla moglie e tormentato dal rimorso di Livia per aver acconsentito quello che ella doveva ritenere (e che canonisticamente era) un vero e proprio concubinato – Svevo si fece battezzare segretamente e – abbracciata la fede cattolica – acconsentì a sposarsi secondo le norme del diritto canonico[9]. Questo fu dunque probabilmente il primo impatto (pur senza certezze storiche in proposito, appare fortemente improbabile che il Parroco abbia accettato di battezzare e poi di sposare canonisticamente Svevo senza fargli accenno alle disposizioni ecclesiali chiamate a regolare tali sacramenti) di Aron detto Hector Schmitz (così era stato registrato in sinagoga il quinto figlio di Allegra Moravia e del commerciante di vetrami Franz Schmitz, entrambi di religione mosaica) con le leggi ecclesiastiche: un impatto fatto evidentemente di un certo formalismo, acquisito controvoglia e senz'alcun trasporto emotivo.

Pur formalmente cattolico, infatti, Svevo continuò a ritenersi ebreo, seppure di orientamento agnostico[10]: non trovava alcun interesse nel cristianesimo, se non – come dirà nei panni di Zeno – quello che si può provare di fronte ad un "fenomeno da studiare"[11], e fu tale la sua difficoltà di fronte all'acquisizione di uno schema dogmatico che persino l'acquisizione mnemonica dei dogmi

---

[9] Cfr. Fulvio Anzellotti, *Svevo in Famiglia*, in *Vita di mio marito. Livia Veneziani racconta Svevo*, Catalogo della mostra tenuta al Museo Sveviano di Trieste, Trieste, 2001, pp. 63 ss.

[10] Fulvio Anzellotti, *Svevo in Famiglia*, cit., p. 63 s.

[11] Italo Svevo, *La coscienza di Zeno*, ed. cit., p. 33.

del catechismo gli era così faticosa da rivelarsi impossibile[12].

In definitiva, Zeno – *alter ego* di Svevo – vede il diritto canonico come lontano dalla *sua* vita: e lo vede lontano perché lo ritiene l'elemento formalistico di una religione in cui non crede e che gli è stata imposta dalle circostanze dell'esistere.D'altra parte la coscienza che Svevo ebbe del diritto canonico non era una coscienza di tipo accademico: come accennato, l'autore triestino non studiò legge, e non aveva probabilmente ben chiaro neppure quale fosse l'*ordo studiorum* delle Facoltà giuridiche delle Università del Regno d'Italia, nelle quali – dopo l'unificazione – il diritto canonico non venne più insegnato per diversi decenni. Certo, vi furono alcune eccezioni[13], una delle quali riguarda l'Ateneo di Padova, che fino al 1866 era stato tradizionale meta di studi per i giovani triestini[14]: sarebbe comunque errato insistere troppo sui legami tra l'ambiente triestino e l'insegnamento del Diritto canonico a Padova. Certo, nell'epoca in cui si può supporre che Zeno Cosini abbia frequentato l'Università, *nell'ordo studiorum* dello studio patavino troviamo un corso di Diritto canonico tenuto dal Prof. Antonio Pertile, Ordinario di Storia del diritto italiano[15], il quale era subentrato nel 1884 al cugino, Abate Giovan Battista Pertile, che aveva ottenuto di poter continuare l'insegnamento del diritto della Chiesa cattolica a prescindere dalle direttive ministeriali del 1869 e del 1875, sebbene con un forti perplessità da parte della popolazione studentesca[16].

Va tuttavia ricordato che, a partire dal 1866, venne a cessare l'automatico riconoscimento del titolo di studio conseguito a Padova entro i confini dell'Impero Austriaco. Agli italiani d'Austria che volessero frequentare la facoltà di legge non rimaneva che recarsi a Vienna, Graz o Innsbruck. Se dunque Zeno avesse voluto laurearsi in legge per poi mettere professionalmente a frutto le sue competenze, avrebbe dovuto raggiungere uno di questi tre Atenei. Ed è proprio ad un evento accaduto ad un docente della *Universitas Leopoldino Franciscea Oenipontana* che si deve – probabilmente – l'interesse fortemente critico di Svevo per il Diritto canonico.

Nel 1908 avvenne che Ludwig Wahrmund, Ordinario di Diritto canonico

---

[12] Cfr. John Gatt Rutter, *Alias Italo Svevo: Vita Di Ettore Schmitz, Scrittore Triestino*, NIE, Siena, 1991, p. 187.

[13] Sia consentito, per ciò che concerne l'esperienza didattica di Luigi Olivi a Modena, il rinvio a Vincenzo Pacillo, *L'eredità canonistica di Giuseppe Dossetti*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1-2, 2013, pp. 85 ss.

[14] Cfr. Giuseppe Caprin, *Tempi andati. Pagine della vita triestina (1830-1848)*. Trieste. Stabilimento artistico-tipografico G. Caprin, edit., 1891, pp. 185 ss.

[15] Cfr. *Annuario della R. Università degli Studi di Padova*, Padova, 1895, pp. 91 e 164.

[16] Cfr. Francesco Falchi, *La soppressione del corso autonomo di Diritto canonico delle Facoltà giuridiche disposta dal ministro Bonghi nel 1875*, in *Stato, Chiese, pluralismo confessionale, rivista telematica*, settembre 2011, pp. 34 ss.

ad Innsbruck, perse la sua cattedra a seguito della pubblicazione di un opuscolo in cui sosteneva la necessità dell'autonomia della ricerca scientifica dal controllo dell'autorità ecclesiastica. L'"affare Wahrmund" infiammò il mondo accademico e politico austriaco; da più parti si urlò a gran voce – anche con moti di protesta pubblica – la necessità di garantire la libertà della scienza. E il trasferimento di Wahrmund a Praga non sopì il fermento generale, amplificato a Trieste dal dibattito sulla possibilità di creare nell'Impero Austriaco un'Università di lingua italiana; dal Diritto canonico si era dunque giunti ad una riflessione più ampia su Accademia, libertà della scienza e tutela delle minoranze etniche.

Se la nostra tesi può essere accettata, Svevo ebbe una coscienza del diritto canonico a livello episodico, frammentario, senza ovviamente un inquadramento generale della disciplina a livello storico e teorico: si trovò gettato – per dirla con Martin Heidegger – in una "selva confusa e disorganica di provvedimenti"[17], il cui studio pareva dominato da un'impostazione fortemente dogmatica e repressiva nei confronti della libertà di ricerca scientifica.

Questo aspetto è stato ben messo in luce dallo scritto di Chiara Minelli: la quale – nella sua "prima lezione di diritto canonico" – pone in evidenza come sia proprio l'irresolutezza di Zeno ad agitare una domanda esistenziale che non può accontentarsi di un arido formalismo. Anzi, scrive Minelli, "la crisi spirituale che attanagliava Zeno Cosini (…) quell'«anelito all'infinito» che non riesce normalmente a «superare lo stadio psicologico», lasciando l'«individuo invischiato nel finito»" esige una risposta più alta, una risposta *diversa,* in cui il desiderio del cuore non può accontentarsi di formule da mandare a memoria, ma irrompe fino ad andare alla radice dell'esperienza giuridica.

Pertanto, in fondo, Zeno ha ragione: c'è un fenomeno umano, un fatto umano, che preesiste al diritto canonico e ne costituisce l'a-priori non solo logico, ma anche ontologico. Questo fenomeno è il fatto cristiano, in cui – come scrive Pigi Colognesi – "l'incarnazione non è solo la salvezza nel tempo, ma anche del tempo. Poiché «è carnale anche il soprannaturale» e perciò niente di quello che è umano è escluso dalla salvezza; vi sono riabbracciati i desideri e le disillusioni, il lavoro e la fatica, l'amore e la paternità, la creatività poetica

---

[17] Cfr. Massimo Jasonni, *Materiali per uno studio della genesi religiosa del pensiero di M. Heidegger*, in *Archivio giuridico*, 2000, pp. 307 ss. Sul "caso Wahrmund" cfr. Hermann J. W. Kuprian, *„Machen Sie diesem Skandal ein Ende. Ihre Rektoren sind eine nette Gesellschaft." Modernismusdiskussion, Kulturkampf und Freiheit der Wissenschaft: Die Wahrmund-Affäre 1907/08*, in Michael Gehler/Hubert Sickinger (Hg.): P*olitische Affären und Skandale in Österreich. Von Mayerling bis Waldheim*, Thauer-Wien-München 1995 pp. 99–127. Sulla recezione del caso Wahrmund a Trieste cfr. Anna Maria Vinci, *Storia dell'Università di Trieste. Mito, progetti, realtà*, Lint, Trieste, 1997, pp. 54 s.

e la battaglia sociale, e persino la dolorosa prova di ogni tipo di détresse"[18]. L'esperienza giuridica è dunque esperienza di salvezza e non può avere nessun interesse e nessun significato deradicata dal suo *humus* soteriologico: qualunque sia la confessione o la convinzione religiosa di chi si imbatte in esso, il diritto canonico può avere un interesse, può ridurre la distanza dalla vita solo a condizione che esso venga considerato all'interno di questo cono prospettico. Solo se considerato entro la sua dimensione *teo-logica* il diritto canonico diventa un fenomeno, nel senso hegeliano di manifestazione necessaria ed oggettiva dell'essenza: (anche) attraverso il diritto canonico si manifesta – per il credente – la potenza salvifica e misericordiosa di Dio, e tale manifestazione si struttura entro i confini di una moralità qualificata giuridicamente, in cui il segno grafico della norma non si limita ad esprimere pedissequamente se stesso entro una prospettiva di mera volontà di potere espressa dal legislatore, ma rimanda ad una dimensione ultramondana.

In quanto fenomeno di tal fatta, il diritto canonico entra in relazione con le persone: esso plasma le culture – connotando la moralità di un gruppo di persone che si muove entro i confini della struttura sociale – e interagisce con esse venendone plasmato: come nota nel suo contributo Chiara Ruscazio, "il processo di inculturazione del diritto canonico implica (…) il ricorso ad una ermeneutica giuridica interculturale, in grado di cogliere ed esprimere i valori normativi cristiano-cattolici dall'*interno* delle strutture di ragione e di giustificazione proprie degli apparati di senso e valore specifici dei singoli gruppi umani. In base a questo modello, l'elaborazione e l'applicazione delle regole dell'agire ecclesiale avvengono, cioè, a partire da un punto di riferimento comune (il paradigma della giustizia evangelica), colto però dalla specifica sensibilità culturale e giuridica che connota una determinata società" . Il fenomeno canonistico – collocato entro la dimensione teo-logica ad esso preesistente – diventa così fenomeno sociale non solo vicino alla vita, ma addirittura pienamente calato dentro la vita degli individui e delle collettività.

Questa chiave di lettura sembra lontana da quella della scuola italiana classica, secondo la quale il diritto canonico poteva essere studiato con la stessa metodologia degli ordinamenti secolari, tanto da potersi proporre una sostanziale omogeneità di approccio scientifico tra *jus ecclesiale* e *jus statuale:* ed in effetti, l'idea di un diritto della Chiesa che nasce e si sviluppa come regola una società comunionale ad appartenenza volontaria con lo scopo di contribuire alla redenzione dell'uomo pone un chiaro elemento discontinuità tra fatto giuridico-religioso e fatto giuridico- statuale Se il diritto canonico nasce come

---

[18] Pigi Colognesi, *Introduzione* a *La fede che preferisco è la speranza: Vita di Charles Péguy*, Rizzoli, Milano, 2012, edizione digitale.

momento regolatore della comunità ecclesiale (la quale riceve la sua vita dalla parola di Dio e dai sacramenti) per mantenere quest'ultima entro una moralità capace di creare le condizioni della redenzione, la scaturigine della giuridicità deve riconoscersi come derivata dall'azione salvifica di Cristo, dalla sua incarnazione; in altre parole la giuridicità si risolve in un'opera di grazia attraverso la quale Dio (nel Padre, nel Figlio e attraverso lo Spirito Santo) propone una modalità di redenzione legata ad una moralità normativizzata.

Il diritto canonico c'entra con la vita e la formazione del giurista perché lega profondamente, vincola un gruppo significativo di persone ad una normatività altra rispetto a quella dello Stato e della comunità internazionale: una normatività che sottomette il principio della certezza del diritto rispetto alla giustizia oggettiva basata sulla rivelazione. Tale vincolo non può essere estraneo alla vita di chi si occupa di scienze sociali: perché inevitabilmente finisce con il condizionare i modi di pensare, gli approcci ermeneutici, perfino le scelte esistenziali di una parte significativa dei consociati.

In una prospettiva più ampia, casomai, si deve dire che non solo il diritto canonico, ma anche altri diritti religiosi c'entrano con la vita e la formazione del giurista: ampliare l'indagine scientifica al rapporto complesso tra normatività e religione ad ordinamenti confessionali "altri" contribuisce infatti non solo a tutelare efficacemente la libertà di coscienza e di pratica religiosa nonché l'eguale libertà di tutte le confessioni. Tale indagine fortifica e struttura razionalmente il dialogo tra le diverse esperienze di fede. Un dialogo che si costruisce attraverso un'analisi critica del rapporto che la normatività confessionale ha creato nei confronti dell'altro-da-sè, nell'ottica di riflettere sugli elementi che portano i fedeli ad aprirsi, a chiudersi o addirittura a combattere la suddetta alterità. Un dialogo che oggi rappresenta non solo una prospettiva etica, ma anche un imperativo giuridico e di fronte al quale tutti gli strumenti di analisi del fatto religioso che abbiano per oggetto il nesso tra il segno grafico della norma ed e il mistero della spiritualità sono chiamati a confrontarsi.

C'è tuttavia un'ultima questione. Come ha recentemente mostrato Massimo Jasonni[19], e come Maria D'Arienzo ribadisce nella sua relazione, il dipanarsi diacronico del diritto canonico appare un divenire dotato di una sorta di vocazione profetica: il diritto canonico classico, unitamente al pensiero greco e romano, ha il compito di offrire al post-moderno le chiavi di lettura essenziali per riflettere sul tramonto della civiltà occidentale, il quale è determinato essenzialmente dal trionfo della società della tecnica. Società della tecnica che destruttura e ri-costituisce profondamente (anche) il senso religioso dell'uo-

[19] Massimo Jasonni, *Kéramos, Scritti per Il Ponte*, I ed., Firenze, Il Ponte, 2016.

mo, il quale viene asservito alle esigenze della produzione e trasforma l'esperienza di fede in un complesso di aride norme morali incapaci di render conto delle esigenze spirituali connesse all'essenza dell'uomo e alla dignità del lavoro attraverso cui questi dovrebbe sviluppare la propria personalità.

Entro questa prospettiva, il diritto canonico c'entra con la vita perché prova a chiedere e rendere conto del nichilismo giuridico che il trionfo della *technè* ha portato con sé: facendo sì che – in un sistema dominato dalla progettazione professionalizzante e dalle esigenze degli *stakeholders* – lo studio della normatività in prospettiva storico-culturale continui a tentare di giocare un ruolo diretto a fronteggiare l'emergenza educativa e lo spaesamento esistenziale della contemporaneità.

La famiglia nel diritto e nella prassi della Chiesa

Paola Buselli Mondin

Premessa: quale rilevanza giuridica per la famiglia nella Chiesa?

Come è a tutti noto, per ogni ordinamento giuridico, statuale o confessionale, la famiglia ha una rilevanza giuridica[1], anche se diversamente significata[2]. Il senso e la rilevanza giuridica della famiglia dicono molto dei valori e della cultura che informano le comunità proprie degli ordinamenti statuali e confessionali, e dei loro rapporti. Senso e rilevanza giuridica della famiglia hanno poi incontrano nel tempo notevoli cambiamenti, come mostra la storia dei diritti della famiglia secolari e religiosi, e dei loro rapporti[3]. È pertanto legittimo domandarsi se ed in che modo oggi l'ordinamento canonico conferisce significato e rilevanza giuridica alla famiglia e, in particolare, se e come si possa configurare un vero e proprio diritto canonico della famiglia[4].

---

[1] Da non confondere rilevanza, da un lato, con rilevanza giuridica, dall'altro. Mentre la rilevanza dipende esclusivamente da fattori culturali, più specificatamente, la rilevanza giuridica è invece il risultato giuridico di tali fattori culturali e, in particolare, dipende dallo spazio di autonomia ed indisponibilità con cui si misurano i diritti ed i doveri familiari (nei rapporti tra coniugi, tra i genitori ed i figli e tra i parenti). L'attuale assetto del diritto di famiglia italiano, ad esempio, è fortemente diretto verso una vera e propria privatizzazione dei rapporti familiari, cfr. Ferruccio Tommaseo, *Libertà negoziale e principio dispositivo nei procedimenti in materia di famiglia*, in *Famiglia e Diritto*, 4, 2018, pp. 419-424.

[2] Diversamente significata anche a seconda della prospettiva entro cui si valuta la diversità sessuale tra un uomo ed una donna, cfr. i contributi nella Rivista *Daimon. Annuario di diritto comparato delle religioni*, 2015, *Omosessualità e matrimonio nei diritti delle religioni e degli Stati*.

[3] Cfr. Aa.Vv., *Matrimoni e ordinamenti religiosi*, in *Daimon. Annuario di diritto comparato delle religioni*, 2, 2002, pp. 3-244.

[4] Cfr. Paolo Bianchi, *Il "diritto di famiglia" della Chiesa*, in *Quaderni di Diritto Ecclesiale*, 7, 1994, pp. 285-299; Tiziano Vanzetto, *Il diritto della famiglia nella Chiesa: la famiglia in quanto soggetto ecclesiale*, in *Quaderni di Diritto Ecclesiale,* 7, 1994, pp. 300- 321; Salvatore Berlingò, *Il Diritto "familiare" nell'ordinamento canonico*, in aa.vv. *Studi in onore di Francesco Finocchiaro*, Cedam, Padova, 2000, pp. 123-191; Enrico Vitali, *Riflessioni sui rapporti familiari nell'esperienza giuridica ecclesiale*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 2005, pp. 850-864; Ilaria Zuanazzi, *Per un diritto di famiglia nella Chiesa: i rapporti tra genitori e figli*, in *Ius Ecclesiae*, 25, 2013, pp. 409-430.

Certamente per la Chiesa cattolica la famiglia ha sempre avuto una rilevanza giuridica, tuttavia, sarebbe riduttivo (se non addirittura ambiguo) invocare oggi un vero e proprio diritto canonico della famiglia. Sembra, piuttosto, preferibile, perché più consono allo statuto epistemologico costituzionale ecclesiale attuale, parlare di famiglia nel diritto e nella prassi ecclesiale, e non proprio di diritto canonico della famiglia. Questa precisazione potrebbe sembrare ridondante o inutile, data la rilevanza giuridica che la famiglia ha sempre avuto per l'ordinamento canonico ecclesiale, ma in realtà non lo è, anche solo considerando che la famiglia non ha avuto sempre allo stesso modo rilevanza giuridica[5]. Vediamo dunque perché, come ed in che modo oggi nell'ordinamento canonico si conferisce significato e rilevanza giuridica alla famiglia e conseguentemente per quale ragione non può essere configurato un vero e proprio diritto canonico di famiglia, alla stregua di quanto avviene per gli Stati o per gli altri ordinamenti confessionali.

2. *"Perché" oggi la famiglia ha rilevanza giuridica nella Chiesa? La famiglia sacramento*

La famiglia gode di rilevanza giuridica all'interno dell'ordinamento canonico per ragioni che solo in parte sono condivise da altri sistemi giuridici (secolari e religiosi). Si tratta, inoltre, di ragioni che storicamente la Chiesa ha continuamente e costantemente perfezionato, fino al punto da assumere oggi un contenuto diverso da quello passato. Attualmente possiamo distinguerne cinque e ciascuna di esse intercetta un determinato significante o livello prospettico:

a) la famiglia come luogo che garantisce la coesione e l'ordine pubblico (*livello istituzionale*);
b) la famiglia come luogo dove imparare a socializzare (*livello sociale*);
c) la famiglia come luogo dove imparare a crescere, a maturare (*livello pedagogico*).
d) la famiglia come luogo dove imparare i valori (*livello spirituale*).
e) la famiglia come luogo sacramentale (*livello ecclesiologico*)

---

[5] Cfr. Juan Ignacio Arrieta, *La posizione giuridica della famiglia nell'ordinamento canonico*, in *Ius Ecclesiae*, 1995, pp. 555-556: «il recente magistero circa la sacramentalità del matrimonio, ancorato ad una più sviluppata antropologia e ad un migliore approfondimento teologico-biblico del disegno divino sul matrimonio e la famiglia, non può non suscitare nella canonistica un sostanziale ripensamento dell'intero sistema giuridico che ci riguarda […] la riflessione circa la sacramentalità del matrimonio sembra condurre alla necessità di ridefinire, in un nuovo contesto, le posizioni giuridiche soggettive che sorgono all'ombra del nucleo familiare».

I primi quattro *significanti* si rinvengono in qualsiasi ordinamento giuridico (secolare o religioso) che contempla e organizza giuridicamente il rapporto uomo e donna, anche se con *significati* diversi, a seconda della peculiarità e specificità di ciascuno[6]. Per la Chiesa cattolica, in particolare, questi *primi quattro significanti* assumono un *significato proprio* (non rinvenibile né comunicabile altrove) il quale richiede di essere completato e perfezionato dal quinto significante o livello prospettico (il livello ecclesiologico), che viene pertanto a costituire il paradigma interpretativo di tutti gli altri significanti o livelli prospettici. In forza del *livello sacramentale* la famiglia per la Chiesa configura un luogo di grazia, ossia una dimensione che perfeziona e arricchisce tutti i significanti (i livelli) della famiglia[7]. Per l'ordinamento giuridico ecclesiale la famiglia non è infatti un luogo dove imparare semplicemente a socializzare, ma a relazionarsi in maniera cristianamente qualificata. La famiglia è un luogo che non garantisce solo la coesione e l'ordine pubblico, ma anche l'ordine delle coscienze. La famiglia è un luogo dove non s'impara semplicemente a maturare, ma a maturare nella diversità sessuale tra il marito e la moglie e nell'amore per il prossimo. La famiglia è un luogo dove imparare i valori cristiani, e non qualsiasi valore, soprattutto l'amore per Dio e per Gesù Cristo.

Il senso e la portata (teologica e giuridica) della sacramentalità del matrimonio sono andati certamente incontro ad una lunga evoluzione storica. Il sacramento del matrimonio si è progressivamente emancipato da quel riduzionismo contrattualista che lo vedeva come l'atto esclusivamente consensuale tra un uomo ed una donna, per assurgere allo status di vero e proprio atto anche ecclesiale (della Chiesa e per la Chiesa), che come tale configura una scelta vocazionale (e non solo naturale) che manifesta una quasi consacrazione dei coniugi (can. 1134 CJC e can. 776 §§ 2-3 CCEO). Questo è l'approdo del magistero conciliare e post conciliare: che segna il superamento della concezione

---

[6] Non è da poco far presente che nella gran parte dei diritti di famiglia secolari la famiglia sta sempre più divenendo un bene disponibile da parte dei coniugi, e neanche più necessariamente legato alla diversità sessuale.

[7] Il matrimonio cristiano, secondo l'antropologia cristiana, si sviluppa in quattro livelli: fisiologico, psicosociale, razionale e della grazia (cercare Dio). Questo quarto livello : «non è un'aggiunta ma un principio integratore il cui bene è ottenibile dalla cooperazione fra i livelli precedenti. L'atto, a qualunque livello appartenga, diventa cristiano quando la qualifica che lo informa deriva proprio dal contenuto di questo livello», Alessandro Manenti, *Coppia e famiglia. Come e perché,* EDB, Bologna 1993, p. 89; cfr Carlo Rocchetta, *Una Chiesa della tenerezza. Le coordinate teologiche dell'Amoris Laetitia*, EDB, Bologna, 2017, p. 79: «I doni del sacramento delle nozze sono: *l'effusione dello Spirito Santo, il vincolo permanente* e *la grazia santificante*. Questi doni sono correlati e permeano la relazione degli sposi e il loro amore, al punto che la stessa intimità coniugale … si trasfigura in un accadimento di grazia».

dello ius in corpus, la quale consegnava al matrimonio una finalità essenzialmente procreativa (in cui non trovava spazio il valore vocazionale delle nozze ed in cui invece trovava spazio una superiore considerazione della verginità consacrata e sacerdotale rispetto l'esercizio dell'intimità sponsale); che segna l'accoglienza della concezione del matrimonio come sacramento dell'amore coniugale, come cammino di santità, come sacramento sociale al pari del sacramento dell'ordine, come scelta vocazionale.[8] Nella riflessione teologica postconciliare si è, inoltre, sviluppata la consapevolezza che sacramentale non è il semplice il consenso, ma anche la stessa famiglia da esso generatasi[9].

La famiglia ha dunque oggi rilevanza giuridica nella Chiesa non solo come un fatto naturale, bensì come atto anche ecclesiale proprio della vocazione cristiana[10]; non solo come sacramento dell'atto celebrativo del matrimonio, ma anche come sacramento dell'esistenza coniugale[11]. Dietro questa posizio-

---

[8] Cfr. Carlo Rocchetta, *Teologia della famiglia. Fondamenti e prospettive*, EDB, Bologna, 2011.

[9] Cfr. *Ivi*, p. 109: «La dizione "sacramentalità della famiglia" va chiaramente intesa in un senso derivato come *status vitae* sul fondamento del sacramento nuziale che contrassegna la realtà degli sposi e la loro intima comunità di vita e di amore; ma non dev'essere sottovalutata o compresa in termini vuoti o meramente simbolici. Lo sforzo della riflessione contemporanea consisterà nel determinare il contenuto teologico di questa dizione. A riguardo, tra le varie vie, una può essere quella di collegarsi alla tripartizione del sacramento impostasi con la grande Scolastica e ripresa dalla stessa *Familiaris Consortio*, al n. 13, applicandola alla "sacramentalità della famiglia" e ponendone in evidenza la fecondità teologica: *signum tantum*, segno visibile [ossia il consenso tra uomo e donna]; *res et signum*, il vincolo permanente; *res tantum*, grazia sacramentale».

[10] Alla fine dell'800 «si poteva chiamare "vocazione" solo quella del sacerdozio e della vita religiosa», cfr. Dionigi Tettamanzi, *Il ministero coniugale. Spazio pastorale della coppia cristiana*, AVE, Roma, 1978, p. 104; Roberto Tagliaferri, *Il Matrimonio Cristiano. Un sacramento diverso*, Cittadella editrice, Assisi, 2008, p. 119: «La vocazione […] non riguarda se si è portati o no al matrimonio, ma se si accoglie nel legame sponsale la dimensione religiosa dell'amore unilaterale e gratuito di Dio per l'umanità. La vocazione religiosa al matrimonio è un elemento destabilizzante e creativo insieme, capace di ristrutturare il rapporto coniugale nella logica folle del dono fine a se stesso come ha rivelato la croce di Gesù Cristo»; José Maria Serrano Ruiz, *Il matrimonio come vocazione e consacrazione. Riflessi e riflessioni canonico-pastorali nella giurisprudenza postconciliare*, in Francesco Catozzella, (a cura di), *La centralità della persona nella giurisprudenza Coram Serrano*, vol. I, LEV, Città del Vaticano, 2009, pp. 84-94.

[11] Cfr. Xavier Lacroix, *Il matrimonio…semplicemente*, San Paolo edizioni, Milano, 2002, p. 94: «Praticamente è divenendo ecclesiale che il matrimonio diviene sacramentale. I coniugi non sono i soli soggetti, è anche un atto della Chiesa stessa che, attraverso di esso, s'impegna, si riconosce e si costruisce. E' a partire da qui che potrebbe essere pensato il legame tra il battesimo, sacramento dell'ingresso bella Chiesa, e la sacramentalità del matrimonio»; p. 95: «A differenza degli altri sacramenti, [il matrimonio] si innesta su una realtà umana che lo precede, che esisterebbe senza di esso. La dottrina della sacramentalità del matrimonio ha d'altra parte impiegato secoli a costruirsi. Si può dire che è stata fissata, in Occidente, tra il IX ed il XII secolo. E' al Concilio ecumenico di Lione, nel 1274, che, per la prima volta, il matrimonio è stato ufficialmente annoverato tra i sette sacramenti. Più tardi, a seguito di Lutero e Calvino, i protestanti rifiutarono di accordargli questo statuto. Essi pensano che questa dottrina vada a sovraccaricare una realtà già sufficientemente ricca sul piano umano, sociale e morale».

ne c'è una gestazione lunga secoli di storia (come già accennato), ma anche un futuro tutto da sviluppare[12], soprattutto a partire dalle conseguenze che tale posizione riveste nel rapporto tra diritto e pastorale. Rapporto che segna un tratto peculiare nella rilevanza che la famiglia possiede nel diritto ecclesiale. Se fino al Concilio Vaticano II la pastorale familiare e coniugale erano prevalentemente assorbite dalla e nella catechesi, con un impronta significativamente morale o moralistica[13], in seguito esse hanno iniziato progressivamente ad assumere una certa rilevanza giuridica. Pensiamo al riconoscimento del processo di nullità matrimoniale come luogo pastorale[14] oppure ai corsi di preparazione alle nozze, che oggi diventano una vera e propria condizione di liceità della celebrazione nuziale[15]. Pensiamo ancora a quanto il giudicato canonico sia stato progressivamente chiamato a svolgersi in modo non solo giuridicamente efficiente, ma anche in modo pastoralmente efficace[16].

Nel magistero attuale (si allude in particolare all'esortazione apostolica *Evangelii Gaudium* ed all'esortazione apostolica postsinodale *Amoris Laetitia*) si sta compiendo un passo ulteriore al punto che, oltre alla pastorale familiare e coniugale, anche la pastorale vocazionale viene chiamata ad essere l'anima del ragionamento giuridico sulla famiglia cristiana. La famiglia è oggi più che mai chiamata a divenire un luogo per la *trascendenza,* e non sempli-

---

[12] Un punto nodale che rimane ancora tutto da chiarire, anche perché prefigura la premessa importante per ogni considerazione giuridica, riguarda il rapporto tra dimensione sacra e sacramentale del matrimonio ed il legame tra battesimo e vocazione matrimoniale, cfr. Cfr. Roberto Tagliaferri, *Il Matrimonio Cristiano. Un sacramento diverso*, cit., p. 117: «Non si può dire che in quanto battezzati l'accettazione dell'offerta di Grazia sia ovvia. Sarà necessaria una maturazione di tipo vocazionale, che non va di pari passo con le strategie dell'innamoramento. Come si può pensare che un battezzato vada alla ricerca del partner in prima istanza per rispondere ad una vocazione? Risulta ovvio che la scelta matrimoniale religiosa non avrebbe necessariamente gli stessi tempi della decisione matrimoniale simpliciter».

[13] Cfr. Maurizio Calanchi, *Il matrimonio. Un cammino di santità*, EDB, Bologna 2007, p. 96: «Possiamo dire che la pastorale matrimoniale, per diverso tempo, si era caratterizzata all'insegna di queste linee: una forte preoccupazione giuridica, una catechesi prevalentemente morale, un debole appello alla missione ecclesiale della coppia e della famiglia, un'insufficiente interpretazione antropologica dei valori del matrimonio e della famiglia. Indubbiamente, in questi ritardi hanno influito le condizioni sociali e culturali (passaggio dalla società rurale e provinciale alla società industrializzata e urbanizzata, passaggio dalla società patriarcale alla famiglia mononucleare) entro cui la famiglia in genere, e la famiglia cristiana in particolare, si è trovata».

[14] Cfr. Gian Paolo Montini, «E' necessario assicurare il carattere pastorale dei tribunali ecclesiastici» (Benedetto VXI, *es.ap. postsinodale Sacramentum caritatis, 29b)*, in *Periodica*, 98, 2009, pp. 321-364.

[15] Cfr., Xabier Martinèz–Gras, José Luís Llaquet de Entrabasaguas, *Antropologia, Pastoràl y Derecho en la preparaciòn del matrimonio*, in *Ius Canonicum*, 82, 2001, pp. 571-606.

[16] Cfr. Paola Buselli Mondin, *Processo al processo canonico di nullità matrimoniale*, in *Ius Ecclesiae*,1, 2015, pp. 61-82.

cemente per la discendenza[17]. I corsi prematrimoniali vengono infatti riqualificati come parte della formazione della vocazione cristiana, e non ridotti a burocratico pedaggio per accedere alle nozze[18]. La stessa preparazione al battesimo e alla cresima coinvolge oggi più intensamente tutta la famiglia del battezzando e cresimando, come momento di evangelizzazione familiare. La famiglia stessa è invitata (al pari dei sacerdoti e dei consacrati) ad una formazione permanente, che l'aiuti a crescere nella sensibilità cristiana. Il processo canonico è chiamato a raccogliere questa evoluzione, divenendo a sua volta un luogo di conversione e di evangelizzazione, funzionale all'appartenenza ecclesiale ed alla ricerca del bene spirituale delle persone coinvolte (non, quindi, semplicemente alla regolarizzazione di una questione di status)[19].

Ecco che l'espressione diritto di famiglia canonico rischia di non tenere nella debita considerazione che ogni considerazione giuridica sulla famiglia cristiana non riguarda strettamente la prassi pastorale familiare e coniugale, ma comprende la stessa prassi vocazionale di ogni fedele del popolo di Dio[20]. In tal senso è utile tenere presente, ad esempio, che la parentela per il diritto canonico non indica solo un vincolo di sangue, ma anche un vincolo spirituale, al punto da potersi configurare una vera e propria *genitorialità spirituale*. Si pensi al ruolo del "padrino" e della "madrina" per il battesimo (c. 872 e CJC e c. 684 CCEO) e la cresima (cc. 892 e 893 CJC e c. 695 CCEO), la cui funzione non è meramente celebrativa, bensì generativa, proprio perché chiamati a titolo speciale a partecipare allo sviluppo della vocazione cristiana del battezzando e cresimando. Non è in proposito di poco conto segnalare che nella codificazione orientale la *cognatio spiritualis* è addirittura un impedi-

---

[17] Alessandro Manenti, *Coppia e famiglia. Come e perché,* cit., pp. 69-70: «la famiglia è potenziatrice di identità e luogo di trascendenza … la famiglia sana potenzia l'identità dei suoi membri senza considerarli proprietà privata: li prepara per lanciarli fuori da sé, in un cammino che supera la famiglia stessa .. si può pensare la famiglia come un triangolo…Per i cristiani il nome del vertice è chiaro: l'unione definitiva con Dio nella gloria».

[18] Mario Imperatori, *Matrimonio e fede oggi: una riscoperta del primato di Dio*, in Antonio Spadaro (a cura di), *La famiglia ospedale da campo: dibattito biblico, teologico e pastorale sul matrimonio nei cntributi degli scrittori de La civilità cattolica*, Queriniana, Brescia, 2015, p. 132: «il contesto attuale ci sembra esigere di non concepire più e proporre i corsi in preparazione al matrimonio come un pedaggio da pagare per una celebrazione alla quale si avrebbe comunque sempre diritto per legge naturale e per ragioni spesso solo sociologiche, retaggio di un'epoca ormai definitivamente tramontata. Bisogna invece pensarli e realizzarli in un'ottica quanto più evangelizzatrice e come un agile itinerario di discernimento che la comunità cristiana può offrire».

[19] Paola Buselli Mondin, *Fede ed accompagnamento nel processo canonico di nullità matrimoniale*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 3-4, 2016, pp. 389-410.

[20] Salvatore Berlingò, *Il diritto "familiare" nell'ordinamento canonico*, cit., p.133: «è il diritto di famiglia, concepito come nativa *oikonomia*, cioè, alla lettera, come originaria normatività domestica o diritto familiare (il *familiare ius*), quello che detta i ritmi del diritto costituzionale della più grande famiglia di Dio, che è la Chiesa, e non viceversa».

mento matrimoniale (c. 811 CCEO)[21]. Inoltre parlare di "diritto canonico di famiglia" potrebbe risultare fuorviante allo stesso modo che parlare di "diritto canonico del celibato" o di "diritto canonico dei voti evangelici". Il celibato, nella Chiesa, non ha rilevanza giuridica in sé, ma solo quale obbligazione propria del sacramento dell'ordine[22] e lo stesso dicasi dei voti, i quali non hanno rilevanza giuridica ecclesiale in quanto tali, ma solo quali obbligazioni proprie della vita consacrata. Essere celibi non significa automaticamente essere sacerdoti, e, ugualmente, vivere in modo casto, povero e in obbedienza all'autorità della Chiesa non significa automaticamente essere giuridicamente consacrati[23]. Allo stesso modo la famiglia non simbolizza automaticamente un atto ecclesiale, perché fare famiglia non significa automaticamente essere uniti nel sacramento del matrimonio, sia come mostra il fatto (piuttosto diffuso) che molte coppie rifiutano deliberatamente di sposarsi in Chiesa (convivendo di fatto o sposandosi civilmente), perché intendono consapevolmente appartarsi dalla Chiesa, sia come mostra il fatto che i matrimoni celebrati in Chiesa possono essere nulli.

L'identità e la ragion d'essere strettamente giuridica della famiglia, per l'ordinamento canonico, risiedono pertanto nel livello sacramentale del vincolo nuziale, il quale, alla luce della riflessione conciliare e postconciliare, significa e giustifica il carattere di quasi consacrazione del rapporto sponsale, elevando e perfezionando un fatto naturale in un atto proprio della vocazione cristiana, elevando e perfezionando un evento sociale in un evento ecclesiale proprio della vocazione cristiana[24]. Questo assunto non deve essere inteso nel senso che la

---

[21] Cfr. *Ivi*, p. 170: «il rilievo accordato dal diritto canonico (orientale) a questo tipo di legame non è senza pregio, perché anch'esso – come già si è accennato – può rappresentare, alla stessa stregua degli rapporti di filiazione, un tipo di fecondità (spirituale) dell'unione coniugale, idonea ad arricchirne e confermarne la dimensione (ultra-pluri) familiare. Va piuttosto, rilevato che siffatta funzione espressiva di una legittima pluriformità di stili o tipi della vita familiare, all'interno di un'unitaria valenza canonico-sacramentale, può considerarsi assolta dalla assunzione di una genitorialità spirituale anche nell'ambito del diritto canonico latino, pur non avendo il Codice del 1983 mantenuto la cognatio spiritualis fra gli impedimenti matrimoniali. Del resto una analoga funzione sembra potersi attribuire anche ad alcune forme di "tutela" (can. 98 §2 CJC; can. 910 §2 CCEO), o di "curatela" (can. 105 §2 CJC, can. 915 §2 CCEO), o di "commissio" (can. 29 §2 CCEO) e simili (quali potrebbero essere alcune ipotesi di affiliazione o di affido disciplinate dalle legislazioni civili e opportunamente canonizzate), che comportano l'esercizio in coppia di una potestà surrogatoria di quella "patria" (nel senso genitoriale). Altrettanto rilievo l'impegno di coppie o di interi nuclei familiari in favore di "minorità" connesse alla stagione non solo più acerba ma anche più matura della vita ed a qualsiasi situazione di inferiorità o di emarginazione».

[22] Cfr. Stefano Guarinelli, *Il celibato dei preti. Perché sceglierlo ancora?*, Paoline Editoriale Libri, Milano, 2008.

[23] Si pensi anche al fatto che la vita consacrata nella Chiesa assume diversi e differenti volti e forme giuridiche.

[24] Cfr. Maurizio Calanchi, *Il matrimonio un cammino di santità*, cit., p. 96: «L'abitudine a pensare,

Chiesa si rifiuta di accogliere la famiglia non sacramentale, non concedendole dignità umana e sociale[25]. Al contrario, l'intera comunità ecclesiale si fa responsabile nel conferire giuridica rilevanza alla famiglia, accompagnando lo sviluppo sacramentale del legame coniugale e l'iniziazione cristiana dell'intera famiglia. A tal fine è utile considerare che la famiglia per il diritto canonico non veicola semplicemente dei diritti e dei doveri tra coniugi, figli e parenti (come avviene per gli Stati o per altri ordinamenti confessionali), ma anche diritti e doveri tra tutti i fedeli[26]. Si pensi a quanto il ministero sacerdotale sia corresponsabile del bene della famiglia, e non sotto forma di obbligazione solidale o solidaristica[27]. Il bene della famiglia, prima ancora che un'obbligazione propria dei coniugi che la costituiscono, configura un'obbligazione propria dei sacerdoti i quali non sono infatti chiamati solo a celebrare il rito nuziale, ma anche (insieme ai laici, consacrati e non) a crescere la coppia e la famiglia, educarla e formarla, mediante l'attività pastorale del loro ministero[28]. Lo stesso processo di nullità matrimoniale non serve oggi solo a misurare la riconoscibilità giuridica di un matrimonio, ma anche a canalizzare i coniugi verso un cammino di conversione[29].

Nella Chiesa, dunque, la famiglia ha rilevanza giuridica perché veicola uno specifico status di vita vocazionale (e non meramente sociale), che diventa un vero e proprio stile di vita ecclesiale, e non tanto come risultato ottenuto, quanto come meta da raggiungere[30]. E' il carattere sacramentale del matrimonio che conferisce rilevanza giuridica alla famiglia, trasfigurando una scelta naturale in una risposta della vocazione cristiana, rendendo canonicamente esigibile uno stile di vita cristiano.

---

istintivamente, che tutti siamo fatti in modo naturale per il matrimonio, ci fa dimenticare la differenza tra matrimonio istituzione naturale e matrimonio sacramento, e favorisce la nascita di unioni, fondate su conoscenze e innamoramenti superficiali, a cui fanno seguito un gran numero di separazioni e divorzi».

[25] A riprova di questo, cfr. San Giovanni Paolo II, Es. ap. *Familiaris Consortio*, n. 82.

[26] Cfr. Matteo Visioli, *Il diritto di ricevere i sacramenti (can. 213)*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 30, 2017, pp. 455-474.

[27] Come, invece, avviene con le politiche sociali e familiari degli Stati o di altre comunità confessionali.

[28] Cfr. José Granados, *Un sacerdote parla della grazia del sacramento del matrimonio*, in Renzo Bonetti (a cura di), *La Grazia del sacramento delle Nozze. Stupirsi del dono grande*, Cantagallli, Siena, 2011, pp. 93-106.

[29] Come emerge testualmente dal proemio che introduce la recente riforma del processo, Cfr. Franciscus PP., *Litteræ apostolicæ motu proprio datæ quibus Canones Codicis Iuris Canonici de Causis ad Matrimonii nullitatem declarandam reformantur: Mitis Iudex*, in *AAS*, CVII, 2015, 958-970. Cfr. María Elena Olmos Ortega, (a cura di), *Procesos de nulidad matrimonial tras la reforma del Papa Francisco*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016.

[30] Cfr. Christoph Theobald, *Il cristianesimo come stile. Un modo di fare teologia nella postmodernità*, I-II, EDB, Bologna, 2009.

3. *"Cosa" della famiglia ha oggi rilevanza giuridica nella Chiesa? Legittimità pubblico-sociale, legittimità vocazionale-affettiva e integrazione psico-spirituale*

Chiarito perché la Chiesa conferisce rilevanza giuridica alla famiglia, rimangono da precisare gli elementi del legame familiare che acquistano rilevanza giuridica ecclesiale. Anch'essi sono andati incontro all'evoluzione storica dell'ordinamento giuridico canonico, pur consolidandosi intorno a tre aspetti essenziali: a) il momento generativo del vincolo coniugale (lo scambio del consenso); b) la forma del rito (la forma canonica); c) la forma della relazione coniugale (indissolubile, feconda, fedele; libera e frutto della relazione di un uomo ed un donna).

Questi aspetti, non avendo avuto storicamente la stessa portata o capienza, non sono sempre stati selezionati con i medesimi criteri ispiratori.

Fino al Concilio Vaticano II il criterio ispiratore predominante era quello della *legittimità pubblico-sociale*. La famiglia veniva presa in considerazione in quanto legittimamente costituita e diretta da una normativa dall'impronta significativamente sanzionatoria. Predominava una visione contrattualista del matrimonio improntata sullo *ius in corpus* (quale retaggio della inferiorità del matrimonio rispetto la verginità consacrata). La forma canonica era volta a tutelare la legittima manifestazione pubblica del consenso e quindi assorbiva l'attenzione e l'interesse prevalente del giurista. Si pensi al diritto d'azione, da intendersi come *ius accusandi* da parte del solo coniuge non colpevole, alla nullità intesa come colpevolezza, alla inabilità ad agire in giudizio del coniuge colpevole[31]. Si pensi poi all'articolata diversificazione che la prima codificazione del 1917 svolgeva sui figli illegittimi, differenziandoli in adulterini, sacrileghi, incestuosi e nefari, oltre che agli impedimenti che lo stato di figlio illegittimo provocava[32]. Si pensi anche alla palese inferiorità delle seconde nozze del vedovo ed anche al fatto che la bigamia, l'incesto, l'adulterio ed il concubinato configuravano delitti contro la morale, rappresentando una giusta causa di separazione[33].

b) In seguito, dopo il Concilio Vaticano II, tale criterio si è perfezionato nel senso di una *legittimità vocazionale affettiva*. La famiglia viene presa in considerazione in quanto comunità di vita e amore coniugale e diretta da una

---

[31] Cfr. Paola Buselli Mondin, *L'interesse ad agire per l'ammissione del libello nelle cause di nullità matrimoniale*, in *Apollinaris*,79, 2006, pp. 733-763.

[32] Cfr. Ilaria Zuanazzi, L'ordinatio ad educationem prolis *del matrimonio canonico*, ESI, Napoli, 2012.

[33] Cfr. Giuseppe di Mattia, *Tutela della famiglia e legislazione penale e suo sostegno nel diritto della Chiesa*, in *La famiglia e i suoi diritti nella comunità civile e religiosa*, LEV, Città del Vaticano, 1987, pp.435-440.

normativa dall'impronta prevalentemente pedagogica[34] (il matrimonio diviene una scelta finalizzata non solo alla prole, ma anche al bene integrale dell'uomo e della donna; nel processo canonico di nullità matrimoniale lo ius accusandi si trasforma in ius impugnandi, sicchè ad ogni coniuge è riconosciuto il diritto di agire in giudizio, senza alcuna preclusione di "colpevolezza"; con l'entrata in vigore dell'istruzione *Dignitas Connubii* è ammesso l'esercizio dell'azione in modo litisconsortile, come prevedere l'art. 102 DC). La forma canonica ha perduto la precedente impostazione (si pensi al sistema delle deleghe) volta solo a tutelare la legittima manifestazione pubblica del consenso ed ha progressivamente incontrato anche un'evoluzione liturgica per valorizzare la specificità sacramentale del matrimonio rispetto quello creaturale[35], ossia «il significato del sacramento cristiano rispetto al matrimonio creaturale sia a livello di sequenze rituali che di contenuti ecologici»[36]. La bigamia, l'incesto, l'adulterio, il concubinato non configurano più ipotesi delittuose (anche se il concubinato può far sorgere un impedimento al matrimonio, can. 1093) ed è caduta ogni discriminazione o limitazione verso i figli illegittimi[37].

c) Nel magistero attuale (si allude ad *Evangelii Gaudium* ed *Amoris Laetitia*) sembra trovare spazio una trasformazione del criterio *vocazionale affettivo*, da perfezionare o riqualificare all'insegna di un nuovo paradigma: *l'integrazione psico-spirituale*[38]. Non si tratta di un'invenzione di papa Francesco ma di un paradigma interpretativo che appartiene alla storia della pastorale

---

[34] Cfr. *Ivi*, p. 447: «All'amore, agli affetti non si comanda. Un'azione coercitiva o repressiva non li fa sorgere, non ricostruisce l'unità, la serenità, lo sviluppo della famiglia. E' pertanto assurdo pensare a un amore "legale", che spunti da un "terreno penale"».

[35] Cfr. Manlio Sodi, *Celebrare il matrimonio cristiano nello spirito santo tra teologia liturgica e azione pastorale: la sfida dell'educazione*, in Renzo Bonetti, Francesco Pilloni (a cura di), *La Grazia del sacramento delle Nozze. Nello Spirito Santo pienezza di vita*, Cantagalli editrice, Siena, 2012, p. 76: «La celebrazione del matrimonio cristiano ha avuto lungo la storia una ricca varietà di forme in quanto è il sacramento che, forse più di ogni altro, richiede – dato lo specifico della sua essenza e dei suoi simboli – un radicamento culturale pressoché unico in quanto tocca una dimensione essenziale della vita. Qui ci poniamo di fronte – con atteggiamento di educatori – ad un Rito rinnovato che va accostato non tanto per curiosare nelle sue varie novità, ma prima di tutto per cogliere lo specifico di questo sacramento, per vedere il rapporto con gli altri sacramenti (soprattutto con quelli dell'iniziazione cristiana, e non solo il battesimo!) … per guardare realisticamente le sfide che oggi vengono poste da una società multireligiosa oltre che multiculturale; per osservare, alla luce del sacramento, i nuovi rapporti tra famiglia e società».

[36] Roberto Tagliaferri, *Il Matrimonio Cristiano. Un sacramento diverso*, cit., p. 196.

[37] Francisco José Castaño, *Famiglia e rapporti familiari nel diritto della Chiesa*, in *La famiglia e i suoi diritti nella comunità civile e religiosa*, cit., pp. 83-98.

[38] Cfr. Carlo Rocchetta, *Una Chiesa della tenerezza. Le coordinate teologiche dell'Amoris Laetitia*, EDB, Bologna, 2017, p. 231: «La visione di Francesco supera così, in un sol colpo, tutte quelle concezioni minimali o riduttive di spiritualità coniugale-familiare che hanno dominato lo scenario fino a tempi recenti: *monastica, moralistica, psicologista, dualista*, *deduttivo-nuzialista*».

vocazionale[39] e che conserva una grande applicazione nello studio della natura religiosa dell'agire umano[40] e, in particolare, del legame tra l'uomo e la donna. Esso può essere sintetizzato nel seguente assunto: ‹‹Ci sono ragioni psicologiche (e non solo filosofiche e teologiche) per introdurre la dimensione spirituale nella psicologia della famiglia e introdurla come elemento risolutore delle sue inevitabili antinomie interne››[41].

Si tratta di una prospettiva che può incontrare una grande utilità per approfondire come e perché si deve continuare a sostenere che il matrimonio cristiano configura una scelta che appartiene alla natura del rapporto tra un uomo ed una donna[42]. Viviamo in effetti oggi tempi in cui la naturalità del legame tra un uomo ed una donna è fortemente discussa[43], al punto da necessitare rinnovati argomenti per essere difesa e sostenuta[44]. A tal proposito, Enzo Bianchi, commentando i

---

[39] Cfr. Franco Imoda, *Sviluppo umano, piscologia e mistero*, EDB, Bologna, 2005.

[40] Cfr. Amedeo Cencini, Alessandro Manenti, *Psicologia e teologia*, EDB, Bologna, 2015, pp. 168-169: «L'esperienza religiosa si offre come principio ultimo di intellegibilità perché parla di significati ultimi dell'operare umano, oltre i quali non può esservi altro. Inoltre si offre come principio integratore perché i significati ultimi proposti non sviliscano né perdano per strada nessun livello ma li coordinino e orientino. La religiosità è capace di farlo perché il totalmente Altro trascende ma è anche presente all'uomo e al mondo, ed è proprio questa duplice caratteristica di trascendenza e immanenza che permette di riconoscere al trascendente la capacità di dare senso all'immanente. Proprio perché principio integratore, la proposta religiosa non opera una sostituzione di natura ma una redistribuzione del campo umano in vista di un fine. Ne consegue che la proposta religiosa offre il massimo di concretezza. Infatti il significato religioso illumina, di riflesso, tutti gli aspetti del reale […] Un atto, visto in se stesso, è semplicemente un atto fisiologico, sociale o intelligente, ma visto nell'ottica religiosa può rivelarsi anche un atto di carità, di dialogo con Dio, santificante. Visto in sé quell'atto è una realtà meno concreta e reale, mentre diventa più reale quando viene visto alla luce del significato trascendente che esso veicola. E' dunque perverso identificare il tangibile con il reale […] La concretezza è posseduta dalle realtà più alte che sono meno tangibili: in questo senso la proposta religiosa è il massimo di concretezza».

[41] Alessandro Manenti, *Coppia e famiglia. Come e perché,* cit., p. 70, nota 8.

[42] Cfr. Giuseppe Valditara, *La famiglia società naturale*, in *Archivio Giuridico*, 3, 2008, pp. 351-365.

[43] Cfr. Vincenzo Padiglione, *La riproduzione sessuale è anche buona da pensare? A chi appartiene il nostro corpo? Note di un antropologo culturale su queste ed altre quisquiglie*, in *Archivio Giuridico*, 1, 2000, pp. 105-125; Enrico Maestri, *Riproduzione artificiale e nuove forme di genitorialità o serialità riproduttiva?*, in *Archivio Giuridico*, 1, 2012, pp. 103-137; Paolo Moneta, *Scienza, tecnica e matrimonio canonico,* in *Archivio Giuridico*, 3-4, 2016, pp. 491-524.

[44] Cfr. Roberto Tagliaferri, *Il matrimonio cristiano. Un sacramento diverso*, cit., p. 214: «Forse occorre un supplemento di attenzione verso il mondo della natura, sempre citato e mai indagato seriamente nei suoi meccanismi. Si tratterrà di decodificare la complessità dell'*imprinting* che ereditiamo non come colpa, ma come base su cui s'innesta la coscienza e la possibilità di accedere all'esperienza morale e religiosa». Cfr. Carlo Rocchetta, *Teologia della famiglia. Fondamenti e prospettive*, cit., p. 41: «La disputa classica relativa al matrimonio-come-istituzione o come sacramento, dunque, si ripropone oggi in una forma diversa: non sono in gioco solo le qualità dell'istituto matrimoniale (monogamia o poligamia, indissolubilità o divorzio, matrimonio civile o matrimonio religioso), ma la sua stessa identità. Il dibattito di ieri si era sviluppato in un contesto di *societas christiana* che accettava pacificamente la nozione di matrimonio fondato sulla complementarietà reciproca tra un uomo e una

lavori dei Sinodi sulla famiglia, lancia una provocazione piuttosto forte, quando precisa che «occorrerebbe almeno più cautela nell'associare il termine "natura" a famiglia e matrimonio, connotandolo come monogamico e indissolubile. Parlare di "matrimonio naturale" (cf. *Instrumentum laboris* [2015] 39-40) o di "famiglia solo secondo natura", come si fa sostenendo posizioni apologetiche, indica che non ci si è mai misurati con le ricerche di antropologia culturale, le quali mostrano l'esistenza di diverse forme di famiglia nel cammino di umanizzazione: la poligamia, la poliandria (quest'ultima fraterna e associata) e altre forme che pure mirano a dare stabilità alla società. In verità, le culture umane di ogni tempo e luogo, dal nord al sud del mondo, hanno "lavorato" la natura, producendo forme di vita sociale e di convivenza per abitare il mondo, comunicare, associarsi. Certamente la rivelazione cristiana ha provocato un urto con queste prassi e questi istituti culturali, che diventeranno inaccettabili, e la chiesa annuncerà il matrimonio monogamico e indissolubile come emerge dal vangelo di Gesù Cristo. Ma non si finisca per affermare superficialmente che l'annuncio cristiano è "naturale" e che tutte le altre forme familiari sono solo degne di disprezzo, perché questo non è secondo lo spirito cristiano»[45]. In sede teologica si invoca una lettura antropologico-dogmatica più ampia del matrimonio, che tenga conto che l'evento sacramentale non può essere tradotto nella sola mutua *traditio-acceptatio* degli sposi, bensì nella relazione che si genera dal reciproco consegnarsi al Kyros, come soggetto specifico di riferimento[46]. Anche in sede sociologica, inoltre, non manca l'appello a rinnovare gli argomenti con cui viene difesa la specificità cristiana del rapporto uomo e donna, mettendo in guardia dall'ambiguità che porta con sé il guardare alla famiglia solo dal punto di vista delle sue funzioni, senza anche approfondirne la specifica relazionalità[47].

---

donna e di famiglia come cellula strutturale della convivenza civile; il dibattito di oggi concerne la possibilità di legittimare la realtà coniugale-familiare come realtà universalmente riconosciuta, tanto pubblica quanto privata. Il rifiuto della natura istituzionale della famiglia, com'è chiaro, non riveste tanto un risvolto sociologico quanto teologico, e interpella dal vivo la riflessione e la prassi della Chiesa».

[45] Enzo Bianchi, Postfazione, *Fedeltà e misericordia*, in Xavier Lacroix, Cristoph Theobald, André Wenin, *La famiglia tra sfide e prospettive*, Qiqajon, Magnano (BI), p. 326.

[46] Cfr. Carlo Rocchetta, *Teologia della famiglia. Fondamenti e prospettive*, cit., pp. 98-99.

[47] Cfr. Pierpaolo Donati, *La famiglia tra passato e futuro: la sfida del ri-conoscimento*, in Id. (a cura di), *Decimo rapporto CISF, Ri-conoscere la famiglia: quale valore aggiunto per la persona e la società?*, Edizioni San Paolo, Cinisello Balsamo, 2007, p. 30: «Se definiamo la famiglia in base a certe funzioni (assistenza, riproduzione, ecc.), allora, quando tali funzioni vengono assolte da altre agenzie, la famiglia diventa superflua o comunque perde la sua struttura. Se invece, definiamo la famiglia come relazione *sui generis* (specie-specifica dell'essere umano) fra i sessi e fra le generazioni, allora non c'è nessun'altra agenzia, luogo o struttura, che possa prenderne il posto. In un certo senso, la storia umana è storia di funzioni che vengono in qualche modo "espunte" dalla famiglia, o comunque compartecipate con altre agenzie sociali, il che, tuttavia invece che risolversi nella morte della famiglia, fa emergere la relazione familiare nella sua specificità più originaria».

Ecco che parlare di diritto di famiglia canonico potrebbe risultare fuorviante anche per il contenuto stesso delle relazioni familiari giuridicamente rilevanti per la Chiesa, perché la Chiesa, a ben vedere, non dà rilevanza giuridica alla qualità del rapporto familiare, bensì alla sua sacralità[48]. Il matrimonio cristiano è una risposta alla ineffabilità del mistero e non semplicemente alla ricerca del benessere. La Chiesa non dà rilevanza giuridica alla semplice natura del rapporto familiare, bensì alla naturale sacralità del rapporto familiare, da intendersi come naturale disponibilità a vivere una relazione in modo spiritualmente orientato[49]. Per la Chiesa, conseguentemente, la stessa qualità del vincolo dipende da quanto e come viete attuata e vissuta la sua sacralità[50]. Ciò che ha rilevanza giuridica non è dunque il rapporto familiare in quanto tale, ma il rapporto familiare in quanto relazione naturalmente sacra. Questo spiega e legittima tre importanti puntualizzazioni. Anzitutto, sebbene realisticamente possano esistere (ed esistono) tante ragioni per cui una coppia decide di stare insieme oppure di lasciarsi, dal punto di vista cristiano non si tratta sempre di 'buone' ragioni[51]. Ciò che misura la bontà di un rapporto coniugale non è il semplice bene-essere dei coniugi, ma piuttosto il bene in sé che la loro unione produce, per sé stesse e per il prossimo. In secondo luogo, e conseguentemente, la Chiesa non predetermina il contenuto delle relazioni familiari, ma piuttosto lo dirige[52] ed

---

[48] Cfr. Giorgio Rifelli, *La vita di coppia. Dentro ed oltre la psicologia*, in *TreDimensioni*, 11, 2014, p. 147: «La "qualità" della vita è un concetto che nasce negli anni '50 del secolo scorso per sostituirsi al concetto di "sacralità" della vita, costituendo un modello filosofico di discussione che intendeva evitare contaminazioni religiose proprie dell'etica tradizionale e dare vita ad una scienza, la bioetica, avulsa da apriori dogmatici. Ma trasformare la sacralità della vita in qualità della vita, quale riferimento per il raggiungimento del benessere, significa trasferire i codici linguistici e comportamentali dalla ineffabilità del mistero alla applicazione della tecnica del benessere».

[49] Per questo motivo nell'ambito ecclesiale l'istituto della mediazione familiare può risultare piuttosto ambiguo. È preferibile, perché interamente elaborato sull'antropologia della vocazione cristiana, un altro l'istituto, quello dell'accompagnamento vocazionale, cfr. Alessandro Manenti, *Accompagnamento spirituale e dinamiche relazionali della coppia*, in Giampaolo Dianin, Giuseppe Pellizzaro (a cura di), *La famiglia nella cultura della provvisorietà*, Edizioni messaggero, Padova, 2008, pp. 267-286.

[50] Cfr. Giovanni Cucci, *Il matrimonio, ultimo simbolo di eternità dell'uomo occidentale*, in Id., *I luoghi dell'umano. Tra complessità, fragilità, trascendenza,* ADP, Roma, 2016, p. 26: «Questo carattere eterno dell'ideale alto e totale introduce il matrimonio nella dimensione del sacro (lett.: del separato), tra il tempo ordinario e l'eterno».

[51] Ad esempio: una coppia può sentirsi felice e contenta rifiutando la dimensione feconda del proprio legame, ma questo non la rende 'buona' anche per la Chiesa; una famiglia può sentirsi infelice e scontenta per diverse ragioni, ma questo non la rende di per sé 'non buona' per la Chiesa, soprattutto se da tale infelicità e scontentezza si coglie un bene superiore, sia per i singoli membri (in termini di crescita spirituale) sia per gli altri (in termini di testimonianza o aiuto dati).

[52] In questo senso vanno letti i *bona matrimonialia* la cui funzione acquista valore nuziale solo se diretti al bene degli sposi, cfr. José Maria Serrano Ruiz, *Visione personale del matrimonio. Questioni di terminologia e di fondo per una rilettura delle cause canoniche di nullità,* in Francesco Catozzella

incultura[53] verso un bene trascendente[54]. I coniugi non possono, pertanto, predeterminare a piacimento il contenuto della propria relazione. In terzo luogo (e conseguentemente), la Chiesa neppure programma giuridicamente la famiglia, ma al massimo la progetta per un fine che la trascende, proprio perché la famiglia cristiana non rappresenta solo uno stato di vita presente (quello del legame coniugale e familiare), ma piuttosto simbolizza e incarna uno stile di vita (quello cristiano) da conquistare, cui è chiamato (vocato) ogni fedele del popolo di Dio[55]. Ecco che più che di diritto canonico della famiglia dovremmo parlare di *famiglia per il diritto canonico*[56]. La famiglia non viene presa giuridicamente in considerazione solo come una relazione da disciplinare, ma piuttosto come una relazione che disciplina la vita cristiana, ponendosi come una realtà che è simbolo e metafora dello stile di vita cristiano. La famiglia evoca uno stile di vita che non rimane esclusivo del sacramento del matrimonio, ma partecipato in ogni altro sacramento, pur nella peculiarità di ciascun stato di vita ecclesiale. La famiglia interessa trasversalmente tutta la vita sacramentale della Chiesa e non finisce nel sacramento del matrimonio, perché vive e si sviluppa insieme a tutti gli altri sacramenti. Ogni fedele è responsabile e partecipe del bene della famiglia, in qualsiasi stato di vita ecclesiale.

(a cura di), *La centralità della persona nella giurisprudenza coram Serrano*, cit., p. 45: «Non si tratta di qualità del patto disgiunte dalle persone, che abbiamo visto, sono così profondamente implicate in esso … Il matrimonio è fedele ed indissolubile perché gli sposi si sentono uniti solo tra di loro e per sempre, in una forma buona oltre che legale e sicura. D'altra parte è il vincolo personale ed interpersonale degli sposi – primo in ordine ontologico, logico e se si vuole cronologico – che preesiste a queste proprietà; in un secondo momento si predicano di esso».

[53] Fare famiglia in Italia non è lo stesso che fare famiglia altrove. Pensiamo ai matrimoni combinati in Giappone ed in India, oppure alla peculiare sensibilità africana con cui viene interpretata la fecondità del vincolo, cfr. Tatsuya Maeda, *Preparazione al matrimonio in Giappone*, in *Periodica*, 100, 2011, pp. 513-521; Thelma D'Paula, *Il matrimonio nella cultura indiana. Stato del Karnataka*, in *ivi*, pp. 721-725; Agostinho Maholele, *Matrimonio nel sud del Monzambico*, in *ivi*, pp. 726-735.

[54] Ossia «il grembo della comunione trinitaria», Carlo Rocchetta, *Teologia della famiglia. Fondamenti e prospettive*, cit., p. 161.

[55] Cfr. Giorgio Rifelli, *La vita di coppia. Dentro ed oltre la psicologia*, cit., p. 150: «La progettazione avvia un futuro e aspira alla durata, la programmazione si appiattisce su un presente da conservare e prima o poi si scarica. In altri termini: chi si programma tende a conservare la stabilità; chi si progetta si attrezza ad essere flessibile»; José Maria Serrano Ruiz, *Visione personale del matrimonio. Questioni di terminologia e di fondo per una rilettura delle cause canoniche di nullità,* cit., p. 45: «ci si è molto impegnati sul programma del matrimonio senza tenere nella giusta considerazione il progetto personale ed interpersonale del patto. Programma che seppure iscritto da Dio nel cuore umano, necessita una lettura appassionata ed appassionante – progetto – che lo converta in un impegno personale e non lo releghi a mera lettera scritta».

[56] Allo stesso modo in cui si può parlare di *celibato per il diritto canonico*, per indicare appunto che il celibato giuridicamente rileva per il diritto canonico quale obbligazione propria del sacerdote, e non in sé dato; ugualmente si può parlare di *voti evangelici per il diritto canonico*, per indicare che essi giuridicamente rilevano per il diritto canonico quali obblighi propri della vita consacrata.

4. *Come la famiglia ha oggi rilevanza giuridica nella Chiesa? Esistenza, validità ed efficacia del matrimonio*

Se, dunque, non qualsiasi famiglia possiede rilevanza giuridica nella Chiesa, ma solo quella che può essere riconosciuta come un'autentica risposta alla vocazione cristiana, rimane da precisare come (ossia con quali categorie giuridiche) essa possa oggi acquistare rilevanza giuridica canonica. Vengono in considerazione tre categorie giuridiche (validità, esistenza ed efficacia), la cui distinzione è ormai classica nella teoria generale del diritto canonico[57]. Tuttavia, la tripartizione di queste tre categorie, quando applicate al matrimonio cristiano, potrebbe evocare nuovi orizzonti interpretativi ed applicativi. In particolare si potrebbe profilare una più netta distinzione tra matrimonio esistente, matrimonio valido e matrimonio efficace, nel senso che un matrimonio esistente non può dirsi automaticamente valido, e neppure efficace. A tal fine non muove solo un'attenta considerazione dell'attuale sensibilità religiosa dei fedeli che si sposano[58], ma anche ragioni di ordine teologico (che attingono alla teologia dell'analogia nuziale[59] ed alla componente vocazionale e di consacrazione del legame sponsale[60]) e antropologico (che attingono all'integrazione psico-spirituale, ossia al riconoscimento della spiritualità nella struttura intrapsichica dell'uomo, in forza della quale il matrimonio è chiamato a divenire un luogo di trascendenza, e non solo un luogo socialmente indispensabile per l'evoluzione della specie ed il mantenimento dell'ordine pubblico)[61].

La prima categoria giuridica è la validità/nullità del matrimonio. Essa misura il *significato* giuridico dell'impegno coniugale. La famiglia esprime una serie di obbligazioni che giuridicamente sono indisponibili, perché il contenu-

---

[57] Anche se non sempre significata allo stesso modo, cfr. Olis Robleda, *La nulidad del Acto Jurìdico*, segunda edicion, Pontificia Univ. Gregoriana, Roma, 1964; Eduardo Baura, *Il sistema delle invalidità (inesistenza e nullità; annullabilità e rescindibilità) dell'atto giuridico* in *L'atto giuridico nel diritto canonico*, LEV, Città del Vaticano, 2002, pp. 121-141.

[58] Per molti dei quali la celebrazione nuziale altro non è che: «una procedura di approvazione pubblica e sociale a tutto quello che già si faceva prima, ad una solennità formale che ad un certo punto interviene nella storia sentimentale senza mutarla di qualità o ad un misterioso evento spirituale che non si capisce bene cosa sia. Con buona pace di chi predica che il matrimonio sacramento è nuovo evento di salvezza. Se nulla cambia, è un fatto irrilevante, se irrilevante è modificabile, se modificabile è revocabile», editoriale, *Il momento del matrimonio*, in *TreDimensioni* 14 (2017), pp. 4-6.

[59] Cfr. Carlo Rocchetta, *Teologia della famiglia. Fondamenti e prospettive*, cit., pp. 133-165.

[60] Cfr. José Maria Serrano Ruiz, *Il matrimonio come vocazione e consacrazione. Riflessi e riflessioni canonico- pastorali nella giurisprudenza postconciliare*, cit., pp. 84-94; id., *Risvolti personali ed interpersonali di una questione ancora stimolante: la forma canonica del matrimonio*, in *La centralità della persona nella giurisprudenza coram Serrano*, cit., pp. 557-574.

[61] Giuseppe Versaldi, *Cristo Modello degli Sposi. Come possono i coniugi imitare Cristo non sposato?*, EDB, Bologna 2003; Alessandro Manenti, *Coppia e Famiglia. Come e perché*, cit..

to del vincolo familiare non può essere liberamente scelto, ma può essere solo liberamente accolto. Tali obbligazioni misurano il valore che il matrimonio assume alla luce dell'antropologia cristiana ed interessano in particolare i tre aspetti sopra indicati della famiglia, ossia: la genesi costituiva, la ritualità (la forma canonica) ed il rapporto che qualifica il vincolo coniugale. L'inottemperanza di tali obbligazioni rende il vincolo coniugale giuridicamente nullo, ma non anche annullabile[62]. La Chiesa non annulla, bensì accerta la nullità di un matrimonio. La differenza è sostanziale, perché cambia la domanda antropologica di fondo. «Annullare» significa antropologicamente domandarsi se ci possono essere dei motivi per togliere effetto ad un matrimonio che, fin ad allora, era da ritenersi efficace. In questa prospettiva antropologica la validità del matrimonio dipende dall'effetto che gli viene riconosciuto. «Dichiarare nullo» invece significa antropologicamente domandarsi se ci possono essere dei motivi per sostenere che un matrimonio non possa essere riconosciuto come tale e quindi non abbia mai avuto effetto. In questa prospettiva antropologica non è l'effetto a definire la validità del matrimonio, bensì il valore dell'impegno nuziale assunto dagli sposi. La prospettiva temporale dell'annullamento è il presente della coppia collegato al suo passato, mentre la prospettiva temporale della nullità è il futuro della coppia collegato al suo passato. Il tribunale ecclesiastico, infatti, non guarda alla coppia per ciò che è o semplicemente per ciò che è stata, bensì guarda alla coppia per ciò che aveva promesso di essere e per come aveva promesso di essere[63]. Accertare la nullità misura antropologicamente la potenzialità di un agito[64] e non semplicemente un agito, senza, inoltre, giuridicamente compromettere né coinvolgere il rapporto di filiazione. Dal punto divista dei figli, infatti, un matrimonio dichiarato nullo ha valore putativo (cfr. cann. 1137-1140 CJC), sicché rimane e permane integro l'importante obbligo dei genitori di curare ed educare la prole in tutte le sue esigenze, con una sempre viva attenzione all'educazione cristiana.

---

[62] Cfr. Andrea Zanotti, *Il matrimonio canonico nell'età della tecnica*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 173: «La caratteristica di tutte le forme modificative ed estintive del matrimonio canonico risiede nel fatto che al diritto canonico è sconosciuto il profilo dell'annullabilità: esso o viene regolarmente ad esistenza e non è dirimibile, oppure nasce con un vizio coevo che ne giustifica, retroattivamente, la dichiarazione di nullità. Per questo le sentenze di un giudice ecclesiastico … non sono mai costitutive ma sempre dichiarative di nullità».

[63] Cfr. Massimo Bernardini, *Diritto e Tempo*, in *Archivio Giuridico*, 2, 1997, p. 191: «La vita futura, che dà al cristiano la sua caratteristica tensione, comincia dalla vita presente e dalla sua umana propensione a ben operare».

[64] Potenzialità, perché si misura il senso che un agito possiede secondo l'antropologia cristiana, e non secondo il parere o l'opinione dei diretti interessati. Agito, perché si misurano fatti ed eventi che sono accaduti, ma non fatti o eventi che sarebbero potuti accadere.

La seconda categoria dell'esistenza/inesistenza giuridica[65] potrebbe essere particolarmente utile per descrivere il comportamento di quei fedeli battezzati che rifiutano deliberatamente di accedere alle nozze secondo la forma canonica. Si pensi, in particolare, al matrimonio civile o alle convivenze di fatto (anche registrate) dei battezzati: si tratta di situazioni che, alla luce di una valutazione realistica (e antropologicamente attenta) del modo di vivere attuale[66], legittimerebbero ex iure canonico la presunzione (seppur *iuris tantum*) che la coppia (o quanto meno uno dei coniugi) abbia escluso la dignità sacramentale del proprio vincolo, così come simbolizzata dal rito canonico nuziale[67]. Oggi la cultura cristiana del matrimonio è, in effetti, profondamente cambiata perché non è più radicata in modo esclusivo e preminente nella cultura comune, come lo era invece in passato[68]. Si potrebbe, pertanto, legittimamente presumere (seppur *iuris tantum*) che il battezzato che sceglie di convivere o di sposarsi solo in forma civile non intenda riconoscere la propria unione come un atto ecclesiale. Si dovrebbe forse riconoscere in questi casi l'assenza di un elemento essenziale del vincolo o meglio il rifiuto del carattere sacramentale del vincolo[69], rappresentato

---

[65] Olis Robleda, *La nulidad del Acto Jurìdico*, cit., p. 129: «De inexistencia creemos nosotros que se puede hablar, en sana teoria juridica, ùnicamente cuando falte algùn elemento esencial del acto; en otras palabras, la inexistencia sigue las vicisitudines de la definiciòn del acto, non de los requisitos que por una prescipciòn positiva sean necesarios para que el acto completo en su esencia produzca el efecto a que se ordena».

[66] Cfr. Roberto Tagliaferri, *Il Matrimonio Cristiano. Un sacramento diverso*, cit., pp. 159-160: «La Chiesa dovrebbe a questo punto avere il coraggio di riconoscere che il fatto di essere battezzati non comporta immediatamente una vocazione al matrimonio religioso».

[67] Presunzione *iuris tantum* non solo perché, come noto, il matrimonio civile può realizzare una forma straordinaria della celebrazione canonica del matrimonio (cfr. Geraldina Boni, *La forma straordinaria di celebrazione del matrimonio canonico*, in Pier Antonio Bonnet, Carlo Gullo, *Diritto matrimoniale canonico*, vol. III, LEV, Città del Vaticano, 2005, pp. 127-135), ma anche perché spesso accade che le coppie che si sposano solo civilmente, nel tempo, maturano il desiderio di unirsi anche nella forma canonica. In questo caso la scelta di sposarsi secondo il rito canonico è frutto di un vero e proprio percorso di un discernimento che porta la coppia ha maturare progressivamente il desiderio di sentirsi parte della Chiesa. Inoltre, come noto, per il battezzato che attenta un matrimonio civile lo stato libero è accertabile mediante l'investigazione prematrimoniale ex cann. 1066-1071, come dispone l'art. 5 §3 dell'istruzione *Dignitas Connubii*.

[68] Tale considerazione non vale solo per coloro che, seppur battezzati, rifiutano le nozze canoniche, ma anche per coloro che scelgono le nozze canoniche, cfr. Pierantonio Pavanello, *I processi di nullità matrimoniale all'interno della sollecitudine pastorale della chiesa*, cit., p. 99: «Il dibattito sinodale si è interrogato se in una cultura secolarizzata come l'attuale sia possibile presupporre che chi chiede il matrimonio abbia l'intenzione di fare ciò che fa la Chiesa. In altri termini, più che cambiare dottrina, si è cercato di evidenziare come si debba tener conto maggiormente del contesto culturale».

[69] Cfr. José Maria Serrano Ruiz, *Risvolti personali ed interpersonali di una questione ancora stimolante: la forma canonica del matrimonio*, in *La centralità della persona nella giurisprudenza coram Serrano*, vol. I, cit., p. 558: «La considerazione della forma canonica mi è sembrata sempre troppo distaccata dal nucleo essenziale del mistero nuziale cristiano e nel contempo trascurata, come se non rivestisse l'importanza dottrinale e processuale che merita in funzione della condizione di elemento

dal rito ecclesiale. In effetti, già si è detto quanto oggi la forma canonica non possieda una semplice funzione 'notarile', ma piuttosto sia chiamata ad evocare il carattere peculiarmente ecclesiale (di consacrazione vocazionale) del matrimonio[70]. Conseguentemente, il rifiuto della forma canonica dovrebbe evocare non tanto un matrimonio nullo per difetto di forma[71], quanto piuttosto un matrimonio giuridicamente inesistente, ossia non riconoscibile come un atto proprio della vocazione cristiana[72]. Ecco che l'inesistenza configurerebbe parametro interpretativo particolarmente utile per dare rilevanza giuridica alla situazione appena delineata relativa al deliberato rifiuto di celebrare nozze canoniche. Il matrimonio civile e le convivenze di fatto dei battezzati possono in effetti ragionevolmente legittimare oggi la presunzione che si tratta di atti di appartamento dalla Chiesa, ma non atti di appartenenza alla Chiesa. Se è legittimo presumere che un matrimonio celebrato in forma canonica sia da ritenersi un sacramento, sembra perciò altrettanto legittimo oggi presumere che un matrimonio non celebrato dai battezzati in forma canonica non possa ritenersi un sacramento[73], salvo sempre prova contraria. Per questo, più che di nullità, si dovrebbe riconoscere un'inesistenza giuridica. Mentre l'esistenza/inesistenza misura la capacità di

---

sostanziale della struttura ontologica, sacramentale e canonica del patto…E' urgente quindi recuperare per l'essenza del matrimonio canonico quella forma canonica che oggi si percepisce lontana dalla sincerità e dal coinvolgimento pieno dei consenzienti nel loro darsi ed accettarsi per sempre; una forma religiosa, ecclesiale, liturgicamente solenne e nello stesso tempo sincera e sentita se non nella disponibilità di tutti i suoi particolari certo nella sua assunzione conscia e responsabile o almeno implicita».

[70] Cfr. Roberto Tagliaferri, *Il matrimonio cristiano. Un sacramento diverso*, cit., p. 181: «La celebrazione dell'alleanza sponsale allora non può che avvenire nel contesto del sacramento della nuova ed eterna alleanza, cioè l'Eucaristia, lasciando poco spazio ad altri riti»; Carlo Rocchetta, *Teologia della famiglia. Fondamenti e prospettive*, cit., p. 41.

[71] Cfr. Marco Canonico, *La forma matrimoniale canonica alla luce delle intervenute modifiche normative*, in *Diritto e Religioni*,1, 2017, pp. 17-44. Per Olis Robleda il mero difetto di forma non poteva giustificare la fattispecie propria dell'inesistenza giuridica proprio perché la forma era ritenuta elemento positivo e non essenziale dell'atto, *La nulidad del Acto Jurìdico*, cit., pp. 128-129.

[72] Cfr. Josè Maria Serrano Ruiz, *Risvolti personali ed interpersonali di una questione ancora stimolante: la forma canonica del matrimonio*, cit., pp. 561-562: «Bisogna quindi valorizzare la presenza ed il coinvolgimento del testimone sacro nel consenso degli sposi. Sarebbe stato molto più preciso e completo anteporre nel precetto legale *l'inciso nomine Ecclesiae*. Fino a quel momento, assente la chiamata della Chiesa e la conseguenza risposta degli (non ancora) sposi, il loro amore profondo e generoso quanto si voglia rimarrebbe un'esperienza psicologica privata … Si potrebbe dire che senza tali presupposti non esiste il matrimonio-sacramento; ma questi da soli, anche se essenziali, non bastano per configurare il sacramento, visto le contestuali esigenze di pubblicità ed ecclesialità. Con la presenza del ministro sacro che garantisce questo intervento formale della Chiesa, la forma canonica ordinaria convoglia in unum tutti gli aspetti di pubblicità sacramentale, giuridica essenziale (*ad solemnitatem*) ed anche sociale del matrimonio».

[73] Cfr. Roberto Tagliaferri, *Il matrimonio cristiano. Un sacramento diverso*, cit., p. 216: «Molti fattori storico-sociali hanno determinato un crollo del tradizionale modello familiare e non siamo stati in grado di leggere la trasformazione, e neppure di dotarci di strumenti culturali per assecondare un passaggio ad una autocoscienza più ampia».

una relazione matrimoniale di essere giuridicamente riconosciuta nella Chiesa, diversamente, la validità/nullità misura la capacità di una relazione matrimoniale (già giuridicamente riconosciuta nella Chiesa) di agire in modo valido[74]. Le convivenze di fatto ed i matrimoni civili si porrebbero come matrimoni giuridicamente inesistenti, e potrebbero godere della presunzione *iuris tantum* di non avere rilevanza giuridica nella Chiesa, anche se rimane sempre salvo il diritto dei coniugi di confutare tale presunzione, sia chiedendo di accedere alla forma canonica oppure, laddove necessario, invocando un processo per dimostrare che vi era invece stata intenzione di unirsi secondo il vincolo sacramentale[75]. Rima-

---

[74] Tale lettura giuridica trova fondamento nella prospettiva teologica secondo la quale: «La rilettura del consenso in chiave nuziale dice, tra l'altro, come si debba superare una visione che finisce per confondere il segno sacramentale delle nozze con un contratto di tipo solo naturale, come se questo fosse sufficiente a determinare il contenuto soprannaturale del matrimonio-sacramento…il consenso non rappresenta un atto suo suale, ma triangolare: è un sì proclamato all'interno del sì di Cristo-Sposo alla Chiesa-sua Sposa», Carlo Rocchetta, *Teologia della famiglia. Fondamenti e prospettive*, cit., p. 99; cfr., José Maria Serrano Ruiz, *Risvolti personali ed interpersonali di una questione ancora stimolante: la forma canonica del matrimonio*, cit., p. 563: «È ovvio che il carattere naturale dello ius nubendi pone qualche riserva all'affermazione della dipendenza dalla Chiesa (in specie dalla forma canonica) della volontà dei nubenti. Ma l'indole sacramentale del patto nuziale ridimensiona non poco l'esigenza di libertà incondizionata degli sposi e la possibilità da parte della Comunità ecclesiale di rafforzare i suoi requisiti».

[75] A ben vedere, dietro il rifiuto di sposarsi in Chiesa non si colloca sempre in automatico il rifiuto dei valore cristiano del matrimonio, ma una specie di atto di 'protesta' nei confronti di qualche aspetto dell'istituzione ecclesiale (pensiamo, ad esempio, allo scandalo dei preti pedofili oppure ai vari casi di abuso di potere in cui qualche prete cade) oppure il malumore nei confronti di un determinato ambiente ecclesiale in cui non ci si trova oppure una sorta di 'accidia spirituale' non dissimile da quella riscontrabile in tante coppie che si sposano in Chiesa per 'tradizione'. In questi casi, a volte, spesso uno dei coniugi avrebbe voluto sposarsi in Chiesa, ma non lo ha fatto solo per amore del proprio partner (ideologicamente contrario alle nozze canoniche). Spesso queste coppie educano e crescono cristianamente i propri figli, frequentano la messa e mostrano una spiritualità coniugale molto ricca e accade che qualcuna di loro, nel tempo, finisca poi per sposarsi in Chiesa. Altre volte, invece, come capita anche a coloro che si sposano in Chiesa, queste coppie falliscono. Dietro questi fallimenti non ci sono sempre dinamiche diverse da quelle dei fallimenti delle coppie che si sposano in Chiesa, ma con una complicazione. Capita, infatti, che uno dei membri (meglio, ex membri) di queste coppie (solo conviventi o civilmente unite) desideri unirsi in forma canonica con un altro fedele cattolico. Ci si domanda se, in questi casi, per superare la presunzione di inesistenza giuridica di tali unioni, sia sufficiente constatare la semplice assenza del rito in forma canonica (nel combinato disposto dell'art. 5 §3 DC e dei can. 1116 CJC, can. 832 CCEO e can. 833 CCEO, relativi alla forma canonica straordinaria), o forse non sia utile anche approfondire meglio perché queste coppie non si sono sposate in Chiesa e come di fatto hanno condotto la loro vita familiare. Ci si domanda cioè se la concretezza della vita familiare di queste coppie non possa configurare un elemento da discernere per confermare o smentire la presunzione di inesistenza giuridica del matrimonio canonico. Ci si domanda, in particolare, se la vita familiare concreta di queste coppie non possa eventualmente configurare una sorta di 'forma canonica straordinaria', dove, al posto dei testimoni, interviene la testimonianza cristiana che questa famiglia di fatto ha dato. Come noto, infatti, la vita non si lascia incasellare facilmente, come il giurista vorrebbe. Può accadere che ciò che non riescono a fare coloro che si sposano in Chiesa, lo fanno invece coloro che non si sposano in Chiesa. Certamente si tratta di ipotesi poco frequenti (nel senso che chi si rifiuta di sposarsi in Chiesa, spesso rifiuta la dottrina matrimoniale della Chiesa, e non solo), ma da tenere in considerazione, se non altro per dare spazio all'importanza di valutare sempre la concretezza della vita familiare condotta, quale elemento che conferisce vita e vitalità al legame che si intende avere con la Chiesa, senza ridurlo a

ne, comunque, sempre salvo il dovere della Chiesa di accompagnare e sostenere quelle coppie non sposate secondo la forma canonica, stimolandole verso un cammino di discernimento che le possa aiutare a comprendere quanto il mistero nuziale evoca e fortifica la potenzialità umana e spirituale della loro unione.

Se, come detto prima, gli istituti dell'esistenza e della validità sono utili per spiegare se un matrimonio sia *giuridicamente riconoscibile e valido*, rimane da spiegare perchè un matrimonio possa ritenersi anche *giuridicamente efficace*. L'efficacia di un matrimonio non è automatica conseguenza delle due precedenti categorie giuridiche (validità ed esistenza), ma risponde ad altri paradigmi che non sono liberamente eleggibili e rimangono indisponibili, rientrando anch'essi in un ordine sacro superiore. In altre parole, non è sufficiente celebrare un matrimonio giuridicamente esistente e valido, perché esso possa automaticamente ritenersi efficace[76]. Come nell'ipotesi precedente è ancora una volta un dato esperienziale a stimolare la riflessione. Pensiamo a quante coppie si sposano (in modo giuridicamente esistente e valido) in Chiesa e fanno famiglia, ma poi concretamente non maturano uno stile di vita cristiano credibile. Questo è particolarmente evidente nel modo in cui affrontano le crisi o difficoltà che la vita presenta loro[77]. Senza contare poi quelle coppie o

---

ritualismo. Ritenere giuridicamente inesistenti le unioni civili o di fatto dei battezzati significa dare al rito nuziale una valore formante e non solo formale. Presumere solo *iuris tantum* la loro giuridica inesistenza significa riconoscere alla vita familiare dei battezzati un valore rituale (e quindi legante), e non solo formante, proprio perché il rito nuziale canonico prende vita e vitalità nella concretezza della vita familiare (e infatti il rispetto della forma canonica fa presumere solo in modo *iuris tantum* esistente e valido un matrimonio). Questo comporta per l'interprete lo sforzo di entrare nel vivo della vita familiare di queste coppie, sapere cogliere la sete di crescita (umana e spirituale) che testimonia la loro crisi, senza limitare l'accertamento ad una sorta di ratifica del loro fallimento, giustificata dall'assenza di forma canonica. Questo dovere di discernimento in fondo deriva dal sacramento del battesimo di queste persone. Cfr. Roberto Tagliaferri, *Il matrimonio cristiano. Un sacramento diverso*, cit., pp. 65-120; Carlo Rocchetta, *Teologia della famiglia. Fondamenti e prospettive*, cit., pp. 546-547. Lo stesso discorso, con le debite specificità legate alle concrete ritualità nuziali, può valere anche per quei fedeli cattolici che si sposano innanzi ad un ministro di culto acattolico.

[76] Cfr. Giovanni Cucci, *Il matrimonio, ultimo simbolo di eternità dell'uomo occidentale*, cit., p. 27: «I cambiamenti occorsi che si riflettono nella maniera di valutare il matrimonio sono molteplici e differenziati, alcuni di essi importanti e auspicabili da tempo (come la parità giuridica tra uomo e donna, un'accresciuta ricchezza e sicurezza), altri sono invece portatori di una preoccupante precarietà (come la disoccupazione, il costo elevato delle case, l'incertezza verso il futuro), altre sono legate a differenti comportamenti e costumi in materia sessuale e più in generale di concezioni di vita. Vi sono infine cambiamenti ancora più radicali, che rimangono nascosti, invisibili perché attengono il vissuto interiore, cambiamenti che rivelano una profonda crisi della genitorialità e dello stesso essere uomo e donna». Dietro ogni sposo si può distinguere un credente sicuro-semplice (Dio come protettore); un credente insicuro-dipendente (Dio come oracolo), un credente oppresso (Dio minaccioso), un credente o non credente arrabbiato (o ribelle); un credente o non credente insicuro-evitante (il Dio lontano); un credente troppo sicuro dogmatico (il Dio specchio), cfr. Marco Puricelli, *Rappresentazioni di Dio. Deformazioni e negazioni*, in *TreDimensioni*, 10, 2013, pp. 240-252

[77] Difficoltà e crisi di vario genere. Crisi affettive tra i coniugi, per i quali la miglior soluzione rimane

famiglie che, anche senza formalizzare un abbandono formale dalla Chiesa[78], si dichiarano atee o si convertono in altri credi religiosi o decidono di non fare battezzare i figli. In questi casi siamo di fronte a famiglie che, sebbene siano giuridicamente riconoscibili e valide, nel contempo rimangono, però, giuridicamente inefficaci. Ciò che misura l'efficacia ecclesiale di un matrimonio è la sua capacità di generare un legame di appartenenza con la Chiesa e con i valori che essa professa[79]. Antropologicamente questo legame si esprime nella disponibilità della famiglia a fare sacra la propria vita, il che equivale a dire a renderla *familiare*[80]. Il fine proprio della famiglia supera la famiglia stessa e la famiglia è vocata a raggiungerlo, ponendosi come luogo di trascendenza che formi e potenzi l'identità umana e spirituale di tutti i suoi membri: lo abbiamo già visto nel paragrafo precedente[81]. Ogni battezzato che intende fare famiglia

---

sempre il divorzio e non un sano discernimento. Oppure crisi nel rapporto con figli: abbandonati a se stessi o rigidamente controllati. Oppure crisi nel rapporto con altri membri (suoceri o cognati) della famiglia, con i quali non si cura nessun legame. Oppure crisi economiche o professionali, che vengono vissute come momenti per umiliarsi o colpevolizzarsi anziché come occasioni per aiutarsi e sostenersi. Oppure crisi o difficoltà nella salute, che portano a scelte drammatiche (come aborti o eutanasia o gravi abbandoni). A volte, poi, ci sono coniugi che si rifugiamo nella Chiesa, ma per fuggire dalle proprie responsabilità familiari, e non per fare della propria casa una chiesa domestica, cfr. Luca Zottoli, *Dalla navate della chiesa ai corridoi di casa. Famiglie troppo cristiane*, in *TreDimensioni*, 10, 2013, pp. 283-291.

78 In forza del motu proprio *Omnium in mentem*, i cattolici che abbandonano la Chiesa con atto formale sono comunque tenuti alla forma canonica. Cfr. Gian Paolo Montini, *Il motu proprio Omnium in mentem e il matrimonio canonico*, in *Quaderni di Diritto Ecclesiale*, 24, 2012, pp. 134-154.

79 Legame che si concretizza attraverso l'iniziazione cristiana dei figli, il sacramento della confessione, la partecipazione all'Eucaristia, cfr. Carlo Rocchetta, *Teologia della famiglia. Fondamenti e prospettive*, cit., 299-376.

80 Cfr. Carlo Rocchetta, *Una Chiesa della tenerezza. Le coordinate teologiche dell'Amoris Laetitia*, EDB, Bologna 2017, p. 261: «La famiglia, anziché un problema o un luogo di norme morali, si presenta come una risorsa preziosa: comunità di amore e di vita che diviene sorgente vitale della costituzione della Chiesa, chiamata a portare l'amore di Dio nel cuore del mondo. Secondo il santo padre non basta limitarsi a ri-organizzare la pastorale familiare; si richiede molto di più: rendere familiare tutta la Chiesa e tutta la pastorale. La famiglia, sotto questo profilo, si rivela come un *locus theologicus*, un luogo teologico, interpretativo della Chiesa stessa: è scrutando il "mistero grande" della Chiesa domestica che si diviene capaci di comprendere il "mistero grande" della Chiesa. Due "misteri" in osmosi tra loro e in una profonda correlazione entrambi - nella subordinazione della prima dalla seconda - spazi sacramentali e attuazioni vive della storia salvifica di Dio nel tempo»; Franco Manzi, *Affetti, carità e celibato dell'apostolo Paolo*, in *TreDimensioni*, 5, 2008, pp. 56-66.

81 Cfr. Amedeo Cencini, Alessandro Manenti, *Psicologia e teologia*, cit., pp. 257-258: «Quando, nell'antropologia cristiana, diciamo che ogni relazione deve aprirsi alla trascendenza non intendiamo aggiungerle un compito in più ma più semplicemente ricordarle ciò che essa è. Non le chiediamo di produrre un "figlio", ma le ricordiamo che nessuna relazione si dà senza "un figlio". C'è una trascendenza che è "oltre" l'io e il tu ma che non si darebbe se non fosse già "dentro" all'io e al tu. La novità cristiana non è nella dimensione della trascendenza, ma nell'oggetto verso il quale ci si trascende Il terzo come esigenza psicologica dell'evento relazionale richiama in otica cristiana il carattere trinitario di ogni relazione umana già contenuto nella promessa di Gesù: "Dove sono due o tre riuniti nel mio nome, lì sono io in mezzo a loro" (Mt 18,20)».

non è in effetti onerato solo a intenderla e celebrarla in modo sacramentale, ma anche a viverla come scelta vocazionale e di conversione ecclesiale[82]. Ciò che trasforma una famiglia in una chiesa domestica non è in effetti semplicemente la celebrazione nuziale e neppure solo la validità del suo progetto coniugale, bensì la disponibilità a trasformare quel progetto in uno stile di vita cristiano, secondo ovviamente i tempi ed i modi irripetibilmente propri di ciascuno[83].

Ecco che parlare di diritto di famiglia canonico potrebbe risultare fuorviante anche tenendo presente la peculiarità degli effetti del matrimonio. Lo spazio d'efficacia del matrimonio va infatti oltre i confini della famiglia, perché non è proprio ed esclusivo dei fedeli sposati[84]. Al pari di ogni altro stato di vita ecclesiale, per altro, anche l'efficacia del matrimonio non dipende solo dai diretti interessati (i coniugi), ma anche dal contributo degli altri fedeli. Pensiamo ad esempio al testimone di nozze[85], all'attenzione per la formazione permanente (e non solo prenuziale) della vocazione matrimoniale, alla santità canonizzata

---

[82] Salvatore Berlingò, *Il diritto "familiare" nell'ordinamento canonico*, cit., p.157: «Di fatto, sia il Codice latino sia quello orientale contengono una serie di norme (cc. 1063 ss., C.i.c.; cc. 783 ss. C.c.e.o.) sulle iniziative da prendere per preparare i fedeli ad adeguatamente assumere lo stato di vita matrimoniale ed, una volta assuntolo, perché "*ad sanctiorem in dies plenioremque in familia vitam ducendam perveniant*". Queste norme sono state opportunamente inquadrate nelle loro connessioni con gli *iura* e gli *officia* propri dei laici, e dei laici coniugati in ispecie, che si rinvengono nei cc. 226, 225, 229, C.i.c., e nei cc. 401, 404 e 407, C.c.e.o., nonché con gli *iura* e con gli *officia* comuni a tutti i fedeli, in particolare con quelli recensiti dai cc. 208-211 e 213-216 C.i.c. o dai cc. 11-14 e 16-22, C.c.e.o.».

[83] E' lo stesso che dire: fare del bene non significa automaticamente essere buoni, con la precisazione che inseguire uno stile di vita cristiano non significa però inseguire la perfezione. Essere cristianamente maturi non significa, in effetti, essere perfetti, ma piuttosto imparare a conquistare una naturale *familiarità* con i valori trascendenti, cfr. Alessandro Manenti, *Valori trascendenti. Novità di apprendimento*, in *Tredimensioni*, 8, 2011, pp. 154-162; Carlo Rocchetta, *Teologia della famiglia. Fondamenti e prospettive*, cit., p. 331: «A riguardo, sarà da studiare sempre più e forse teorizzare teologicamente la categoria di "stili di vita" per qualificare l'identità di una famiglia impegnata a edificare se stessa con scelte coraggiose e creative. Il sacramento della famiglia non è sinonimo di staticità, in ogni caso, ma fonte instancabile di crescita, verso la perfezione dell'amore».

[84] Salvatore Berlingò, *Il Diritto "familiare" nell'ordinamento canonico*, cit., pp. 130-131: «pur essendo vero che lo stato di vita familiare non è l'unico a risultare costitutivo per il realizzarsi della Chiesa, d'altra parte, il suo stile risulta paradigmatico per tutte le articolazioni istituzionali o le istanze costituzionali che compongono la Sposa di Cristo. Così per il ministero del laico, la cui vocazione, anche quando non è coniugato, si caratterizza per la sua fecondità secolare; così per quello del chierico, il cui servizio di "capitalità" è esemplato su quello dello sposo che ravvisa nel corpo della sposa il suo stesso corpo (come carne della sua carne) e si offre tutto per lei (Ef5, 23, 25, 28); così per quello della persona consacrata, la cui verginità non può essere rettamente interpretata se non come frutto di un amore anch'esso sponsale (per lo Sposo divino) e (spiritualmente) fecondo per il Regno».

[85] Cfr. Giuseppe Dalla Torre, *Amore profano e amore sacro ovverosia: le vicende dell'istituto matrimoniale*, in *Archivio Giuridico*, 2, 2016, pp. 377-392, ove si mette in evidenzia quanto alla funzione pedagogica e garantista del diritto canonico dovrebbero partecipare anche i testimoni del sacramento del matrimonio, i quali anziché limitarsi a una funzione documentale, dovrebbe essere presi in considerazione nella loro funzione di sostegno alla coppia di sposi, coma accade per i padrini di battesimo; Fabio Macioce, *La famiglia: una questione privata?* in *Archivio Giuridico*, 3, 2015, pp. 371-399.

delle coppie di sposi[86]. A ben vedere, ogni stato di vita ecclesiale è vocato a porsi come luogo di trascendenza, ossia a rendere la propria vita familiare, generando figli, nella consapevolezza di non averli creati[87]. Pensiamo al fatto che un consacrato o una consacrata si possono chiamare "padre" o "madre"[88]; pensiamo ancora alla *cognatio spiritualis* ed al nucleo centrale della vita sacramentale, che non è riducibile ad un evento costituivo-celebrativo (o peggio burocratico), ma va inteso in senso paterno e fraterno, come relazione che matura e fa crescere una sensibilità autenticamente cristiana. La prole, a ben vedere, non realizza perciò il fine ultimo ed esclusivo della famiglia, ma piuttosto un mezzo o strumento di fecondità. E rendersi fecondi realizza il bene spirituale più grande che ciascun fedele è chiamato a compiere sia come sposa/o, sia come sacerdote o vescovo, sia come consacrata/o, sia come nubile o celibe[89].

---

[86] Cfr. Giuseppe Dalla Torre, *"Sacro", "Santo", "Politica della santità" nella tradizione latina*, in *Archivio Giuridico,* 3, 2001, pp. 311-331, ove si spiega quanto la santità canonizzata sia stata un mezzo attraverso il quale la Chiesa agisce sulla civitas. In tal senso è dunque particolarmente significativa la presenza di sante coppie di sposi, la cui santificazione non esprime solo un riconoscimento intra-ecclesiale, bensì una testimonianza di vita che la Chiesa offre ad extra; Giovanni Lucchetti, *Brevi note sulla legislazione "matrimoniale" costantiniana. A proposito di un recente lavoro di R. Domingo*, in *Archivio Giuridico,* 2, 1992, pp. 317-343.

[87] Cfr., Carlo Rocchetta, *Teologia della famiglia. Fondamenti e prospettive*, cit., il quale spiega che l'analogia familiare in teologia rimane una categoria che solo «in epoca moderna, ad opera di autori come M. J. Scheeben, K. Barth, E. Brunner, H.U. von Balthasar e, più recentemente, Giovanni Paolo II e Benedetto XVI, il passo biblico è stato letto in un contesto esegetico più adeguato e l'analogia familiare ha conosciuto una ricomprensione nuova e più adeguata», p. 138, conseguentemente può sostenersi che «alla luce della riflessione teologica moderna e contemporanea sia perfettamente legittimo riconoscere una corrispondenza teologica fra il mistero di Dio-Trinità e la comunità familiare, così com'è corretto leggere il concetto biblico di imago Dei alla luce del N.T.», p. 148, senza cadere in cadere in «antromorfismi banali e persino dannosi», p. 148.

[88] Cfr. Alexandra Diriart, *Una religiosa contempla la grazia sacramentale del matrimonio*, in Renzo Bonetti (a cura di), *La Grazia del sacramento delle Nozze. Stupirsi del dono grande*, cit., p. 173: «L'unico desiderio della consacrata è di appartenere interamente al suo Signore e di darsi totalmente a Lui corrispondendo con tutto il suo essere all'amore divino. Ma questa donazione deve passare da atti concreti, da attenzioni concrete che coinvolgono tutta la sua persona e tutta la sua sensibilità … E' per questo che la contemplazione della grazia sacramentale del matrimonio può essere un invito a ritrovare il fervore della propria consacrazione sponsale. Perché la consacrata non potrebbe lasciarsi dolcemente esortare dall'esempio della tenerezza delle coppie che la circondano? Perché non vi potrebbe trovare un invito a competere in delicatezza per lo sposo divino? Essere testimone dell'amore coniugale è un invito ad inventare, anch'io, una nuova maniera di amare il mio Signore Sposo».

[89] Cfr. J. Lopez, *Quando l'ascolto diventa sguardo*, in *Gregorianum* 99 (2018) 1, p. 40: «Chi sono queste donne? Le due prime sono parte della famiglia biologica di Gesù, sua madre e la sorella di sua madre, cioè madre e zia. Le altre due invece, Maria di Cleola e Maria Maddalena, sono discepole di lui. L'ordine in cui vengono menzionate è dunque rilevante: le prime sono parte della famiglia naturale di Gesù e pure discepole di lui. Le altre due non sono sue parenti ma formano parte di un gruppo più ampio di seguaci di Gesù. Messe due a due potrebbe indicare – secondo F. Tomie – che un'altra famiglia è pure qui presente. Questi due livelli di famiglia, biologico e discepolare, introducono proprio la narrazione del terzo quadro del Golgota e pertanto anche le parole di Gesù a sua madre "donna vedi tuo figlio" (hyios) e al discepolo amato "vedi tua madre" (19, 26-27)».

5. *Considerazioni conclusive: una nuova professionalità per il giurista ecclesiale*

Non, dunque, diritto canonico della famiglia, ma famiglia nella prassi e nel diritto canonico. La famiglia, per la Chiesa, è una rappresentazione analogica dello stile di vita cristiano[90], e non semplicemente la forma di uno status coniugale. Tenere o meno presente questo non rimane indifferente per il giurista ecclesiale chiamato a servire la famiglia in crisi. Il giurista che intende trasformare il proprio ruolo in una relazione di aiuto che sia pastoralmente efficace e non soltanto giuridicamente efficiente, capace cioè di entrare nel vivo della sensibilità cristiana delle persone (senza fermarsi in approcci distaccati e impersonali che riducono le persone a 'casi' da trattare e senza neppure scadere in approcci intimistici ed invischiati che lo riducono ad una sorta di 'alter ego' delle persone seguite) si rende ben conto di doversi fare con loro *fraterno*[91]. Questo significa per il giurista assumersi 'in proprio' la responsabilità pastorale del proprio ruolo, ma non in senso 'pietistico', bensì professionale, come risultato della consapevolezza che la propria formazione giuridica va integrata con una formazione anche pastorale, che attinga alla pastorale familiare e vocazionale. Non si può efficacemente assistere (per un avocato) o giudicare (per un giudice) o valutare (per un consulente giuridico) una famiglia cristiana, senza anche saper professionalmente *accompagnare*[92] l'umanità 'in vocazione' delle persone che la compongono. Un attenzione di questo tipo, oltre ad elevare e modernizzare la capacità professionale del giurista ecclesiale, arricchirebbe non poco, rendendolo più prossimo (all'umanità 'in vocazione' dei fedeli), il servizio proprio dei tribunali ecclesiastici.

---

[90] Cfr. Amedeo Cencini, Alessandro Manenti, *Psicologia e teologia*, cit., p. 258: «Il contesto triadico della relazione umana può rappresentare un'analogia della modalità relazionale delle tre persone divine nel loro eterno riceversi e donarsi reciproco. Cenni in questa direzione si trovano già in Imoda, soprattutto là dove parla dello sfondo "trinitario" presente in ogni relazione e dell'insufficienza di ogni relazione diadica che non riesca a porsi come "triangolare" … Queste riflessioni …anche là dove questa plausibilità che viene dalla fede non è condivisa, possono ugualmente essere utili in quanto estendono la descrizione che la psicologia fa della relazionalità intersoggettiva ed esplicitano ciò che essa trova nell'indagare la realtà terrena».

[91] Cfr. Roberto Vignolo, *L'accompagnamento spirituale: una forma di "comunione" al Vangelo*, in *TreDimensioni*, 2, 2005, p. 16: «Si è molto parlato nel postconcilio di chiesa a diversi livelli, ma su quest'aspetto più basilare del tessuto ecclesiale, costituito dalla fraternità, non si è ancora meditato a fondo (sono sorte esperienze, ma manca una riflessione in merito). Parlo non di paternità, o di maternità spirituale (oggi giustamente riscoperte), ma di fraternità. Circa la sua rilevanza, basta una lettura attenta dell'epistolario paolino, dove più raramente l'apostolo si presenta come padre, addirittura anche come madre (1Tes 2; 1Cor 4), mente più normalmente interpella i suoi destinatari chiamandoli 'fratelli' … La fraternità è un altro, più largo, nome di «comunione al vangelo», quel nome che nelle nostre molto e troppo organizzate (oppure improvvisate) pastorali, viene oggi a mancare».

[92] Come risultato di una specifica formazione che insegni a condurre un accompagnamento vocazionale, cfr. Alessandro Manenti, *Comprendere e accompagnare la persona umana. Manuale teorico e pratico per il formatore psico-spirituale*, EDB, Bologna 2013.

Diritto canonico e storia. I paradossi interpretativi tra tradizione e innovazione

Maria d'Arienzo

1. *Premesse metodologiche*

Il tema che mi è stato affidato, *Diritto canonico e storia*, è certamente un argomento la cui complessità è data dalla pluralità di angolazioni con cui inquadrare tale rapporto. Complessità che deriva anche dalla preminenza che si intende attribuire, in tale analisi, a uno dei due termini.

Se si pone l'accento sulla "storia", tale tematica si svilupperà nel senso di evidenziare il notevole contributo del diritto canonico allo sviluppo del pensiero giuridico occidentale, e dunque a sottolineare il suo valore di formante della cultura giuridica europea.

Ma anche in questo caso le direttrici di indagine potrebbero a loro volta divaricarsi.

La tematica potrebbe essere affrontata sia sotto il profilo dell'evoluzione storica del diritto canonico sia, in una visione più tecnica, nella prospettiva di analisi del rapporto tra la normativa vigente e la tradizione, ovvero del valore normativo riconosciuto al diritto precedente dalle norme positivizzate.

Da questo punto di vista il diritto canonico costituisce una prospettiva di indagine peculiare al fine di evidenziare la differenza di impostazione presente già nella stessa codificazione canonica rispetto alla ideologia sottesa alle codificazioni ottocentesche, le quali riflettono quella che può essere definita come "modernità giuridica", proprio in virtù del nuovo sistema formale delle fonti inaugurato dai Codici. Pertanto, la riflessione sul rapporto diritto canonico e storia – sempre ponendo l'accento forte sul termine "storia" – finirebbe inevitabilmente per essere assorbito in un discorso più generale attinente al rapporto tra "culture giuridiche". Potrebbe essere sviluppato, dunque, ancora una volta sotto un duplice profilo: o nel senso di rimarcare la specificità dei sistemi giuridici propri degli ordinamenti religiosi rispetto agli ordinamenti laici; oppure nel senso di approfondire il rapporto tra "diritto e culture"[1].

---

[1] Cfr., per tutti, Paolo Grossi, *Diritto canonico e cultura giuridica*, in *Quaderni fiorentini per la*

D'altro canto, la stessa analisi del valore normativo del diritto antecedente potrebbe risolversi nell'indagine più ampia relativa al rapporto tra "storia e diritto" [2] o meglio, per usare un linguaggio in voga alcuni decenni fa, tra "storia e dogmatica giuridica".

In altri termini, appare sotteso al rapporto tra "diritto canonico e storia" un problema di impostazione metodologica nello studio del diritto e di conseguenza nella formazione del giurista.

La pluralità di prospettiva, del resto, diviene ancora più complessa se la tematica è riconnessa al tema generale del Convegno che fa riferimento alla "professione del giurista" e dunque al delicato problema della funzione dello studio del diritto canonico ai fini di una "pratica del diritto".

La stessa didascalia inserita nel titolo del programma, che riprende la frase di Italo Svevo sul distacco di Zeno Cosini dal diritto canonico[3], inquadra icasticamente il problema relativo all'interesse ad approfondire e conoscere la realtà vivente e concreta e ad abbandonare un tipo di sapere considerato ormai non attuale, e soprattutto non funzionale alla comprensione del proprio presente, del proprio contesto e, in ultima analisi, della "storia in cui si è situati".

E difatti occorre interrogarsi su che cosa intendiamo per "storia". Se con questo termine ci riferiamo ad una tradizione, ad un passato oppure a quello che crocianamente possiamo definire la "storicità del presente"[4].

In tale ultima accezione, il rapporto tra il diritto canonico e la storia potrebbe essere inquadrato – ponendo l'accento questa volta sulla locuzione "diritto canonico" – non tanto in riferimento all'analisi della evoluzione della sistematica interna e dei principi su cui si strutturano le istituzioni giuridiche dell'ordinamento della Chiesa, quanto sulla sua effettiva capacità di risposta

---

storia del pensiero giuridico moderno, 32, 2003, pp. 373-392, ora in Id., *Scritti canonistici*, a cura di Carlo Fantappié, Giuffrè, Milano, 2013, p. 229 ss. Il rapporto tra diritto canonico e le altre culture giuridiche è stato oggetto specifico del XVI Congresso internazionale di diritto canonico organizzato a Roma dalla *Consociatio Internationalis Studio Iuris Canonici Promovendo*, dal titolo: «*Diritto canonico e culture giuridiche nel Centenario del Codex iuris canonici del 1917*», 4-7 ottobre 2017, i cui atti sono in corso di pubblicazione.

[2] Sia permesso il rinvio a Maria d'Arienzo, *Kodifikation und ius vetus*, in *Archiv für Katholisches Kirkenrecht*, 186, 2017, pp. 454-464.

[3] «Oggi, 2 Febbraio 1886, passo dagli studii di legge a quelli di chimica. Ultima sigaretta!». Era un'ultima sigaretta molto importante. Ricordo tutte le speranze che l'accompagnarono. M'ero arrabbiato col diritto canonico che mi pareva tanto lontano dalla vita e correvo alla scienza, ch'è la vita stessa benché ridotta in un matraccio», Italo Svevo, *La coscienza di Zeno*, a cura di Cristina Benussi, XI ed., Feltrinelli, Milano, 2004, p. 10.

[4] Cfr. Benedetto Croce, *Teoria e storia della storiografia*, in *Filosofia. Poesia. Storia. Pagine tratte da tutte le opere a cura dell'Autor*e, Ricciardi, Milano-Napoli, 1951, pp. 443-445.

alle esigenze che pone la contemporaneità, e dunque sulla sua capacità di "innovazione" rispetto alla "tradizione".

Ed è proprio la dinamica tra "tradizione e innovazione" che mi sembra un'angolazione interessante per inquadrare in maniera più efficace il rapporto tra "diritto canonico e storia".

2. *La codificazione canonica tra innovazione e tradizione*

Non vi è dubbio che una vera cesura con il passato, dal punto di vista formale dell'assetto delle fonti, sia costituito dall'adozione da parte della Chiesa cattolica dello strumento codiciale.

La promulgazione del *Codex iuris canonici* del 1917 rappresenta una vera novità, se non proprio una frattura, rispetto al sistema delle fonti di produzione giuridica che aveva caratterizzato la tradizione del diritto canonico sino ad allora. Lo strumento Codice, quale fonte generale dell'ordinamento universale della Chiesa, costituisce l'espressione di centralizzazione e dunque, come è stato sottolineato, di controllo di quella giuridicità canonica che nella storia bimillenaria della Chiesa era affidata soprattutto ai dottori, ai giudici e alle consuetudini[5].

Diviene del tutto lecito, pertanto, domandarsi il perché sia avvertita in quel momento storico anche dalla Chiesa la necessità di dotarsi di uno strumento che rispecchiasse la centralizzazione del potere attraverso il monismo giuridico rappresentato dal Codice, ad imitazione degli ordinamenti temporali.

Indubbiamente l'adozione della forma Codice serviva ad affermare la natura di *societas iuridice perfecta* della Chiesa, al pari delle realtà ordinamentali statuali. Eppure la codificazione canonica non è frutto di un mero processo imitativo.

La forma codicistica costituisce l'espressione di una tecnica rispondente ad una moderna cultura giuridica, ma con la peculiarità di porsi in continuità con il passato, o diritto anteriore. Proprio tale continuità evidenzia una differente cultura giuridica rispetto alla ideologia legalista sottesa alle codificazioni secolari successive al Codice napoleonico. Il Codice di diritto canonico è per l'appunto solo l'adozione di un nuovo sistema formale di assetto delle fonti normative. Non costituisce una cesura con il passato rispetto alle fonti storiche, le quali continuano ad avere la forza interpretativa, anche se non quella imperativa. Potremmo dire, in altri termini, che il rapporto tra codificazione e

---

[5] Paolo Grossi, *Valori e limiti della codificazione del diritto (con qualche annotazione sulla scelta codicistica del legislatore canonico)*, in Arturo Cattaneo (a cura di), *L'eredità giuridica di San Pio X*, Marcianum Press, Venezia, 2006, p. 141 ss., specialmente p. 148.

ius vetus evidenzi una frattura sotto il profilo del metodo introdotto dalla nuova forma-Codice, ma una continuità sotto il profilo delle scelte normative[6].

Del resto, la continuità con la disciplina anteriore costituiva il punto cruciale che alimentava la diffidenza nei confronti dello strumento della codificazione nelle posizioni dottrinarie antecedenti alla promulgazione del *Codex* del 1917. Basti fare riferimento alle posizioni di Wernz[7] o di Granclaude, il quale temeva la riduzione della scienza canonistica ad una *jurisperitia fantaisiste* strutturata su un diritto astratto, e non più informato ai principi di equità e di flessibilità così come garantito dal diritto canonico fino ad allora vigente[8].

Il metodo di insegnamento del diritto canonico, d'altro canto, alimenta la riflessione dottrinaria soprattutto a seguito di due Decreti emanati dalla *Congregazione dei Seminari e delle Università* dopo la promulgazione del *Codex* del 1917[9]. Decreti nei quali si impone un'analisi esegetica dei canoni, sia considerati singolarmente sia in collegamento sistematico con gli altri. Analisi esegetica che, come sottolinea Carlo Fantappié, appare allinearsi all'impronta metodologica della Scuola dell'Esegesi, affermatasi in Francia dopo la promulgazione del *Code civil*, poiché considera quale unica fonte del diritto canonico il Codice[10]. Questi Decreti, i cui effetti si sono potuti osservare nella

---

[6] Albert Ortscheid, *Essai concernant la nature de la codification et son influence sur la science juridique d'après le concept du Code de droit canonique,* Recueil Sirey, Paris, 1922, p. 62. Tra gli studi più recenti, cfr. Giorgio Feliciani, *Presentazione* a Maria Vismara Missiroli, Luciano Musselli, *Il processo di codificazione del diritto penale canonico*, Cedam, Padova, 1983, pp. 3-23; Id., *Il cardinal Gasparri e la codificazione del diritto canonico*, in Mario Tedeschi (a cura di), *Studi in onore di Gaetano Catalano*, II, Rubbettino, Soveria Mannelli, 1998, pp. 563-579; Carlo Fantappiè, *Chiesa romana e modernità giuridica. L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903)*, II, Giuffrè, Milano, 2008, p. 1150 ss.; Chiara Minelli, *Pio X e l'avvio del processo di codificazione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica *(www.statoechiese.it*), 33, 2013, pp. 1-38, specialmente p. 13 ss.; Ead., Rationabilitas *e codificazione canonica. Alla ricerca di un linguaggio condiviso,* Giappichelli, Torino, 2015, pp. 43-44; Maria d'Arienzo, *Kodifikation und ius vetus*, cit., pp. 454-464.

[7] Francisco Xavier Wernz, *Ius Decretalium ad usum praelectionum in scholis textus canonici sive iuris Decretalium, I - Introductio in ius decretalium*, ex Typographia Polyglotta S.C. de Propaganda Fide, Romae, 1898, n. 4, p. 6; n. 265, p. 383.

[8] Eugène Grandclaude, *Des études canoniques et de leur influence sociale*, in *Le canoniste contemporaine*, XIV, 1891, p. 12.

[9] Sacra Congregatio de Seminariis et de Studiorum Universitatibus, decr. *Cum novum iuris canonici*, in *A.A.S.*, IX, 1917, p. 439; decr. *De experimentis ad gradus in iure canonico assequendos*, in *A.A.S.*, XI, 1919, p. 19.

[10] Nel Decreto del 1917 si afferma che il Codex sia «*fore authenticum et unicum iuris canonici fontem, proptereaque tum in disciplina Ecclesiae moderanda, tum in iudiciis et in scholis eo uno utendum esse*». In merito cfr. l'analisi di Carlo Fantappié, *Pietro Agostino d'Avack: dal confronto con la canonistica curiale all'autonomia scientifica del diritto canonico*, in Juan Ignacio Arrieta, Gian Piero Milano (a cura di), *Metodo, fonti e soggetti del diritto canonico. Atti del Convegno Internazionale di Studi «La Scienza canonistica nella seconda metà del '900. Fondamenti, metodi e prospettive in D'Avack, Lombardía, Gismondi e Corecco»*, *Roma, 13-16 novembre 1996*, LEV, Città del Vaticano, 1999, p.

manualistica di diritto canonico successiva al *Codex* del 1917, non menzionano più lo *ius vetus* come fonte interpretativa, ma solo come conoscenza utile ai fini di una maggiore comprensione della genesi ed evoluzione storica della disciplina degli istituti. I decreti parlano di *cognitio* della disciplina antecedente al Codice, riducendo le fonti storiche ad un oggetto di erudizione necessaria per una più ampia cultura giuridica[11].

Al fine di specificare le diverse concezioni della natura della codificazione – se riproduzione della disciplina anteriore o costruzione di una nuova legislazione – è necessario fare riferimento alle disposizioni del can. 6 del *Codex iuris canonici* del 1917 che presuppone e valorizza l'esistenza dello *ius vetus*. Il canone stabilisce l'abrogazione di tutte le leggi sia universali che particolari incompatibili con le disposizioni del Codice, fatta eccezione formale per alcune leggi particolari. Ma stabilisce la relazione tra nuovo e antico diritto.

Distingue tre casi nei quali è riconosciuta allo *ius vetus* la funzione di fonte interpretativa. In primo luogo, quando i canoni riproducono integralmente la disciplina precedente il *Codex iuris canonici* recepisce l'antico diritto nello spirito nel quale è stato creato e l'interpretazione che ne è stata data dai *probati auctores*. Lo *ius vetus* diviene diritto vigente attraverso il rinvio operato dal *Codex* del 1917 all'autorità che proviene dalla tradizione consolidata e alla sua recezione da parte di autori qualificati. Inoltre, lo *ius vetus* è recepito dalla normativa codiciale quando la disciplina anteriore concorda parzialmente con il diritto codificato. Quando è riscontrabile una concordanza solo parziale di alcuni canoni con il diritto precodiciale, lo spirito di quest'ultimo costituisce il criterio di *aestimatio* della parte concordante, mentre solo la parte del canone che se ne discosta sarà intesa secondo il suo senso proprio. In questo caso, non v'è il riferimento ai *probati auctores* perché lo *ius vetus* rientra nell'applicazione delle regole di interpretazione stabilite dal can. 18, come afferma

---

120; Id., *Chiesa romana e modernità giuridica*, II, *Il Codex iuris canonici (1917),* cit., p. 1152-1153: «[…] mentre nella bozza di tale importante decreto il gesuita Ojetti – uno dei principali artefici e revisori del Codice – aveva lungamente sottolineato l'importanza dell'indirizzo di tipo storico-giuridico nell'esegesi delle norme codicistiche, Gasparri altererà il significato complessivo del documento imponendo non […] la riduzione progressiva del diritto canonico al Codice, ma anche l'applicazione ad esso dello stesso metodo adottato dal diritto civile. È fuor di dubbio che tale indicazione abbia favorito nelle scuole dei Seminari e delle Facoltà ecclesiastiche l'assimilazione del metodo canonico al metodo dell'*École de l'exégèse*». Sul metodo di interpretazione della norma canonistica codiciale, cfr. Carlo Maria Redaelli, *Il metodo esegetico applicato al Codice di diritto canonico del 1917 e a quello del 1983*, in *Periodica de re canonica*, LXXXVI, 1997, pp. 57-100; Paolo Grossi, *Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XIV, 1985, pp. 587- 599, ora in Id., *Scritti canonistici,* op. cit., specificamente pp. 174-177.

[11] Patrick Valdrini, *Le travail du canoniste dans les facultés de droit canonique*, in *Revue de droit canonique,* 1997, pp. 111-126.

il Michiels nel suo Commentario[12]. Infine lo *ius vetus* assume rilievo anche in un'altra ipotesi. In caso di dubbio derivante da una eventuale discrepanza di una prescrizione codiciale con il diritto precedente, *a veteri iure non est recedendum* e pertanto occorre attenersi a ciò che prescrive quest'ultimo. Michiels legge tale obbligo in coerenza con l'*incipit* del can. 6. Il *Codex* del 1917 riconosce vigente il diritto anteriore quando non sia stata apportata una modifica o correzione dal legislatore, a condizione che questo dubbio sia positivo, fondato su argomentazioni oggettive e invincibili e non nasconda l'intenzione recondita di trasformare la disciplina[13].

3. *Innovazione nella tradizione tra le due codificazioni latine*

Nel *Codex iuris canonici* del 1983 attualmente vigente assistiamo ad un profondo cambiamento di prospettiva nella relazione tra codificazione e diritto precedente.

Il contenuto del paragrafo 2 del can. 6 del *Codex* del 1983 differisce sostanzialmente dal canone corrispettivo del *Codex* del 1917. Stabilisce infatti: «I canoni di questo Codice, nella misura in cui riportano il diritto antico, sono da valutarsi tenuto conto anche della tradizione canonica».

Il canone limita la interpretazione secondo il diritto antico solo ai casi e nella misura in cui esso è riportato[14]. Questa precisazione deve essere intesa in modo ampio perché pochi canoni riportano esplicitamente lo *ius vetus* o diritto antecedente. La dottrina considera che un canone riproduce un diritto anteriore non soltanto se incorpora una norma antecedente completa, ma anche se

---

[12] Gommarus Michiels, *Normae generales Juris Canonici. Commentarius Libri I Codicis Juris Canonici*, Editio altera, 1949, Typis Societatis S. Joannis Evangelistae, Desclée et Socii, Parisiis-Tornaci-Romae, 1949, p. 532: «*Quantum momentum interpretativum huic considerationi attribuit ipse legislator, aperte constat ex can. 6 in quo, praeter principium generale, quod "Codex vigentem hucusque disciplinam plerumque retinet" varias statuit regulas practicas in interpretatione legum, jus antiquum ex integro vel ex parte referentium, sequendas*».

[13] Gommarus Michiels, *op. cit.*, p. 145: «[…] *regula* praesumptiva *admittandum est quod canonis praescriptum, quoad punctum circa quod versatur dubium, materialiter congruit cum veteri jure ac proinde ad normam iuris veteris aestimandum est et interpretandum. Ratio est, quia, cohaerenter prooemio canonis 6, Codex* presumptive *retinuit juris veteris praescripta et* correctio juris anterioris *non censetur a legislatore peracta, nisi fuerit comprobata. Sedulo autem notetur quod ut urgeat praescriptum canonis 6 n. 4 seu ut prohibeatur recessus, a jure veteri, non sufficit dubium mere negativum aut subjectivum…sed* requiritur dubium positivum et directum*, quod fundatur in argumentis objectivis et invicibilibus ex serio examine ipsius materiae particularis, de qua agitur*».

[14] Sui dibattiti dei consultori in seno alla Commissione di revisione del *Codex iuris canonici*, cfr. *Communicationes*, 23, 1991, pp. 118-123. Cfr. inoltre Helmuth Pree, *Traditio canonica. La norma di interpretación del c. 6 § 2 del CIC*, in *Ius canonicum*, 35, 1995, pp. 423-446.

ne utilizza parzialmente la regolamentazione. Occorre, pertanto, analizzare ermeneuticamente se questa situazione si verifica[15].

Nel *Codex* del 1983 lo *ius vetus* non ha la stessa rilevanza che aveva nel *Codex* del 1917, pur non intendendosi operare una cesura riguardo alla tradizione canonica. Come afferma Helmuth Pree, lo *ius vetus* coincide praticamente con la tradizione canonica che comprende il patrimonio giuridico fino all'entrata in vigore del nuovo Codice. Patrimonio giuridico che può essere definito come l'insieme dei principi e istituti e norme giuridiche che rappresentano dall'antichità l'autocomprensione giuridico-canonica della Chiesa[16]. Si deve aggiungere che nel can. 6 § 2 la tradizione canonica non è l'unico strumento interpretativo del diritto antico riportato nei canoni, ma essa concorre con i criteri interpretativi fissati dal can. 17, come appare evidente dall'avverbio *etiam* del can. 6 § 2[17].

La formulazione del can. 6 § 2 del *Codex iuris canonici* del 1983 mette in evidenza la differenza tra le due codificazioni. La prima costituisce una struttura formale nuova del diritto della Chiesa che trova nella codificazione non soltanto uno strumento moderno di certezza del diritto, ma anche l'espressione di una ecclesiologia nata dal Concilio di Trento e rappresentata nella categoria di *societas iuridice perfecta*. La «Forma-Codice», pur rappresentando una frattura sul piano del metodo, come già detto, conserva la continuità con alcune scelte normative del passato che, dal punto di vista della concezione giuridico-ecclesiologica, non appaiono sostanzialmente distanti.

Il secondo *Codex iuris canonici* del 1983 è uno strumento la cui finalità è costitutivamente differente. Traduce normativamente i concetti ecclesiologici

---

[15] Helmuth Pree, s.v. *Tradición canónica*, in Javier Otaduy, Antonio Viana, Joaquín Sedano (eds.), *Diccionario general de derecho canónico*, VII, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, p. 620. Ritiene, invece, che non si tratti di una citazione o concordanza letterale con le regole tradizionali o le consuetudini, ma di un riferimento sostanziale a queste Lorenzo Cavalaglio, *Traditio Canonica and Legal Tradition,* in *Monitor Ecclesiasticus*, 130, 2014, p. 392. Sul valore ermeneutico dello *ius vetus* nel Codice delle Chiese orientali si rinvia a Péter Szabó, *L'"antiqua traditio" fonte "vigente" di diritto? Ermeneutica del can. 2/CCEO sull'interpretazione*, in *Eastern Canon Law*, 2, 1, 2013, pp. 201-232; Orazio Condorelli, *Il Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium: un Codice autenticamente orientale?*, in Georges Ruyssen, Sunny Kokkaravalayil (eds.), *Il CCEO. Strumento per il futuro delle Chiese orientali cattoliche*, Pontificio istituto orientale, *Kanonica*, 25, 2017, p. 283 ss.

[16] Helmuth Pree, *Tradición canónica*, cit., p. 619.

[17] Helmuth Pree, *Traditio canonica. La norma di interopretación del can. 6 § 2 del CIC,* cit., pp. 438-440. Cfr. inoltre Giuseppe Comotti, *La canonica traditio come criterio di interpretazione del C.I.C. (Note in margine al can. 6, § 2)*, in Sandro Gherro (a cura di), *Studi sul primo libro del Codex Iuris Canonici*, Cedam, Padova, 1993, pp. 113-135, ma specificamente p. 131 ss. Sulla formulazione del canone 2 del Codice delle Chiese Orientali che utilizza l'avverbio *praecipue* a differenza dell'*etiam* presente nel can. 6 del Codice di diritto canonico latino, cfr. le osservazioni di Francisco Javier Urrutia, *Canones praeliminares Codicis (CIC). Comparatio cum canonibus praeliminaribus Codicis Canonum Ecclesiarum Orientalium (CCEO),* in *Periodica de re canonica*, LXXXI, 1992, pp. 176-177.

del Concilio Vaticano II. Il suo stile, i suoi contenuti, la sua sistematica costituiscono una trasformazione profonda del primo *Codex*. In questa prospettiva è possibile evidenziare come la dinamica tra "tradizione e innovazione" si articoli in maniera sostanzialmente diversa nella codificazione del 1983.

Il diritto antico postconciliare – *ius vetus* assai recente, in quanto diritto nato dopo il Concilio Vaticano II, ma antecedente al Codice del 1983 – è stato utilizzato per redigere i nuovi canoni, come è stato ben evidenziato da Otaduy, poiché portava in sé i riflessi delle concezioni conciliari che sarebbero state elaborate nella nuova codificazione[18]. Lo *ius vetus* preconciliare, comprensivo anche del *Codex iuris canonici* del 1917, contiene soluzioni e scelte normative distanti dalla nuova impostazione giuridico-ecclesiologica.

Pertanto, senza rinnegare il principio di continuità che permea il diritto canonico, il can. 6 § 2 del *Codex* del 1983 afferma che il diritto antico esiste nella misura in cui i canoni vi fanno riferimento. Così lo *ius vetus* precodiciale, inteso come nel can. 6 del *Codex* del 1917, non perde nel *Codex iuris canonici* vigente la sua rilevanza, ma la funzione che aveva precedentemente[19].

Il can. 6 § 2 del CIC del 1983, in conclusione, riconosce un ruolo preciso allo *ius vetus*, inserendolo nella tradizione canonica, ma affida al contempo agli interpreti la valutazione circa la sua capacità di servire alla *salus animarum* in funzione dei bisogni attuali della Chiesa. La positivizzazione del diritto canonico nelle norme codiciali, pertanto, non esaurisce la vigenza della disciplina e dell'interpretazione consolidatasi precedentemente.

4. *Il Can. 128 del* Codex iuris canonici *del 1983 quale paradigma dell' innovatio in traditione*

Ai fini della specificazione del significato di "innovazione nella tradizione" e dunque del rapporto tra "diritto canonico e storia", emblematica è indubbiamente la previsione nel *Codex* del 1983 dell'obbligo di riparazione dei danni come clausola generale di responsabilità in diritto canonico.

Il can. 128 è considerato dalla dottrina una «novità legislativa» in rapporto al Codice del 1917, che non prevedeva alcuna norma generale equivalente.

---

[18] Javier Otaduy Guerín, *Funciones del Codigo en la recepción de la legislación postconciliar*, in *Ius Canonicum*, XXV, 1985, p. 479 ss.; Id., *El derecho canonico postconciliar come ius vetus (c. 6 § 1)* in Michel Thériault, Jean Thorn (eds.), *Le nouveau Code de droit canonique, Actes du Ve Congrès international de droit canonique organisè par l'Université Saint-Paul de Ottawa du 19 au 25 août 1984,* Faculté de droits canonique, Université Saint-Paul, Ottawa, 1986, pp. 115-129.

[19] Maria d'Arienzo, *Kodifikation und ius vetus*, cit., p. 464.

Nel *Codex* del 1917, la ricostruzione del principio era deducibile solo dalle diverse disposizioni che in maniera frammentata prevedevano una sanzione per i danni inferti.

Come ho cercato di evidenziare in alcune recenti ricerche[20], il can. 128 pur rappresentando una novità, non costituisce tuttavia una sostanziale "innovazione" rispetto alla tradizione specificamente canonica del principio della responsabilità per danni. Principio già compiutamente elaborato in termini di clausola generale dalla Decretale *Si culpa tua* di Gregorio IX, inserita nel titolo 36, capitolo 9 del Libro V nel *Liber extra* nella quale è fissato il principio dell'imputabilità dell'obbligo di riparazione in capo a chiunque compia con colpa, anche *levissima*, un atto da cu derivi un danno[21].

Per i casi non previsti esplicitamente dai canoni, nel *Codex* del 1917 l'obbligo di riparazione veniva difatti ricostruito per via ermeneutica in virtù del rinvio operato dal can. 6 alla disciplina precodiciale. Veniva superata, mediante il richiamo alla disciplina canonistica anteriore, l'interpretazione tipicamente positivistica dell'obbligo giuridico sussistente solo in presenza di un'espressa previsione normativa. Si riaffermava, in tal guisa, la tipicità della codificazione canonica e del suo metodo interpretativo rispetto al positivismo giuridico e al metodo deduttivo diffuso in base alle interpretazioni di teoria generale del diritto dell'epoca[22].

L'obbligo di riparazione dei danni, del resto, può rappresentare anch'esso un esempio paradigmatico al fine di evidenziare la peculiarità del concetto di responsabilità giuridica in diritto canonico[23].

Il tema della responsabilità è stato oggetto negli ultimi decenni di una rivisitazione in ogni campo e in particolar modo in quello giuridico. Limitandoci all'ordinamento italiano, basti fare riferimento alla trasformazione del concetto in ambito civilistico che, a partire dalle elaborazioni dottrinarie di Rodotà[24],

---

[20] Maria d'Arienzo, *L'obbligo di riparazione del danno in diritto canonico. Percorsi di ricerca*, Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, 2013, *passim*, ma specialmente p. 97 ss.

[21] Gracia Regojo Bacardí, *Pautas para una concepción canónica del resarcimiento de daños*, in *Fidelium iura* (supplemento 4), 1994, pp. 117-118.

[22] Maria d'Arienzo, *op. ult. cit.*, pp. 9-11 e bibliografia *ivi* citata.

[23] Maria d'Arienzo, *Il concetto giuridico di responsabilità. Rilevanza e funzione nel diritto canonico*, Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, 2012; Ead., *Responsablidad (principio de)*, in *Ius canonicum,* v. 56, n. 112, dicembre 2016, pp. 799-815; Paolo Gherri, (a cura di), *Responsabilità ecclesiale, corresponsabilità e rappresentanza*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2012; Natascia Marchei, Daniela Milani, Jlia Pasquali Cerioli, *Davanti a Dio e davanti agli uomini. La responsabilità fra diritto della Chiesa e diritto dello Stato*, Il Mulino, Bologna, 2014; Andrea Zanotti (a cura di), *Il principio giuridico di responsabilità*, Bononia University Press, Bologna, 2014.

[24] Stefano Rodotà, *Il problema della responsabilità giuridica*, Giuffré, Milano, 1964.

Scognamiglio[25] e Castronovo[26], ha registrato il ridimensionamento della dicotomia colpa-dolo su cui era imperniato il principio, a vantaggio di un'estensione della responsabilità oggettiva nella prospettiva di tutela del danneggiato; o anche all'ambito penale-amministrativo di cui è espressione normativa il d. lgs. n. 231 dell'8 giugno 2001 sulla responsabilità delle persone giuridiche derivante da reato, la cui disciplina, sebbene sia qualificata "amministrativa", è tuttavia intrinsecamente penale[27].

Anche nella dottrina canonistica si assiste ad una riflessione più approfondita e articolata sul tema della responsabilità. Penso agli interessanti lavori sulla responsabilità nell'amministrazione dei beni e delle risorse[28], sulla configurabilità di una responsabilità oggettiva[29] o sulla natura della responsabilità della gerarchia ecclesiastica[30]. Riflessioni non meramente teoretiche,

---

[25] Renato Scognamiglio, s.v. *Illecito (Diritto vigente)*, in *Novissimo Digesto italiano*, VIII, 1965, pp. 164-173.

[26] Carlo Castronovo, s.v. *Responsabilità oggettiva. II) Disciplina privatistica - Dir. Comp. e stran.*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXVII, 1991, pp. 1-15; Id., *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2006.

[27] Sull'estensione del d. lgs. n. 231 del 2001 agli enti ecclesiastici, cfr. Désirée Fondaroli, Annamaria Astrologo, Giuseppe Silvestri, *Responsabilità "amministrativa"* ex *d. lgs, n. 231 del 2001 ed enti ecclesiastici civilmente riconosciuti*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica (*www.statoechiese.it)*, 10 dicembre 2012; Mario Ferrante, *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto canonico*, Aracne, Roma, 2013; Andrea Bettetini, *Responsabilità personale e responsabilità collettiva nel diritto penale canonico*, in *Diritto e Religioni*, 22, 2016, pp. 342-352; Alessandro Perego, *Enti ecclesiastici ed organismi di vigilanza ex art. 6 d.lgs. 231/2001*, in *Diritto e Religioni*, 22, 2016, pp. 224-253.

[28] Jesús Miñambres, *Autonomia e responsabilità nella amministrazione delle risorse della Chiesa*, in *Prawo Kanoniczne*, 59, 2016, pp. 96-124.

[29] Helmuth Pree, *La responsabilità giuridica dell'amministrazione ecclesiastica*, nel vol. Eduardo Baura, Javier Canosa, *La giustizia amministrativa della Chiesa: il contenzioso amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 60-97, precisamente, p. 72; Id., *Responsabilidad de la administración*, in Javier Otaduy, Antonio Viana, Joaquín Sedano (eds.), *Diccionario general de Derecho Canónico*, VI, cit., pp. 983-991; Gracia Regojo Bacardí, *op. cit.*, p. 121; Przemyslav Michowicz, *Concetto di responsabilità oggettiva nell'ordinamento canonico*, in *Annales Canonici*, 13, 2017, pp. 139-154.

[30] Francesco Salerno, *La responsabilità per l'atto giuridico illegittimo (can. 128 c.j.c.). Obbligo della riparazione del danno nel Codex '83*, nel vol. *L'atto giuridico nel diritto canonico*, LEV, Città del Vaticano, 2002, p. 321 ss.; Javier Ferrer Ortiz, *La responsabilidad civil de la diócesis por los actos de sus clérigos*, in *Ius canonicum*, 45, 2005, pp. 557-608; Ilaria Zuanazzi, *De damnorum reparatione. La responsabilità dell'amministrazione ecclesiastica a riparare i danni*, nel vol. Pier Antonio Bonnet, Carlo Gullo, *La* Lex propria *della Segnatura Apostolica*, LEV, Città del Vaticano, 2010, pp. 281-314; Angelo Licastro, *Danno e responsabilità da esercizio del ministero pastorale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica (*www.statoechiese.it)*, maggio 2010; Id., *Riappare un "déjà vu" nella giurisprudenza: la responsabilità oggettiva del Vescovo per gli atti illeciti dei suoi sacerdoti*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica (*www.statoechiese.it)*, 14 gennaio 2013; Pierluigi Consorti, *La responsabilità della gerarchia ecclesiastica nel caso degli abusi sessuali commessi dai chierici, tra diritto canonico e diritti statuali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica (*www.statoechiese.it)*, 13 maggio 2013; Paolo Gherri,

ma probabilmente intrinsecamente "teleologiche", tese cioè ad esplicitare in termini giuridici quel principio di "responsabilizzazione" alla "partecipazione comunionale", quale tratto peculiare e distintivo dell'ordinamento canonico.

Il principio di responsabilità, collegato con l'obbligo di riparazione del danno arrecato, è uno di quei concetti giuridici attraverso i quali le costruzioni di teoria generale del diritto necessariamente si arricchiscono in completezza attraverso il dialogo tra il diritto canonico con le altre culture giuridiche. Ovvero è proprio la conoscenza del diritto canonico che apporta un contributo non di poco momento alle teorie dei concetti giuridici.

Questa è stata la spinta iniziale che mi ha portato ad approfondire le radici storiche, teologiche e filosofiche che hanno contraddistinto lo sviluppo del concetto di responsabilità giuridica il quale in diritto canonico non è esattamente corrispondente con il profilo sanzionatorio che il concetto assume negli ordinamenti laici.

In questi studi la mia analisi si è principalmente incentrata sulla dicotomia tra una nozione di responsabilità che può essere definita "antica" – nel significato di garanzia, impegno, fedeltà alla parola data, quale fondamento dei vincoli giuridici – e la sua accezione "moderna", strutturata sulla imputazione delle conseguenze negative derivanti dalla violazione di un dovere di comportamento[31]. Un concetto di responsabilità pertanto costruito sui criteri dell'intenzionalità e della colpa del soggetto agente, in base al quale si risponde della colpevolezza del proprio comportamento. Il collegamento tra responsabilità e colpevolezza, che nella concezione moderna ci viene consegnato dalla trasformazione in ambito giuridico di concetti teologici e dall'influenza delle teorie volontaristiche proprie della visione cristiana dell'uomo, comporta l'identificazione del responsabile con il colpevole. Questa appare l'essenza del concetto di responsabilità giuridica connessa con la sanzionabilità del comportamento[32]. L'analisi delle due codificazioni latine, le elaborazioni dottrinarie e gli

---

Titoli di responsabilità dei Superiori generali degli IVC in ambito extracanonico, in *Commentarium pro Religiosis et Missionariis*, 95, 2014, pp. 31-55.

[31] Cfr. Émile Benveniste, *Il vocabolario delle lingue indoeuropee. Potere, diritto, religione*, II, Einaudi, Torino, 2001, pp. 442-443 e 446-447; Michel Villey, *Esquisse historique sur le mot «responsable»*, in *Archives de Philosophie du Droit*, 22, 1977, pp. 45-58; Paul Ricoeur, *Le concept de responsabilité*, in *Esprit*, 11, 1994, pp. 28-48. Sull'evoluzione del concetto, cfr. Maria Antonietta Foddai, *Sulle tracce della responsabilità. Idee e norme dell'agire responsabile*, Giappichelli, Torino, 2005; Maria d'Arienzo, *Il concetto giuridico di responsabilità. Rilevanza e funzione nel diritto canonico*, cit., p. 43 ss. e p. 99 ss.; Ead., *Responsabilidad jurídica (principio de),* cit., p. 799 ss.

[32] Maria d'Arienzo, *Il concetto giuridico di responsabilità. Rilevanza e funzione nel diritto canonico*, cit., p. 100 ss.; Ead. *Responsabilità giuridica e riparazione del danno nel sistema sanzionatorio canonico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica *(www.statoechiese.it*), n. 32, 26 ottobre 2015.

interventi normativi sviluppatisi negli ultimi anni consentono di evidenziare, tuttavia, alcune problematiche riguardanti l'evoluzione, tra tradizione e innovazione, dei profili di responsabilità giuridica in diritto canonico tra cui rivestono particolare interesse la configurabilità di un sistema di responsabilità indiretta o oggettiva e la previsione di fattispecie di responsabilità collettiva.

5. *La responsabilità oggettiva in diritto canonico? Problematiche interpretative*

Un primo problema riguardante la responsabilità giuridica in diritto canonico è l'ipotizzabilità di un sistema di responsabilità oggettiva in diritto canonico, ossia di una responsabilità senza colpa così come elaborato dalla dottrina civilistica.

L'ordinamento canonico non prevede espressamente fattispecie di responsabilità senza colpa. Difatti, la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria hanno sempre ribadito la necessità dell'elemento soggettivo della colpevolezza dell'autore per l'imputazione dell'obbligo di riparazione del danno. La responsabilità è, pertanto, sempre soggettiva[33].

Ciò nonostante, l'interazione tra il diritto canonico e le culture giuridiche diverse ha sollecitato lo sviluppo di elaborazioni dottrinarie tese a ricostruire un sistema di responsabilità oggettiva anche in diritto canonico[34].

Sebbene non siano espressamente contemplate fattispecie di responsabilità oggettiva, forme di responsabilità indiretta sono state nondimeno desunte dalla normativa canonica[35]. Uno degli esempi più interessanti riguarda la re-

---

[33] Maria d'Arienzo, *L'obbligo di riparazione del danno diritto canonico*, cit., p. 112.

[34] Dottrina autorevole sulla base dell'interpretazione dell'interpunzione prima dell'avverbio *immo* presente nel can. 128 c.i.c. del 1983 ha difatti individuato nella illegittimità dell'atto giuridico una causa di risarcibilità del danno distinta da quello cagionato dall'atto posto con dolo o colpa, configurando anche in diritto canonico un sistema di responsabilità oggettiva e di responsabilità per colpa. Cfr., sul punto, Francisco Javier Urrutia, *Les Normes générales: commentaires des canons 1-203*, Tardy, Paris, 1994, p. 210; Francesco Salerno, *La responsabilità per l'atto giuridico illegittimo (can. 128 c.j.c.). Obbligo della riparazione del danno nel Codex '83*, cit., p. 342; Jan Hendriks, *Canone 128: riparazione del danno. Obblighi e responsabilità del Vescovo diocesano*, in *Ius Ecclesiae*, 15, 2003, pp. 427-457; Helmuth Pree, *On juridic acts and liability in canon law*, in *The Jurist*, 58, 1998, pp. 495-509, in particolare p. 508; Id., *La responsabilità giuridica dell'amministrazione ecclesiastica*, cit., p. 72. L'A. osserva: «questa regola dell'imputabilità senza dolo o colpa nel caso della Amministrazione Ecclesiastica è forse la conquista più importante del can. 128». Per una critica a tale impostazione e alla conseguente distinzione tra danno legittimo e danno illegittimo, cfr. Maria d'Arienzo, *L'obbligo di riparazione del danno in diritto canonico*, cit., p. 105 ss.

[35] Pontificium Consilium de legum testibus, *Nota esplicativa VIII. Elementi per configurare l'ambito di responsabilità canonica del Vescovo diocesano nei riguardi dei presbiteri incardinati nella propria diocesi e che esercitano nella medesima il proprio ministero*, in *Communicationes*, 36, 2004: «L'ordi-

sponsabilità del Vescovo o del Superiore, nel caso di un danno arrecato dalla condotta illecita di un soggetto "vigilato", poiché gerarchicamente subordinato, nell'esercizio delle sue funzioni ministeriali[36]. In tal caso è desumibile una responsabilità del superiore per *culpa in vigilando*[37] o *in eligendo*[38]. Il giudice civile ben potrebbe configurare, in altri termini, una responsabilità risarcitoria a carico del Vescovo o del Superiore per il delitto commesso dal chierico o dal religioso in virtù del vincolo di "subordinazione comunionale" che in diritto canonico lega il chierico o religioso all'Autorità Superiore[39] e l'omesso

---

namento canonico non contempla la cosiddetta "responsabilità oggettiva" non potendola ritenere titolo sufficiente per l'imputazione di un delitto, ma prevede il concorso nel delitto che, certamente, non si verifica per il solo fatto che il Vescovo sia il Superiore del delinquente», pp. 37-38. Come è precisato, il vincolo giuridico tra il chierico o religioso e l'Autorità superiore, che in ambito canonico deriva dall'incardinazione e dalla professione religiosa, non è configurabile come un rapporto di "lavoro dipendente" o "una soggezione generalizzata", ma «è limitato agli ambiti dell'esercizio del ministero e dei doveri generali dello stato clericale», p. 37.
Sulla natura dei vincoli derivanti dall'incardinazione, cfr. i contributi pubblicati in Luis Navarro (a cura di), *L'istituto della incardinazione. Natura e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2006. Sulla natura del legame tra un religioso e l'Istituto di vita consacrata, cfr. Domingo Andrés, *Le forme di vita consacrata. Commentario teologico-giuridico al Codice di diritto canonico*, Ediurcla, Roma, 2008.

[36] Przemyslav Michowicz, *Concetto di responsabilità oggettiva nell'ordinamento canonico,* cit., p. 145 ss. L'A. analizza a titolo esemplificativo tre fattispecie di possibile responsabilità *sine culpa*: il procedimento di rimozione dei parroci non consenzienti di cui ai cann. 1740-1747 C.I.C. del 1983, che può essere avviato in caso di effetti negativi, dannosi o insufficienti dell'azione pastorale del presbitero, anche senza sua grave colpa; la responsabilità indiretta dell'Ordinario per i danni causati da un chierico nelle sue funzioni ministeriali, rispetto alla quale occorre valutare «la diretta connessione tra la condotta illecita del soggetto e le sue specifiche funzioni ministeriali», al fine di stabilire una responsabilità indiretta ai sensi del can. 128 o un concorso di responsabilità in base al can. 1329 § 2; la responsabilità dell'Amministrazione ecclesiastica nel caso di danno cagionato da un atto illegittimo, quale ipotesi di responsabilità oggettiva vera e propria, in quanto rileva ai fini dell'imputazione del risarcimento il nesso di causalità tra il danno prodotto e la lesione che lo ha causato, mentre l'intenzione lesiva – dolo o colpa - costituiscono solo eventuali aggravanti della responsabilità. L'A. riprende la tesi sostenuta da Helmuth Pree, *La responsabilità giuridica dell'amministrazione ecclesiastica*, cit, p. 72.

[37] Il dovere di vigilanza, costitutivo della responsabilità dei Vescovi è stabilito nel *Codex iuris canonici* del 1983 dal can. 384 e dai cann. 305, § 2; 436, § 1 1º ; 615; 628, § 2; 1301, § 2.

[38] Cfr. Pietro Lo Iacono, *Tutela della dignità del sacerdozio ministeriale e necessità di assicurare ai minori "un ambiente ecclesiale sicuro". La prevenzione dei* delicta graviores contra mores, in *Questioni attuali di diritto penale canonico*, LEV, Città del Vaticano, 2012, pp. 245-256, in particolare p. 253 ss.; Mariassunta Cozzolino, *Profili di responsabilità del Vescovo nei confronti dei minori vittime di abusi sessuali imputati a sacerdoti*, in Giuseppe Dalla Torre, Pasquale Lillo, *Sovranità della Chiesa e giurisdizione dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 318-322.

[39] La responsabilità per *culpa in vigilando*, così come specifica il Pontificium Consilium de legum testibus, nella *Nota esplicativa VII* del 12 febbraio 2004, *cit*., è imputabile ai Vescovi a due condizioni: «qualora il Vescovo si sia disinteressato di porre in essere gli aiuti necessari richiesti dalla normativa canonica (cfr. can. 384); qualora il Vescovo, a conoscenza di atti contrari o addirittura delittuosi commessi dal presbitero non avesse adottato i rimedi pastorali adeguati (cfr. can. 1341)», pp. 36-37. Sulla responsabilità civile dell'Autorità canonica superiore, delle persone giuridiche canoniche e loro amministratori cfr. Javier Ferrer Ortiz, *La responsabilidad civil de la diócesis por los actos de sus clérigos*, cit., pp. 570-571; Paolo Gherri, *Titoli di responsabilità dei Superiori generali degli IVC in*

controllo disciplinare. Ciò comporta, nell'ordinamento canonico, la responsabilità indiretta della Gerarchia di riparare i danni commessi dal chierico ai sensi del can. 128 e *pro quota*, a titolo di corresponsabilità, ai sensi del can. 1389 § 2 nel caso di negligenza colpevole nell'impedire o far cessare condotte illecite e dannose del chierico o del religioso nell'esercizio delle sue funzioni ministeriali[40].

Può tuttavia in tale fattispecie configurarsi un'ipotesi di responsabilità oggettiva, ovvero senza colpa? In realtà anche in questo caso ci troveremmo di fronte al principio della personalità della responsabilità, poiché la persona che è chiamata a rispondere del danno è considerata «nell'unità con il soggetto agente per il vincolo di vigilanza, di custodia o di utilizzazione che a questo l'unisce»[41].

6. *La parabola della responsabilità collettiva in diritto canonico tra le due codificazioni latine*

Ai fini della disamina del principio di responsabilità in diritto canonico tra tradizione e innovazione, appare interessante osservare l'altro profilo cui si è accennato precedentemente, relativo alla parabola della responsabilità collettiva o delle persone giuridiche in campo penale.

Nel *Codex iuris canonici* del 1983 non si rinvengono canoni che prevedono tra i soggetti passivi delle sanzioni penali le persone giuridiche, o comunque gli enti collettivi in generale, siano essi personificati e non personificati. Eppure il *Codex* del 1917 prevedeva l'imputabilità penale delle persone giuri-

---

ambito extracanonico, cit., p. 51; Jesús Miñambres, *La responsabilità canonica degli amministratori dei beni della Chiesa*, in *Ius Ecclesiae*, 27, 2015, pp. 577-594; Id., *Autonomia e responsabilità nella amministrazione delle risorse della Chiesa*, cit., p. 110 ss., il quale distingue tra responsabilità per atti di amministrazione e *culpa in vigilando* del Superiore in ragione del suo ufficio.

[40] In merito alla responsabilità risarcitoria della gerarchia ecclesiastica per il danno causato alle vittime di abusi sessuali dai singoli chierici, cfr. Pierluigi Consorti, *op. cit.*, p. 16 ss. e 25 ss., il quale ritiene che i giudici civili «potrebbero legittimamente riconoscere la sussistenza nell'ordinamento statale della stessa responsabilità risarcitoria prevista nell'ordinamento canonico, senza necessità di piegare artificiosamente le qualificazioni canonistiche dentro le più strette forme delle fattispecie *ad hoc* civilisticamente disegnate». L'A., inoltre, riprende la tesi di John J. Coughlin, *The Clergy Sexual Abuse Crisis and the Spirit of Canon Law*, in *The Boston College Law Review*, 2002-2003, pp. 977-997, e sostiene che, in virtù del can. 1389, § 2 e del can. 1399, l'omesso dovere di vigilanza costituisce titolo di responsabilità penale diretta a carico della gerarchia per i delitti commessi dai chierici e religiosi a danno dei minori.

[41] Fiorenzo Romita, *La responsabilità dell'amministrazione pubblica ecclesiastica*, in *Monitor ecclesiasticus*, 98, 1973, p. 396.

diche ai cann. 2274[42] e 2285[43] che sanzionavano con l'interdetto o la sospensione la responsabilità penale concorrente delle persone fisiche e morali nel medesimo reato[44]. L'imputabilità penale della persona giuridica era esplicitamente confermata anche dal can. 2255, § 2[45] che escludeva l'applicabilità della sanzione della scomunica per le persone giuridiche, mentre prevedeva l'applicabilità dell'interdizione e della sospensione alle comunità, fossero dotate o meno di personalità giuridica canonica, come nel caso dell'interdetto generale che poteva colpire anche determinate collettività, come ad esempio il *populus paroeciae* o il *clerus*[46].

Il principio della responsabilità delle *communitates* o dei *domini locorum* era già previsto, del resto, in un decreto del 1235 di Gregorio IX[47] e richiamato nelle *Constitutiones Sanctae Matris Ecclesiae* emanate dal Cardinale Egidio di Albornoz nel 1537 e in vigore fino al 1816[48] nello Stato Pontificio, in caso di depredazioni, incendi e altri delitti simili sebbene in via sussidiaria rispetto all'individuazione dell'autore del danno[49]. Così come era prevista la punibilità di collettività e singole persone per eventi indipendenti dalla volontà dolosa o colposa del soggetto, come ad esempio per le sanzioni inflitte per il reato di

---

[42] Can. 2274: «§ 1. *Si communitas seu collegium delictum perpetraverit, interdictum ferri potest vel in singulas personas delinquentes, vel in communitatem, uti talem, vel in personas delinquentes et in communitatem. § 2. Si primum, servetur praescriptum can. 2275. § 3. Si alterum, communitas seu collegium nequit ius ullum spirituale exercere quod ei cometat. § 4. Si tertium, effectus cumulantur*».

[43] Can. 2285:« § *1. Si communitas seu collegium clericorum delictum commiserit, suspensio ferri potest vel in singulas personas delinquentes vel in communitatem, uti talem, vel in personas delinquentes et communitatem. § 2. Si primum, serventur huius articuli canones. § 3. Si alterum, communitas prohibetur exercitio iurium spiritualium quae ipsi, uti communitati, competunt. § 4. Si tertium, effectus cumulantur*».

[44] Andrea Bettetini, *Responsabilità personale e responsabilità collettiva nel diritto penale canonico*, cit., p. 344 ss.

[45] Can. 2255, § 2: «*Excommunicatio afficere potest tantum personas physicas, et ideo, si quando feratur in corpus morale, intelligitur singulos afficere qui in delictum concurrerint; interdictum et suspensio, etiam communitatem, ut personam morale*».

[46] Andrea Bettetini, *op. cit.*, p. 346.

[47] Antonio Pertile, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*, vol. V, Utet, Torino, 1900, p. 385.

[48] Paolo Colliva, *Il Cardinale Albornoz, lo Stato della Chiesa, le «Constitutiones egidiane» (1353-1357)*, con in Appendice il testo volgare delle Costituzioni di Fano dal ms. Vat. Lat. 3939, Publicaciones del Real Collegio de España en Bolonia, Bologna, 1977, p. 225 ss.; Giuseppe Ermini, *Validità della legislazione albornoziana nelle terre della Chiesa dal Trecento alla codificazione del XIX secolo*, nel vol. Evelio Verdera y Tuelles (edición y prologo), *El Cardinal Albornoz y el Collegio de España*, Real Collegio de España en Bolonia, Bologna, 1979, pp. 81-102.

[49] Sugli statuti delle diverse comunità locali nelle terre soggette al dominio temporale della Chiesa e la relativa normativa e giurisdizione sui *damna illata*, cfr. Alessandro Dani, *Il processo per danni dati nello Stato della Chiesa (secoli XVI-XVIII)*. Prefazione di Pietro Sirena, Monduzzi, Bologna, 2006.

eresia che colpivano anche i figli del reo[50].

L'imputazione dell'obbligo di riparazione per i danni ingiustamente arrecati a carico delle collettività, che pertanto appare prescindere dalla valutazione del nesso di causalità tra la volontarietà della condotta lesiva e il danno verificatosi[51], rappresenta l'antecedente normativo della responsabilità indiretta o oggettiva in diritto canonico, sebbene la dottrina canonistica ne abbia giustificato il fondamento nell'omissione di diligenza nella custodia e tutela del territorio, e dunque all'interno della disciplina della riparazione del danno incentrato sull'elemento soggettivo della colpa[52].

La responsabilità collettiva per i danni clandestinamente arrecati si sviluppa non soltanto in conseguenza del processo di differenziazione tra la natura afflittiva della pena e quella satisfattiva del risarcimento, elaborato dai giuristi di diritto comune[53], ma soprattutto in virtù del pluralismo normativo che caratterizzava l'amministrazione ecclesiastica del territorio pontificio nel quale la vigenza diretta del diritto canonico non precludeva i diritti particolari dei territori soggetti al dominio temporale della Chiesa[54].

Non appare privo di interesse notare che anche rispetto alla configurazione della responsabilità penale delle persone giuridiche canoniche acquista una precisa rilevanza la normativa dello Stato Città del Vaticano approvata l'11 luglio 2013 con la legge n. VIII[55] – che agli artt. 46-51 disciplina la *responsabilità amministrativa delle persone giuridiche derivante da reato* – e con la Legge n. IX recante *Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale*, con la quale vengono introdotte sanzioni a carico di persone giuridiche nelle ipotesi in cui si dimostri che sia stato commesso un reato nell'interesse o a vantaggio della persona giuridica stessa[56].

---

[50] Vito Piergiovanni, *La punibilità degli innocenti nel diritto canonico dell'età classica,* I-II, Giuffrè, Milano, 1971-1974.

[51] Sulla importanza della responsabilità collettiva per i danni clandestinamente arrecati ai fini dello sviluppo dell'organizzazione amministrativa dello Stato pontificio e del processo di affermazione della funzione amministrativa nella Chiesa, cfr. Maria d'Arienzo, *L'obbligo di riparazione del danno in diritto canonico. Percorsi di ricerca*, cit., p. 81 ss.

[52] «Il fondamento era infatti individuato, anche dai giuristi di diritto comune, nella omissione di diligenza nella custodia e tutela del territorio, posta a carico di chi era preposto alla *iurisdictio in loco*», Maria d'Arienzo, *op. ult. cit.*, p. 82.

[53] Gian Paolo Massetto, *Responsabilità extracontrattuale: a) Diritto intermedio*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX, 1988, p. 1099 ss.

[54] Maria d'Arienzo, *op. ult. cit.*, p. 79 ss.; Alessandro Dani, *op. cit.*, p. 45 ss.

[55] Legge n. VIII, 11 luglio 2013 della Pontificia Commissione per lo Stato Città del Vaticano recante *Norme complementari in materia penale*, in A.A.S., *Suppl.* 84, 2013, pp. 77-108.

[56] Legge n. IX, 11 luglio 2013 della Pontificia Commissione per lo Stato Città del Vaticano, *Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale*, in *A.A.S.*, *Suppl.* 84, 2013, pp. 109-131.

In pari data, Papa Francesco ha esteso con il *Motu proprio* "*La promozione*"[57], l'applicazione delle leggi penali vaticane anche agli organismi della Curia romana, ai legati pontifici, al personale diplomatico della Santa Sede nonché – e ciò appare rilevante ai fini della nostra disamina – agli enti dipendenti dalla Santa Sede e alle persone giuridiche canoniche.

Indirettamente, pertanto, si reintroduce il principio della responsabilità penale delle persone giuridiche che invece, in discontinuità con la tradizione giuridica precedente, non era stata più contemplata nel *Codex iuris canonici* del 1983[58].

7. *I paradossi interpretativi in diritto canonico tra tradizione e innovazione*

Si rileva, pertanto, in tema di responsabilità giuridica canonica una forma di paradosso, in termini di dialettica tra tradizione e innovazione.

Il can. 128 viene ad essere considerato dalla dottrina come una "novità" rispetto al Codice del 1917, sebbene non sia una "innovazione" se considerato in rapporto alla tradizione canonica, se è vero che può considerarsi quasi una traduzione letterale della Decretale *Si culpa tua* di Gregorio IX. Al contrario, in rapporto alla tradizione è proprio la mancata previsione di una responsabilità penale per le entità collettive o persone giuridiche a costituire una novità.

Il principio canonistico dell'imputabilità penale degli enti, personificati e non personificati, è recuperato attraverso l'estensione della normativa vaticana, la cui approvazione è stata influenzata dalla legislazione civile in materia di repressione dei reati di natura economica e finanziaria.

La reintroduzione del principio della responsabilità penale degli enti, in altri termini, consente il raggiungimento, come affermato da autorevole dottrina[59], di una maggiore coerenza del sistema di responsabilità dei soggetti

---

[57] Lettera Apostolica in forma di *Motu proprio* di Papa Francesco, *Per la prevenzione ed il contrasto del riciclaggio, del finanziamento del terrorismo e della proliferazione di armi di distruzione di massa*, 8 agosto 2013, pubblicato su *L'Osservatore Romano*, n. 182 del 9 agosto 2013, p. 1 e poi in *A.A.S.*, n. 105, 2013, pp. 811-813.

[58] Il *Codex iuris canonici* del 1983 non prevede a carico delle persone giuridiche e delle associazioni private di fedeli sanzioni penali, ma solo sanzioni amministrative, come la soppressione, ai sensi del can. 120, § 1 e del can. 326, § 1.

[59] Sull'evoluzione normativa e le peculiarità dell'ordinamento giudiziario vaticano, cfr. Giuseppe Dalla Torre, *Aspetti della giustizia vaticana*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 18 /2013, p. 19; Geraldina Boni, *Il diritto penale della Città del Vaticano. Evoluzioni giurisprudenziali,* in Giuseppe Dalla Torre, Geraldina Boni (a cura di), *Il diritto penale della Città del Vaticano. Evoluzioni giurisprudenziali*, Giappichelli, Torino, 2014, p.

nell'ordinamento canonico.

In conclusione, per tornare alla frase di Italo Svevo posta in epigrafe al Convegno e alla contrapposizione proposta tra un diritto canonico astratto, ossia "lontano dalla vita" e la concretezza delle scienze chimiche, appare possibile sostenere che anche questa stessa affermazione può essere letta in chiave di tradizione e innovazione.

E aggiungerei, oltretutto, che forse proprio la "innovazione *nella* tradizione", e la non riduzione del diritto a norma positiva – che sono le lezioni che ci derivano dal diritto canonico nell'interpretazione del dato giuridico – costituiscono gli "elementi chimici" per trasformare un "tecnico del diritto" – o meglio, un "ingegnere legale"– in un *giurista*, ossia in un interprete di un vero umanesimo che si attua attraverso l'esperienza giuridica nella storia presente.

---

136 ss.; Pier Antonio Bonnet, *Lo spirito del diritto penale vaticano*, in Giuseppe dalla Torre, Pier Antonio Bonnet (a cura di), *Annali di diritto vaticano 2016*, LEV, Città del Vaticano, 2016, pp. 29-55; Giuseppe Rivetti, *Stato Città del Vaticano. Normativa antiriciclaggio. Armonizzazione del diritto vaticano alle direttive UE in materia di riciclaggio e finanziamento del terrorismo*, Giuffrè, Milano, p. 141 ss.; Andrea Bettetini, *Responsabilità personale e responsabilità collettiva nel diritto penale canonico*, cit., p. 352.

"Prima lezione" di diritto canonico

Chiara Minelli

Mi perdoneranno gli illustri maestri della disciplina convenuti se, non volendo tradire il mandato che mi è stato affidato, mi rivolgerò essenzialmente agli studenti che sono poi i primi interlocutori di ogni nostro travaglio e avanzamento in campo scientifico[1]. Non mi è difficile del resto ammettere, in tutta serenità, come non pochi snodi del mio pensiero si siano chiariti a lezione ed una infinità di aperture e cambi di direzione nel mio percorso intellettuale siano scaturiti proprio da quell'evento comunicativo che non può mai dismettere «il carattere salvante dell'essere ricerca»[2].

1. *L'«ultima sigaretta»*

Dunque, cari studenti, partiamo dalla fine, e cioè dall'«ultima sigaretta» di Zeno Cosini[3]. «Oggi 2 febbraio 1886 passo dagli studi di legge a quelli di chimica. Ultima sigaretta!!»[4]. Responsabile il diritto canonico, «tanto lontano dalla vita»[5]. Ma, come forse già sapete, un'altra "ultima" sigaretta è destinata ad accompagnare il ritorno di Zeno alla legge. E nei passaggi da un'ultima sigaretta ad un'altra lo coglie un dubbio: «che io forse abbia amato tanto la sigaretta per poter riversare su di essa la colpa della mia incapacità? Chissà se

---

[1] In pieno accordo con la direzione scientifica della rivista il presente saggio riproduce integralmente il tono e lo stile della lezione destinata agli studenti novizi di diritto canonico dell'Università degli studi di Modena cui era originariamente rivolta. Di conseguenza, anche l'apparato critico si limiterà qui ai riferimenti delle citazioni allora esibite.

[2] Paolo Grossi, *De magistro: maestri e allievi*, in Ivano Dionigi (a cura di), *Eredi. Ripensare i padri*, Rizzoli, Milano, 2012, p. 54.

[3] Si muove cioè dal sottotitolo del Convegno modenese nel quale si inseriva la lezione.

[4] Italo Svevo, *La coscienza di Zeno*, Feltrinelli editore, Milano, ventiseiesima edizione, 2017, p. 10.

[5] *Ibidem*.

cessando di fumare io sarei divenuto l'uomo ideale e forte che mi aspettavo? (…) Adesso che sono vecchio e che nessuno esige qualcosa da me, passo tuttavia da sigaretta a proposito e da proposito a sigaretta…»[6]. L'irresolutezza di Zeno ben descrive il male di vivere dell'uomo del novecento, la sua normale malattia. Come ha riconosciuto il giovane Montale, appena ventinovenne: «la coscienza di Zeno è il poema della nostra complicata pazzia contemporanea»[7]. E non per caso è proprio Montale a lanciare Svevo nel campo della letteratura d'autore dopo che per ben trent'anni di delusioni vi era passato pressoché inosservato…Perché è un giovane ad aprire le porte al vecchio e non il contrario? Forse per un motivo molto semplice e cioè che l'opera del sessantacinquenne triestino era tanto in anticipo sulla sua generazione che può essere compresa ed apprezzata solo da un intellettuale molto più giovane, da uno scrittore della nuova generazione[8].

E questo dato nell'economia del nostro discorso non è irrilevante, vi chiederete che c'entra con il diritto canonico, al di là dell'artifizio letterario da cui siamo partiti; c'entra e adesso cercheremo di capire perché.

Innanzitutto non è irrilevante perché anticipa motivi esistenziali e artistici che domineranno la scena novecentesca e che non sono privi di riscontri assai pertinenti nella cultura giuridica più sensibile del XX secolo. Penso in modo particolare alla descrizione calda e drammatica della ricaduta nel pianeta giuridico della irresolutezza esistenziale, quale è quella incarnata da Zeno Cosini, che ci offre Flavio Lopez de Oñate. Un giovane filosofo del diritto il quale, scomparso a soli 38 anni, all'indomani della vasta eco che ebbe nella cultura giuridica del tempo il suo libro *La certezza del diritto* (1941), colse in modo acuto la corrispondenza tra i moti più profondi dell'animo umano e la vita del diritto e che, guarda caso, nel vivo del suo *iter* speculativo non poté fare a meno del paragone con il diritto canonico. Non possiamo qui soffermarci sulle molteplici implicazioni della sua opera in una lettura integrale del travaglio culturale che caratterizza il passaggio dagli ultimi colpi di coda del giuspositivismo novecentesco a questo «nostro difficile e fertile tempo di transizione»[9], ci basta sottolineare il fatto come sia proprio la profondità dello sguardo sulla crisi e sul diritto che consente al Lopez di aprire uno spiraglio all'esperienza

---

[6] *Ibidem*.

[7] Eugenio Montale, *Omaggio a Italo Svevo*, in «*L'Esame*», novembre-dicembre 1925.

[8] Come ebbe a dichiarare con franchezza lo stesso Montale su le colonne di «La Sera» (Trieste, 19 marzo 1925): «l'autore che io tradurrò nessuno lo conosce. È un ignorato, un secondo Proust, che bisogna tradurre e rivelare senza indugio. Sarò io a rivelare questo italiano agli italiani. Tradotto apparirà, qual è, un autore di genio».

[9] Paolo Grossi, *Sulla odierna 'incertezza' del diritto*, in «*Giustizia civile*», 4/2014, p. 943.

canonistica, al quale con tutta probabilità egli avrebbe dato energie ulteriori, se il tempo glielo avesse concesso[10].

Ed è la fattura di questo spiraglio che vorrei mettere a fuoco insieme a voi quest'oggi, per poterne cogliere la pertinenza alle attese che vi hanno mosso fin qui.

Soffermiamoci un momento sulla traduzione giuridica della malattia spirituale che affligge Zeno Cosini così come la descrive Lopez de Oñate cogliendo lucidamente l'analogia tra i dinamismi della storia e quelli della coscienza individuale nella loro portata e, in ultima analisi, nella loro profonda identità: «il contrasto tra meccanizzazione e spiritualità, tra collettivismo e solitudine interiore, tra godimento banale e intima miseria, tra le soddisfazioni offerte dal possesso della tecnica e le delusioni che la tecnica, con le sue contraddizioni, offre, tra la volontà esteriore di conquistare il piacere e la continua amarezza e melanconia, tra l'indifferenza al vero e la preoccupazione, tra l'anelito il più delle volte vago e indeterminato verso il trascendente e l'attaccamento al mondo terreno, in cui l'uomo contemporaneo mostra di sentire sempre più profondamente affondate le radici della sua vita, tra la consapevolezza storicistica e dialetticistica, che nel secolo XIX restava sul piano della filosofia nel senso più rigoroso ed ora è invece coscienza diffusa, e il sentimento geloso ed irreducibile dell'individualità – (…) questi molteplici contrasti danno luogo a una serie di antinomie che si trovano nell'anima dell'uomo contemporaneo e ne formano il travaglio che sembra insanabile»[11].

Scaturisce da qui, per il giovane filosofo, quell'«inquietudine» di cui «l'anima moderna si è a poco a poco innamorata», scorgendo «in essa una profonda poesia» capace di rendere «la vita più varia e più complessa, più affascinante e più misteriosa»[12]. Ma l'angoscia che ne deriva e che, «per alcuni geniali pensatori», apre «la via percorrendo la quale lo spirito diviene ancora capace di sentire l'anelito verso l'infinito, che può essere la sua salvezza, cioè il mezzo per tornare al suo vero se stesso»[13], difficilmente «nel frammenta-

---

[10] Un'intenzione questa che si evince con chiarezza dall'ultima chiosa sul punto, riportata in tutte le edizioni postume: «l'A. si proponeva di sviluppare nel testo l'esame del problema della certezza nel diritto canonico, anche in relazione allo scritto del Fedele, *La certezza del diritto e l'ordinamento canonico*, in *Archivio di diritto ecclesiastico*, V, Roma, 1943, pp. 3 ss., cui aveva dato occasione con le sue osservazioni», Flavio Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, Nuova edizione riveduta. In aggiunta saggi di Giuseppe Capograssi, Piero Calamandrei, Francesco Carnelutti e Pio Fedele, Appendice di Massimo Corsale, a cura di Guido Astuti, Giuffrè, Milano, 1968, p. 97.

[11] *Ivi*, p. 26.

[12] *Ibidem*.

[13] *Ivi*, p. 27.

rismo della vita moderna» riesce a superare lo «stadio psicologico»[14]. Così l'individuo resta «ancora invischiato nel finito» e l'angoscia, «che rimane psicologica», pur dolorosamente amata, «non gli consente di cercare l'infinito se non nel finito»[15]. E qui, avverte il Lopez, «lo spirito, con immane inganno, non può trovare se non un nulla profondo, che lo delude come una beffa e lo satura solo di aridità, e di sete febbrile e di spasimo»[16].

Qual è allora la caratteristica fondamentale di questa crisi in paragone a tutte le altre che hanno attraversato la storia? E qual è il suo punto nevralgico?

Essa, pur determinata da «una infinità di motivi che possono empiricamente classificarsi come non spirituali e che in effetti appaiono tali», «nella sua precisa realtà è essenzialmente crisi spirituale»[17] ed il suo epicentro non è altro che l'«individuo considerato quale esso è»[18].

Non a caso, per il Lopez, «attualmente il problema della filosofia è divenuto, in maniera prepotente ed intransigente, quello della certezza, così come nell'epoca precedente è stato quello della verità, e nell'epoca classica quello della realtà»[19]. E infatti «il problema della certezza è quello del singolo», «restìo ad ogni riduzione universalistica», «con il suo destino assolutamente individuale, nella sua situazione personalissima, legato alla singolarità che non intende abbandonare e che non può perdere»[20].

2. *Esperienza giuridica ed esperienza umana*

Non intendo invadere il campo di chi vi introdurrà nel tema vasto e tutt'altro che statico del nesso tra diritto canonico e crisi del diritto, né leggere con occhiali novecenteschi le convulse ed inarrestabili sinergie planetarie che qualificano il nostro tempo e disegnano orizzonti assai diversificati ed in rapida trasformazione.

Mi preme la valenza metodologica dell'affondo del Lopez; la sua visione del diritto come dimensione pertinente all'umano, come cartina di tornasole dello stato di salute dell'umano.

In effetti, ci si potrebbe facilmente accorgere di questa contiguità tra espe-

---

[14] *Ibidem*.

[15] *Ivi*, p. 28.

[16] *Ibidem*.

[17] *Ibidem*.

[18] *Ivi*, p. 29.

[19] *Ibidem*.

[20] *Ibidem*.

rienza giuridica ed esperienza umana anche in modo estrinseco e tutto sommato semplice: per venire qui molti di noi hanno dovuto stipulare un contratto di trasporto; e potremmo fare analoghe considerazioni con quel diritto accusato da Zeno, in un tessuto sociale ancora largamente e profondamente cattolico, di essere già allora tanto lontano dalla vita: basti pensare a quando abbiamo fatto ingresso, anche per caso, in una parrocchia, o abbiamo visto in azione l'opera caritativa di un Istituto religioso, o siamo stati raggiunti dalla risonanza universale del magistero di papa Francesco con tutte le possibili implicazioni anche a livello del diritto internazionale.

Ma a me preme un'altra dimensione, che è quella messa a fuoco dal Lopez, la dimensione intrinseca, la pertinenza intrinseca del diritto alla nostra umanità, il suo nesso con il carattere esigenziale della nostra vita, qui ed ora. Che è, in fondo in fondo, anche nei casi di maggiore irresolutezza, ciò che vi ha mosso ad iscrivervi a Giurisprudenza.

Non posso dimenticare un'osservazione capitale di uno dei più grandi educatori del Novecento che entrando nella scuola per l'ora di religione sfidava i suoi studenti con una frase del Vangelo, non sempre adeguatamente valorizzata: «chi mi segue avrà la vita eterna ed il centuplo quaggiù»[21]. E osservava: «Chi mi segue avrà la vita eterna e questo vi può non interessare…ma avrà il centuplo quaggiù – cioè vivrà cento volte l'affezione all'uomo o alla donna, al padre e alla madre, avrà cento volte di più la passione per lo studio, l'amore per il lavoro, il gusto per la natura – e questo non può non interessarvi»[22].

Proviamo allora a seguire l'invito di Jean Guitton e sottomettere la ragione all'esperienza[23]. Pensiamo all'esigenza di certezza nei rapporti umani che attraversa la nostra vita e che ha un nesso strettissimo con le dimensioni più ardue dell'esperienza giuridica. Ecco su questo terreno fiorisce, come aveva ben intuito il Lopez, la possibilità di paragone, di integrazione, nel «diritto sconfinato»[24] che qualifica il nostro tempo, tra cultura laica e cultura canonistica la quale può esibire, senza complessi di sorta, una visione bimillenaria delle forze verticali e orizzontali che muovono la storia: «è impossibile negare che la Chiesa cattolica sia stata e, in parte continui ad essere, un laboratorio sociale unico di riflessione, di sedimentazione, di ibridazione e di armoniz-

---

[21] *Mt* 19,28-29; *Mc* 10,28-30; *Lc* 18,28-30.

[22] Luigi Giussani, *L'avvenimento cristiano*, BUR Rizzoli, Milano, p. 40.

[23] Secondo il filosofo francese, «ragionevole è il nome di colui che sottomette la ragione all'esperienza», v. Jean Guitton, *Arte nuova di pensare*, Ed. Paoline, Cinisello Balsamo-Milano, 1986, p. 71.

[24] Cfr. Maria Rosaria Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

zazione giuridica e istituzionale»[25]. Un laboratorio unico, in cui confluiscono «fattori differenti e compositi» tipici del diritto canonico quali «la tensione tra l'elemento carismatico e l'elemento istituzionale, l'intreccio tra la dimensione liturgica o rituale e quella normativa»; «l'apertura dinamica integrativa tra oralità, scrittura e processo»; «la varietà dei riti, delle forme organizzative e degli stati di vita dei suoi membri; la sintesi tra esperienze mistiche individuali e le forme di vita comunitaria»; «la peculiare dialettica tra diritto universale, diritto particolare e dritto speciale»; «la pluralità e la relativa autonomia degli ordinamenti interni; la costante sperimentazione normativa e istituzionale dei suoi gruppi sociali»; «le modalità di compromesso, di adattamento e di adeguamento delle sue istituzioni e norme al mutare delle epoche, alla diversità dei luoghi e delle circostanze»[26], tutte dimensioni che avrete modo di indagare nelle prossime settimane di lezione.

3. *Il problema della certezza*

E tra le dimensioni più ardue dell'esperienza giuridica, pensate al tema dell'accertamento della verità nel processo, che forse può avervi affascinato proprio nella scelta di imboccare questa strada e correlativamente alla «distinzione», che una dottrina processualistica particolarmente attenta ha voluto rievocare «tra verità e certezza»[27], sottolineando come spesso si incontrino «nei discorsi dei giuristi opinioni nelle quali verità e certezza si confondono, ed anzi la certezza prende il posto della verità»[28] e rimarcando l'ambiguità di espressioni del tipo «la condanna di un imputato si giustifica quando il giudice ha la certezza assoluta della sua colpevolezza»[29] o «il giudice deve conseguire la certezza morale in ordine all'esistenza dei fatti di causa»[30] in quanto insinuino il duplice errore che la decisione non si fondi su un accertamento veritiero dei fatti ma sul grado di persuasione soggettiva conseguito dal giudice.

Ora, su questo terreno, senza la pretesa di chiudere o risolvere questioni capitali nello sviluppo del pensiero giuridico, il diritto canonico ha molto da

---

[25] Carlo Fantappiè, *Il diritto canonico: una creazione giuridica superata?*, in «*Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*», XXV (2017)/1, p. 242.

[26] *Ibidem*.

[27] Michele Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 85.

[28] *Ivi*, p. 86.

[29] *Ivi*, p. 87.

[30] *Ibidem*.

offrire, proprio in termini di elaborazione e graduazione di queste categorie, che facilmente rischiano l'insignificanza quando non l'ambiguità.

Mi riferisco alla centralità che la categoria di certezza morale assume nel diritto processuale canonico e non solo; riguarda per esempio anche la certezza che il vescovo deve raggiungere per l'ammissione dei candidati al sacerdozio (cann. 1029-1030).

Una centralità che permane indiscussa nei tre sistemi codificati del '900 e che, senza voler ridurre o semplificare tutto il dibattito relativo, circa le fluttuazioni ermeneutiche che tendono a restringerla entro i parametri della certezza assoluta o ad allargarla fino a farla coincidere con la mera probabilità, trova ancora quale criterio ermeneutico sicuro il magistero di Pio XII[31]. E qui vedete in azione un altro dinamismo importante del diritto canonico e cioè la portata ermeneutica del magistero pontificio. Alludo al famoso discorso alla Rota Romana del 1 ottobre 1942, nel quale Pacelli dà prova della sua soda formazione giuridica proprio nello scandaglio della certezza morale la quale, appoggiandosi «sulla costanza delle leggi e degli usi che governano la vita umana», «ammette vari gradi»[32].

In primo luogo «vi è una certezza assoluta, nella quale ogni possibile dubbio circa la verità del fatto e la insussistenza del contrario è totalmente escluso»: «tale assoluta certezza però non è necessaria per proferire la sentenza»[33]. Pio XII è molto realista: «in molti casi raggiungerla non è possibile agli uomini; l'esigerla equivarrebbe al richiedere cosa irragionevole dal giudice e dalle parti: importerebbe il gravare l'amministrazione della giustizia al di là di una tollerabile misura, anzi ne incepperebbe in vasta proporzione la via»[34].

All'opposto egli rileva come nel «linguaggio comune» non di rado venga definita «certa» «una cognizione che, strettamente parlando, non merita un tale appellativo, ma deve qualificarsi come una maggiore o minore probabilità, perché non esclude ogni ragionevole dubbio e lascia sussistere un fondato timore di errare»[35]: «questa probabilità o quasi-certezza non offre una base sufficiente per una sentenza giudiziaria intorno alla obbiettiva verità del fatto»[36].

---

[31] Cfr., almeno, Zenon Grocholewski, *La certezza morale come chiave di lettura delle norme processuali*, in «*Ius Ecclesiae*», 9 (1997), pp. 424-425.

[32] Pio XII, *Allocuzione alla Rota Romana del 1 ottobre 1942*, in «*Acta Apostolicae Sedis*», 34 (1942), p. 339.

[33] *Ibidem*.

[34] *Ibidem*.

[35] *Ibidem*.

[36] *Ibidem*.

In tal caso, rileva il pontefice «quando cioè la mancanza di certezza circa il fatto da giudicare impedisce di pronunziare un giudizio positivo sul merito della causa, la legge, ed in particolare l'ordinamento dei processi, danno al giudice regole obbligatorie sopra il modo di procedere, nelle quali le *praesumptiones iuris* e i *favores iuris* hanno una importanza decisiva»[37]: «di queste regole di diritto e di procedura il giudice non può non tener conto»[38]. D'altro canto «sarebbe da riguardarsi come una esagerata o erronea applicazione di tali norme e come una falsa interpretazione della volontà del legislatore, se il giudice volesse a quelle ricorrere, quando si ha non solo una quasi-sicurezza, ma una certezza nel proprio e vero senso»[39]. Infatti «contro la verità e la sua sicura conoscenza non si danno né presunzioni né favori di diritto»[40].

Ora tra la certezza assoluta e la quasi-certezza o probabilità sta, come tra due estremi, quella «certezza morale», dalla quale dipende la decisione delle cause giudiziali.

Quali sono i suoi caratteri?

Dal lato positivo, essa è caratterizzata dal fatto che «esclude ogni fondato o ragionevole dubbio e, così considerata, si distingue essenzialmente dalla menzionata quasi-certezza»[41]; dal lato negativo, «lascia sussistere la possibilità assoluta del contrario, e con ciò si differenzia dall'assoluta certezza»[42].

Tale certezza è necessaria e sufficiente per pronunziare una sentenza, anche se nel caso particolare si potesse conseguire per via diretta o indiretta una certezza assoluta: infatti «solo così può aversi una regolare e ordinata amministrazione della giustizia, che proceda senza inutili ritardi e senza eccessivo gravame del tribunale non meno che delle parti»[43].

Non va dimenticato in proposito che «talvolta la certezza morale non risulta se non da una quantità di indizi e di prove, che, presi singolarmente, non valgono a fondare una vera certezza, e soltanto nel loro insieme non lasciano più sorgere per un uomo di sano giudizio alcun ragionevole dubbio»[44]. Per tale via, sottolinea Pacelli, non si compie in nessun modo «un passaggio dalla probabilità alla certezza con una semplice somma di probabilità; (…) ma si tratta del riconoscimento che la simultanea presenza di tutti questi singoli

---

[37] *Ibidem*.

[38] *Ibidem*.

[39] *Ibidem*.

[40] *Ibidem*.

[41] *Ivi*, p. 340.

[42] *Ibidem*.

[43] *Ibidem*.

[44] *Ibidem*.

indizi e prove può avere un sufficiente fondamento soltanto nell'esistenza di una comune sorgente o base, dalla quale derivano: cioè nella obbiettiva verità e realtà»[45]. La certezza promana quindi in questo caso dalla saggia applicazione di un principio di assoluta sicurezza e di universale valore, vale a dire del principio della ragione sufficiente»[46]. Se dunque nella motivazione della sua sentenza «il giudice afferma che le prove addotte, considerate separatamente, non possono dirsi sufficienti, ma, prese unitamente e come abbracciate con un solo sguardo, offrono gli elementi necessari per addivenire ad un sicuro giudizio definitivo, si deve riconoscere che tale argomentazione in massima è giusta e legittima»[47].

Ad ogni modo, a conforto delle perplessità più sopra esposte, «questa certezza va intesa come certezza obbiettiva, cioè basata su motivi oggettivi; non come una certezza puramente soggettiva, che si fonda sul sentimento o sulla opinione meramente soggettiva di questo o di quello, forse anche su personale credulità, sconsideratezza, inesperienza»[48]: «una tale certezza morale oggettivamente fondata non si ha, se vi sono per la realtà del contrario motivi, che un sano, serio e competente giudizio dichiara come, almeno in qualche modo, degni di attenzione, e i quali per conseguenza fanno sì che il contrario debba qualificarsi come non soltanto assolutamente possibile, ma altresì, in qualche maniera, probabile»[49].

In ogni caso, per garantire «la oggettività di questa certezza», il diritto processuale canonico si avvale di «ben precise regole d'inchieste e di prove»[50]: si richiedono cioè «determinate prove o corroboramenti di prove»; talune vengono stimate «insufficienti»; «si costituiscono speciali uffici e persone, incaricati durante il procedimento di tenere innanzi agli occhi, affermare e difendere determinati diritti o fatti». Sappiate che molto raramente nell'ordinamento canonico il giudice è monocratico, normalmente è un giudice collegiale; ed anche nel caso di giudice monocratico, la sentenza è concepita come il frutto di una intensa condivisione tra gli organismi coinvolti nell'accertamento giudiziale. Insomma, se compreso nei suoi tratti originali, non è difficile avvertire nel processo canonico quel «giusto formalismo giuridico», che, come sottolineava Pio XII, «riguarda talvolta più il lato materiale, tal altra più il lato

---

[45] *Ibidem*.

[46] *Ibidem*.

[47] *Ibidem*.

[48] *Ibidem*.

[49] *Ibidem*.

[50] *Ivi*, pp. 340-341.

formale del processo o del caso giuridico»[51].

Ora, che «la coscienziosa osservanza di tali norme» sia «un dovere del giudice» è fuor di dubbio; ma è altrettanto fuori discussione che le norme medesime «non sono fine a se stesse, bensì mezzi al fine», e cioè concepite «per procurare e assicurare una certezza morale oggettivamente fondata circa la realtà del fatto»[52]; pertanto, «qualora l'osservanza del diritto formale si tramutasse in una ingiustizia o in una mancanza di equità», resterebbe comunque sempre aperta la via del «ricorso al legislatore»[53]. Nel prosieguo dei vostri studi giuridici, avrete modo di verificare quanto sia rara una consapevolezza, analoga a quella immanente nell'esperienza giuridica ecclesiale, del rischio che le richieste del legislatore concepite come «aiuto» e «garanzia per la scoperta della verità» si evolvano nel loro contrario, divenendone di fatto «un impedimento»[54].

In fin dei conti il tratto saliente di questa concezione di certezza è proprio che «impegna l'uomo con tutta la sua personalità», «con tutto se stesso»[55]. E cioè quella mediazione umana, di cui, l'arte giuridica mai può fare a meno, trova qui una valorizzazione potente e incomparabile: «solo una viva coscienza umana»[56] può operare «in questo giuoco tra singolarità, particolarità e universalità» in cui la norma suprema – *salus animarum suprema lex*[57], cioè salvezza piena ed eterna delle anime, che, tradotto in linguaggio a noi più comprensibile, significa felicità piena, compimento nell'eterno del centuplo quaggiù più sopra evocato – «contratta nella particolarità della singola norma», «è sempre pronta ad espandersi»[58] ove quella medesima particolarità inibisca la sua compiuta attuazione nella concretezza della vita. E dunque l'«opera del giudice», come pure l'«autorità dei dottori», vi «appare scopertamente nella sua integrale pienezza»[59], fatta di «intelligenza, moralità, giustizia, verità»[60], fino agli esiti paradossali, scolpiti per sempre nel monito tridentino: «cum mansuetudi-

---

[51] *Ivi*, p. 341.

[52] *Ibidem*.

[53] *Ibidem*.

[54] *Ibidem*.

[55] Giuseppe Capograssi, *Considerazioni conclusive*, in Flavio Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, cit., p. 263.

[56] *Ivi*, p. 271.

[57] Cfr. *Codex Iuris Canonici*, can. 1752.

[58] Giuseppe Capograssi, *Considerazioni conclusive*, cit., p. 271.

[59] *Ibidem*.

[60] *Ibidem*.

ne rigor, cum misericordia judicium, cum lenitate severitas»[61]. Ma ancor più profondamente, «per ogni rapporto che inerisce alla formazione della società cristiana», l'ordinamento esige «l'integrale partecipazione di tutto l'uomo»[62].

4. *Il «tocco di un artista»*

Qual è dunque la certezza offerta dall'ordinamento di questa «strana società che ha per confine il Cielo» - come amava definire la Chiesa un altro filosofo del diritto, Giuseppe Capograssi che non a caso divenne il maestro «non accademico», il vero maestro di Lopez de Oñate?[63]

Quale certezza? La certezza «come legalità formale», avverte lo stesso Capograssi per sgombrare il campo da ogni equivoco, «c'è anche qui»[64]: infatti «tutte le esigenze, i principi e i fini generali dell'ordinamento», «sono scritti e compresi nelle norme, o esplicitamente o implicitamente, in quanto determinazioni della norma suprema»[65]; e quelle che paiono «eccezioni rispetto agli altri ordinamenti» sono pur sempre oggetto di specifica previsione giuridica.

Tuttavia, proprio perché la certezza è «quello che deve essere in un tale ordinamento», essa nasce qui per così dire «dall'interno e non dall'esterno»: è «nei criteri e nei principi con cui si forma tutto il rapporto»; è «nelle leggi della struttura e nelle leggi obiettive della società da instaurare»[66]. È certezza sostanziale e non formale in quanto non dipende dalla «forma esteriore della legge», ma dalla «sostanza interiore dei principi della legge»: è «vera certezza» di cui quella formale non è che «la veste esteriore»[67].

In questo senso, paradossalmente, si può affermare, con Capograssi, che la certezza è «la caratteristica più saliente» dell'ordinamento canonico[68]; a tal punto che quelle «avventure piene di pericolo negli altri ordinamenti, come l'equità, il diritto naturale e simili, qui si consolidano in principi certi, si trasformano in atti tipici di ragione obiettiva, vale a dire in atti in cui tutta la

---

[61] *Trid. Sess.* XIII, de ref. c. I.

[62] Giuseppe Capograssi, *Considerazioni conclusive*, cit., pp. 265-266.

[63] Giovanni Nencioni, *Introduzione* a Flavio Lopez de Oñate, *Responsabilità e azione: scritti vari di filosofia, storia, diritto e politica*, a cura e con un saggio di Giuseppe Acocella, Morano, Napoli, 1974, p. LXVIII.

[64] Giuseppe Capograssi, *Considerazioni conclusive*, cit., p. 275.

[65] *Ibidem*.

[66] *Ibidem*.

[67] *Ivi*, p. 276.

[68] *Ivi*, p. 277.

ragione che dà vita e forma all'ordinamento viene alla sua manifestazione ed attuazione»[69].

In questa prospettiva, anche la concezione strumentale del diritto, di cui pure si erano avvalse le mostruosità giuridiche dei totalitarismi novecenteschi, cambia di segno: il fine dell'ordinamento non può essere il termine di un «interesse arbitrario e particolare»[70] al quale tutta la «complessa umanità della vita» viene immolata, ma raccoglie in sé tutte «le fondamentali esigenze ed esperienze» del vivere fino al loro compimento eterno[71].

Insomma è il terreno dell'esperienza umana ad offrire l'*humus* adatto alla fecondità del paragone con il diritto canonico.

Per tornare all'ultima sigaretta, è il contrario della «vita ridotta ad un mattraccio»: la centralità della mediazione umana che appartiene all'esperienza di qualsivoglia ordinamento raggiunge il suo culmine nell'ordinamento canonico. In quell'«integrale partecipazione di tutto l'uomo», che lo caratterizza fino a lambire «la vocazione soprannaturale della persona», è la chiave di volta del dramma del diritto, come intuì senza tergiversazione alcuna il Lopez[72].

Di fronte a questo dramma, e cioè alla irriducibilità dello scarto tra certezza e giustizia, un altro grande giurista Francesco Carnelutti invocava il tocco di un «artista»: «dipingere un ritratto o costruire un articolo di legge è la stessa cosa, si tratta sempre di tradurre nel finito l'infinito»[73].

Ritorna qui uno dei motivi cruciali della crisi spirituale che attanagliava Zeno Cosini e dalla quale il Lopez, come si è visto, aveva preso le mosse: e cioè quell'«anelito all'infinito» che non riesce normalmente a «superare lo stadio psicologico», lasciando l'«individuo invischiato nel finito»[74]. Ancora una volta ricorre l'analogia tra i moti profondi della coscienza umana e le forze che muovono la storia. Così, nel pieno recupero del «contenuto umano del diritto»[75], che scaturisce dal confronto con l'ordinamento canonico, la tensione tra finito e infinito si libera dalla riduzione psicologica e riacquista tutta la sua portata conoscitiva, tutta la sua forza dinamica. Essa è massima nel

---

[69] *Ibidem*.

[70] *Ivi*, p. 279.

[71] *Ibidem*.

[72] Non si deve dimenticare quanto osservava Nencioni, e cioè che proprio «attraverso il problema dell'individuo Lopez è risalito al cristianesimo e nell'etica cristiana ha trovato argomenti per l'individuo», Giovanni Nencioni, *Introduzione*, cit., p. XXXII.

[73] Francesco Carnelutti, *La certezza del diritto*, in Flavio Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, cit., p. 205.

[74] Flavio Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, cit., p. 27.

[75] Giuseppe Capograssi, *Considerazioni conclusive*, cit., p. 281.

diritto canonico, ma appartiene radicalmente al DNA dell'esperienza giuridica proprio in quanto esperienza umana. Se si intende il messaggio profondo del diritto canonico, l'inevitabile approssimazione dei risultati via via raggiunti ed il fatto che, come in una vera opera d'arte, «tutto non bisogna definire»[76], non sono di per sé nemici dell'esigenza di certezza; ne reclamano piuttosto una concezione dinamica e concreta, mentre urge il protagonismo di una coscienza umana viva. Urge il vostro protagonismo.

[76] Francesco Carnelutti, *La certezza del diritto*, cit., p. 205.

Diritto canonico e migrazioni. Spunti di riflessione a partire dall'opera di Eugenio Corecco

Vincenzo Pacillo

1. *Diritto canonico e pastorale delle migrazioni nell'opera di Eugenio Corecco: il riconoscimento del diritto fondamentale alla propria identità culturale.*

Un canonista che si trovi a riflettere sui messaggi di papa Francesco per le Giornate Mondiali delle Migrazioni non può – ad avviso di chi scrive - non pensare a due disposizioni aventi carattere giuridico: il numero 18 del decreto *Christus Dominus* e il canone 787 del Codice di diritto canonico latino. Le idee forti che provengono da tali documenti normativi sono, prima di tutto, l'attenzione specifica alle esigenze spirituali del migrante: il diritto canonico non mette l'accento sulla distinzione tra coloro che espatriano per motivi economici e richiedenti asilo o sulla necessità immediata delle procedure di identificazione al momento in cui – messo in salvo – il profugo si trovi sul territorio nazionale, ma sulla necessità che l'ordinamento sviluppi una particolare sollecitudine per coloro che – a causa di condizioni di vita di deradicamento geografico ed esistenziale – si trovino a rischio di subire un pregiudizio per la salvezza della propria anima[1]. Dunque un'attenzione, prima di tutto, alla dignità spirituale, all'essenza ontologica della persona migrante prima di ogni indagine diretta alla questione della legittimità/illegittimità dell'attraversamento del confine[2].

---

[1] Cfr. Luigi Sabbarese, *Costruire una Chiesa "differente" nella cura pastorale dei migranti*, in *Ius Missionale*, VI/2012, pp. 157-173, soprattutto a p. 160, laddove si enfatizza come la condizione del migrante sia – di per sé – connotata dallo sradicamento e da un rischio di disgregazione della propria identità. Più volte tali elementi di complessità sono stati evidenziati dal Magistero, come evidenzia Velasio De Paolis, *La cura pastorale dei migranti nella Chiesa. Una rassegna dei principali documenti*, in *Quaderni di Diritto Ecclesiale,* 21, 2008, pp. 11-28.

[2] Elemento centrale in Giorgio Feliciani, *Papa Francesco e le migrazioni nei primi cinque anni di pontificato*, dattiloscritto di prossima pubblicazione.

Il canone 787 invece, pur non affrontando specificamente questioni connesse all'immigrazione, stabilisce che è compito dell'attività missionaria, con la testimonianza della vita e della parola, istituire un dialogo sincero con i non credenti in Cristo, perché, con procedimento adatto al loro ingegno e cultura, si aprano loro le vie per le quali possano essere condotti a conoscere l'annuncio evangelico[3]. La norma in essere evoca chiaramente come lo spirito del diritto canonico sia, prima di tutto, uno spirito di apertura all'altro e traduca in regole di condotta dotate di giuridicità l'esigenza di lasciarsi inebriare dalla fragranza di quell'albero in fiore sconosciuto – l'essere umano nella sua diversità – che riempie l'anima. Il dialogo con l'alterità – che le migrazioni portano con sé – deriva dall'esigenza tipica del diritto canonico di considerare la domanda esistenziale che riposa dentro l'uomo e dalla necessità di vedere nell'incarnazione di Cristo dentro l'umano la tensione verso una risposta – qualunque essa sia – che deve essere considerata con attenzione e sincerità[4].

Il diritto delle migrazioni diventa dunque, nella prospettiva canonistica, un reticolo di diritti ed obblighi chiamato a vedere nell'altro non solo un soggetto bisognoso di una particolare cura spirituale, ma soprattutto un altro-da-me che diventa un bene-per-me: un'immagine dell'incarnazione che esige il riconoscimento di una soggettività – anche giuridica[5].

Queste intuizioni mi sono state confermate dal pensiero sul tema di uno dei più grandi canonisti del '900: Eugenio Corecco. E' evidente – nel pensiero del Maestro ticinese – un duplice passaggio che è tradizionale in tutta la storia del rapporto tra diritto canonico e migrazioni: da un lato l'esperienza giuridica della Chiesa cattolica si pone – per Corecco – come strumento fondamentale diretto a regolamentare le forme e la struttura dell'assistenza pastorale ai fedeli migranti, giacché essa disciplina concretamente le modalità per far arrivare alle membra della Chiesa-Corpo mistico di Cristo che si trovano costrette ad abbandonare la loro terra per motivi di lavoro, ovvero in seguito a eventi bellici, a persecuzioni politiche o razziali, a cataclismi, "i mezzi di salvezza istituiti

---

[3] Cfr. Crescenzio Sepe, *Il diritto missionario della Chiesa: evangelizzazione e dialogo interreligioso*, in: Ombretta Fumagalli Carulli (a cura di), *Il governo univesale della Chiesa e i diritti della persona*, Vita e Pensiero, Milano 2003, pp. 335-347; Geraldina Boni, *Il Codex Iuris Canonici e le culture*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, settembre 2009, *www.statoechiese.it,* spec. pp. 63 ss.

[4] Sul rapporto migrazioni – alterità cfr. Gaetano Parolin, *Chiesa postconciliare e migrazioni: Quale teologia per la missione con i migranti*, Università Gregoriana, Roma, 2010, spec. pp. 331 ss.

[5] Cfr. Piero Antonio Bonnet, *Comunione ecclesiale, migranti e diritti fondamentali*, in Pontificio Consiglio della Pastorale per i Migranti e gli Itineranti (a cura di), *Migrazioni e diritto ecclesiale. La pastorale della mobilità umana nel nuovo Codice di Diritto Canonico*, Messaggero, Padova 1992, pp. 35 ss.

dal suo Fondatore"[6].

D'altra parte, la centralità del pensiero di Corecco nel rapporto tra diritto canonico e migrazioni deriva dall'ampia teorizzazione di quel "contemporaneo progressivo spostamento della responsabilità relativa alla cura pastorale dei migranti, in origine tutta incentrata sull'azione della Santa Sede"[7], alla responsabilità delle Chiese locali, con la conseguente necessità di definire – anche giuridicamente – il ruolo del fedele (chierico e laico) migrante entro la Chiesa particolare.

Eugenio Corecco ebbe ad occuparsi con una certa regolarità del rapporto tra diritto canonico e teologia pastorale delle migrazioni: i suoi contributi sul tema, benché non numerosi in senso assoluto, non costituiscono soltanto una riflessione (argomentata – come si dirà meglio in seguito – sulla base della relazione esistente tra diritto canonico e teologia pastorale) sul ruolo dei migranti nella società ecclesiale; essi rappresentano altresì una chiave ermeneutica di notevole importanza per approfondire il pensiero del canonista ticinese sulla questione dei processi di partecipazione del popolo di Dio – nella sua interezza – alla *potestas regiminis*[8].

Scopo di questo contributo è quello di mostrare come, nel pensiero del canonista ticinese, l'esperienza delle migrazioni provochi – nella Chiesa-istituzione – una riflessione di carattere teologico che muove a conseguenze pratiche tanto di carattere pastorale quanto di carattere giuridico. Di fronte a questa esperienza, risulta dunque palese l'idea centrale del pensiero di Corecco: il diritto canonico è scienza teologica, dal momento che si radica nel mistero della Chiesa[9], e costituisce una moralità di carattere istituzionale e vincolante *erga omnes* diretta alla salvaguardia della *communio*[10]. In quanto

---

[6] Josemaria Sanchis, *La pastorale dovuta ai migranti e agli itineranti. (Aspetti giuridici fondamentali),* in *Fidelium Iura*, 3 1993, p. 454.

[7] Settimio Carmignani Caridi, *Le Chiese italiane all'estero: gli italiani all'estero tra impegno pastorale della Chiesa e tutela statale del patrimonio culturale e religioso dei "Nazionali": il caso della Chiesa Italiana di Nostra Signora di Loreto in Lisbona*. In Eli Raad (a cura di), *Congrès International de droit canonique organisé par la Faculté de Droit canonique de l'Université La Sagesse, 20-25 septembre 2004 a la résidence Notre Dame du Mont-Adma, Liban : systeme juridique canonique et rapports entre les ordonnancements juridiques*, Publications Université La Sagesse, Beyrouth, 2008, p. 852.

[8] I contributi di Eugenio Corecco sul rapporto tra migrazioni, teologia pastorale e diritto canonico sono elencati puntualmente da Ernesto William Volontè, *L'emigrazione nella comunione ecclesiale. La riflessione di Eugenio Corecco, Vescovo di Lugano*, in Gian Piero Milano, Ernesto William Volontè (a cura di), *Per una convivenza tra i popoli*, Cantagalli, Siena, 2003, p. 148, nota 2.

[9] Con chiarezza, su questo passaggio, Chiara Minelli, *Rationabilitas e codificazione canonica*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 115 ss.

[10] Sul tema cfr., da ultimi, Gian Piero Milano, *Il diritto canonico come scienza teologica nel pensiero di Klaus Mörsdorf, Eugenio Corecco e nella canonistica contemporanea*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 3-4, 2016, pp. 279- 291; Romeo Astorri, *Ordinatio rationis e ordinatio fidei: la ricerca di un nuovo*

origine di tale moralità, il diritto canonico non può che essere prodotto ed interpretato alla luce dell'azione salvifica di Cristo, della sua incarnazione; ad esso va riconosciuta una valenza soteriologica che impone al legislatore ed all'interprete di relazionarsi – di fronte alla normatività – tenendo sempre in considerazione gli aspetti ecclesiologici e pastorali della disposizione giuridica, nel senso che quest'ultima non può mai essere immaginata in modo avulso dal dato teologico che ad essa preesiste ed in essa sussiste[11].

Corecco collaborò "a più riprese con l'Ufficio Centrale Emigrazione Italiana, in qualità di consulente teologico per le questioni riguardanti gli emigrati italiani e le chiese locali d'accoglienza"[12]: aveva dunque ben presente le sfide che la presenza di minoranze straniere pone sia da un punto di vista dell'evangelizzazione sia sotto il profilo della necessità di rispettare e garantire la diversità culturale come frutto del progetto di Dio e come necessaria conseguenza della comunione ecclesiale[13]. Il suo punto di partenza era dunque legato all'accoglienza degli immigrati italiani in Svizzera, e dunque all'esperienza di soggetti appartenenti (nella loro stragrande maggioranza) alla Chiesa cattolica e caratterizzati da una certa affinità con gli Svizzeri, benché dotati di un proprio bagaglio culturale ed identitario profondamente diverso rispetto a quello della maggioranza dei cattolici residenti nelle Chiese particolari di insediamento.

Il canonista ticinese iniziò a scrivere sul tema in anni in cui pareva esaurirsi l'azione di Schwarzenbach e le altre iniziative contro "l'eccesso degli

---

approccio al concetto di legge, ibid., pp. 293-306; Chiara Minelli, *Eugenio Corecco e la questione del metodo nel diritto canonico*, ibid., pp. 307-332.

[11] La Grazia (…) non è una semplice presenza personale esterna di Cristo, come nella concezione protestante, ne si identifica con Dio, come nella «theosis» ortodossa, ma è una realtà soprannaturale creata, infusa nell'uomo come qualità inerente della sua natura. In questa concezione teologica cattolica della Grazia creata si realizza con tutte le sue conseguenze il principio della «incarnazione». In effetti la Grazia increata penetra nella natura dell'uomo come Grazia creata, sanando l'uomo ontologicamente, così da renderlo capace di collaborare con Dio, per la propria salvezza, attraverso le opere della Legge. Ne consegue che anche il Diritto canonico diventa essenziale all'esperienza cristiana, ne più ne meno del dogma". (…) Poiché non esiste realtà più fortemente vincolante e imperativa del fatto che Dio si sia manifestato definitivamente, attraverso l'Incarnazione del Figlio, ne consegue che il diritto della Chiesa ha una forza vincolante più profonda rispetto al diritto secolare, poiché radicata non solo nel «ius divinum naturale» ma addirittura nel «ius divinum positivum» inerente alla Parola e al Sacramento. In forza del principio «incarnazione», nasce un rapporto ontologico di derivazione dello «ius humanum» dallo «ius divinum positivum» per cui il diritto della Chiesa, a differenza di quello secolare, derivante dallo «ius divinum naturale» non ha la pretesa di esigere un'obbedienza a livello etico solo intramondano anche a livello del destino ultimo e soprannaturale dell'uomo." Così Eugenio Corecco, *Il valore della norma canonica in rapporto alla salvezza. Prolusione per il conferimento della laurea honoris causa*, in *Il monitore ecclesiastico della diocesi di Lugano*, 98, 1994, pp. 320-327.

[12] Ernesto William Volontè, *Un congresso internazionale in memoria di Mons. Corecco*, in *Caritas Ticino*, 1, 2002, p. 8.

[13] Eugenio Corecco, *Le migrazioni nell'orizzonte del Regno*, in *Servizio Migranti*, 12, 1985, pp. 432 ss.

stranieri" provenienti dal Sud dell'Europa, che volevano limitare ad 1:10 il rapporto tra forestieri residenti e cittadini; il Consiglio federale cercò di reagire alle tensioni derivanti da tali iniziative adottando misure per stabilizzare il numero degli stranieri e promuovere l'integrazione. Fu così costituita la CFS (Commissione federale degli stranieri) che iniziò a formulare un insieme di proposte dirette a favorire l'integrazione, intesa come un progressivo avvicinamento e adattamento del non-cittadino alla cultura della Svizzera tramite l'assunzione di abitudini, costumi e usanze, e la "elvetizzazione" dei valori e della mentalità: ed è contro tale idea di integrazione globale che Corecco – nella prospettiva del rapporto tra diritto canonico e teologia pastorale – prende chiaramente posizione.

Va peraltro osservato che il pensiero del canonista ticinese è talmente ampio ed articolato da generare una serie di considerazioni che possono valere in generale per la teologia pastorale delle migrazioni, in particolare per ciò che riguarda la partecipazione dei migranti cattolici – qualunque sia il Paese dal quale essi provengono e qualunque sia la Nazione di loro insediamento – alle strutture di governo della Chiesa particolare. Le considerazioni di Corecco valgono anche quando i nuovi residenti – che dal 1990 trasformano in modo assai incisivo la società svizzera – vengono dalle terre della ex-Jugoslavia, dall'Africa, dal Medio Oriente, e portano con sé un bagaglio culturale assai diverso da quello dei Südländer contro cui si era scagliato Schwarzenbach: si tratta di individui che – pur appartenendo in alcuni casi alla fede cattolica – non sono in grado di parlare neppure una delle quattro lingue nazionali.

Più in generale, il contributo di Corecco si preoccupa in primo luogo di specificare quali sono le condizioni ed i limiti in base a cui si possa tutelare (giuridicamente, oltre che teologicamente) l'identità culturale dei cattolici migranti[14]; in un secondo momento, il canonista ticinese muove dalla necessità di garantire questa identità per costruire un'articolata critica della possibilità di creare strumenti di partecipazione dei migranti alla vita ecclesiale fondati sulla democratizzazione delle strutture di governo[15], ed infine egli si dedica a costruire una vera e propria teoria generale dell'identità ecclesiologica del fedele laico migrante, in cui la riflessione scientifica intorno a questa realtà della Chiesa viene svolta con princìpi e criteri di fede[16]. È da tali princìpi e criteri che – secondo Corecco – scaturisce la regolamentazione giuridica delle

---

[14] Eugenio Corecco, *Considerazioni teologiche sul tema "Emigrazione è cultura",* in *Servizio Migranti*, 17, 1981, pp. 106 ss.

[15] Eugenio Corecco, *Le migrazioni nell'orizzonte del Regno*, cit., pp. 432 ss.

[16] Eugenio Corecco, *Cultura moderna e rievangelizzazione in Svizzera*, in AA. VV., *La Chiesa in Europa e la nuova evangelizzazione*, Pella, Novara 1992, pp. 9-21.

migrazioni all'interno dell'ordinamento canonico. Detta regolamentazione è frutto di una dimensione ontologica: "i migranti, vivendo la memoria della loro propria tradizione culturale cristiana, immettono nella tradizione cristiana propria della Chiesa ospite la ricchezza della loro propria tradizione (…) nel modo in cui il Vangelo si è inculturato"[17]. Tale regolamentazione non può essere correttamente intesa se non viene individuata come comando derivante dalla fede e dalla grazia; essa non risponde perciò ad una necessità politico-sociologica, ma è posta come strumento diretto alla santificazione dell'uomo – nel senso di renderlo un prisma capace di mostrare, per dirla con Adrienne Von Speyr[18], la luce di Dio e la sua centralità nell'esistenza terrena.

Come si accennava, il punto di partenza della riflessione di Corecco è il riconoscimento del diritto fondamentale dei migranti alla propria identità culturale.

Partendo dalla considerazione che la pluralità linguistica e culturale è inserita all'interno del disegno della Creazione, il canonista ticinese evidenzia come – in nome del principio di immanenza, che postula l'inseparabilità degli elementi costitutivi della realtà ecclesiale – le minoranze "non solo devono essere protette e salvate, ma devono essere valorizzate come elemento costitutivo della coscienza sociale delle maggioranze (…) autoctone"[19]. In altre parole, la realizzazione della *communio* all'interno della Chiesa particolare in cui i migranti si inseriscono vieta non solo qualunque forma di assimilazionismo delle minoranze, ma impone – tanto a livello di strutture giuridiche quanto a quello liturgico e teologico-pastorale – il pieno rispetto del diritto dei nuovi dimoranti di essere se stessi, ovvero di mantenere i caratteri fondamentali della propria cultura (con i limiti – immanenti, come si vedrà in seguito, nel principio della communio derivanti dal rispetto del diritto divino e del diritto umano universale).

Ma c'è di più. La necessità di realizzare pienamente la *communio* – concetto su cui torneremo più avanti - impone addirittura la valorizzazione dell'identità delle minoranze. Il diritto di essere se stessi, ovvero di portare il proprio bagaglio identitario dentro la comunità di nuova residenza non si sostanza in una mera situazione giuridica che garantisce di non essere turbati nell'esercizio della propria dimensione culturale: esso comporta l'obbligo – per maggioranze e minoranze – di porsi in una relazionalità dialogica capace di aprirsi

---

[17] Ernesto William Volontè, *L'emigrazione nella comunione ecclesiale. La riflessione di Eugenio Corecco, Vescovo di Lugano*, cit., p. 159.

[18] Adrienne Von Speyr, *Mistica oggettiva*, II ed., Jaca Book, Milano, 1989, pp. 250 ss.

[19] Eugenio Corecco, *Le migrazioni nell'orizzonte del Regno*, cit., p. 433

reciprocamente alla diversità dell'altro[20].

2. *La questione della partecipazione dei migranti alla vita delle Chiese particolari in cui si insediano*

Questa relazionalità dialogica è elemento fondamentale della partecipazione del fedele migrante alla vita della comunità che lo accoglie; essa discende dalla pari dignità di ogni fedele in Cristo, determinata dal battesimo e strutturata – teologicamente e giuridicamente – in quella *communio* cui abbiamo fatto cenno e sulla quale conviene brevemente tornare.

Scrive Corecco: "la Chiesa particolare realizza nel suo seno quella universale accogliendo e assimilando nel proprio tessuto originale l'identità di fede delle minoranze etniche, al punto da cambiare la propria coscienza particolaristica e fare con esse una esperienza di unità ad un livello superiore, più universale". E a loro volta "le minoranze etniche, vivendo la memoria della propria tradizione culturale cristiana, non devono isolarsi, creando una Chiesa marginale nella Chiesa particolare di arrivo"[21].

Questa esperienza di unità è essenzialmente esperienza di condivisione. L'esperienza della *communio* è infatti prima di tutto riconoscimento della comune appartenenza di tutti i cristiani al Mistero che li salva, per cui non possono esistere barriere di carattere etnico-culturale ad una convivenza che rappresenta "il sacramento attraverso il quale si realizza già su questa terra la liberazione dell'uomo", sino ad anticipare la salvezza escatologica[22]. La realtà dell'Incarnazione di Cristo, posseduta da tutti gli uomini – a prescindere dalla diversità culturale, etnica, nazionale[23] – non può che portare ad un atteggiamento nuovo nei confronti dell'altro: il quale non può essere considerato un "diverso" da integrare attraverso la nullificazione della cultura di origine, quanto piuttosto un fratello con il quale camminare assieme, in atteggiamento di apertura nei confronti della sua irripetibile ed unica identità relazionale nei

---

[20] Cfr. Libero Gerosa, *Carismi e movimenti ecclesiali: una sfida per la canonistica postconciliare*, in *Periodica de re canonica*, 63, 1993, pp. 420 e 424; secondo Gerosa la partecipazione alla *communio* permette a ognuno di riscoprire la «strutturale relazionalità della sua persona, come una determinazione ontologica dell'esistenza umana.»

[21] Eugenio Corecco, *Le migrazioni nell'orizzonte del Regno*, cit., p. 434.

[22] Antonio Rouco Varela, Eugenio Corecco, *Sacramento e Diritto: Antinomia nella Chiesa?*, Jaca Book, Milano, 1971, p. 60.

[23] Cfr. Eduardo Baura, *Movimientos migratorios y derechos de los fieles en la Iglesia*, in *Ius Canonicum*, 43, 2003, pp. 57 ss., il quale ricorda le parole di S. Giovanni Paolo II secondo il quale nella Chiesa nessuno è straniero.

confronti del Mistero, un'occasione di condivisione delle proprie domande esistenziali e delle questioni che impregnano il reale[24].

L'uguaglianza ontologica di tutti i *christifideles*, radicata nel battesimo, derivante dal principio del rispetto della (uguale) dignità della persona umana e della corresponsabilità nell'edificazione del corpo di Cristo[25], non comporta pertanto solo un divieto di discriminazione (ossia di un trattamento deteriore) fondato sulla cultura, ma giunge fino al diritto/dovere di trattare con eguale considerazione e rispetto ogni individuo facente parte del popolo di Dio. Oltre al valore intrinseco dell'essere umano in quanto tale, dalla prospettiva di Corecco – la quale troverà esplicito riconoscimento e recezione nel dettato del canone 208 del Codex giovanneo-paolino – deriva dunque il diritto ed il dovere di ogni persona – a prescindere dalla sua cultura – a fornire un'attiva collaborazione all'edificazione del Regno di Dio: collaborazione che non può che essere illuminata dal principio 'personalista', ovvero dalla capacità di esercitare questa edificazione portando integralmente se stessi, ciascuno con la propria identità ed i propri carismi. In quest'ottica, la visione della Chiesa come realtà di comunione e corresponsabilità, come sacramento di salvezza in cui tutti i fedeli sono chiamati ad operare – con uguale dignità, nella diversità di funzioni – per il raggiungimento della finalità di "realizzare nell'umanità l'amore che il Padre attraverso Cristo ha riversato in essa, cioè la sua santità"[26] ha contribuito in modo decisivo a rafforzare la visione della dimensione gerarchico-istituzionale entro la prospettiva della *diakonia*, ovvero dell'esercizio del potere come servizio diretto a "provvedere all'esigenza dei fedeli per guidarli alla salvezza"[27]: una *diakonia* che il nuovo codice estenderà espressamente anche ai laici in forza di quanto prescritto dal can. 129 par. 2. Si realizza così la funzione strumentale-unitiva del Diritto canonico: realizzare la comunione anche attraverso lo strumento giuridico e la valorizzazione dell'uguaglianza nella diversità entro la totalità delle dimensioni costituenti l'esistenza umana[28]. Tanto la dimensione intima-personale quanto

---

[24] Insistono di recente sulla capacità costruttiva dei migranti entro la Chiesa, nel senso del contributo che essi posasono portare all'apertura al Mistero e – di conseguenza – alla necessità di una interrelazionalità tra le diverse identità presenti nella comunità Renato Coronelli, *La cura pastorale dei migranti nella Chiesa particolare*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 21, 2008, p. 33, e Luigi Sabbarese, *Girovaghi, migranti, forestieri e naviganti nella legislazione ecclesiastica*, Urbaniana UP, Città del Vaticano, 2006, pp. 10 ss.

[25] Cfr. Juan Ignacio Arrieta, *Fondamenti della posizione giuridica attiva dei laici nel diritto della Chiesa*, in: AA.VV., *I laici nel diritto della Chiesa*, LEV, Città del Vaticano, 1987, p. 43.

[26] Giampietro Ziviani, *La Chiesa madre nel Concilio Vaticano II*, Gregoriana, Roma, 2001, p. 406.

[27] Ombretta Fumagalli Carulli, *Il governo universale della Chiesa e i diritti della persona*, cit., p. 145

[28] Cfr. Eduardo Baura, *Movimientos migratorios y derechos de los fieles en la Iglesia*, cit., pp. 57 ss.

quella sensibile-sociale trovano piena realizzazione attraverso l'autorità della Parola e del Sacramento, la quale diventa uno strumento di Grazia necessario per la realizzazione della *salus animarum*[29].

Di qui, secondo Corecco, l'esigenza di proporre una teologia pastorale "non impostata sulla diversità culturale in quanto tale, quanto piuttosto sulla evangelizzazione delle rispettive culture"[30]: il canonista ticinese sembra dunque proporre il modello di una pastorale inclusiva e non discriminante, diretta a costruire una Chiesa particolare che è lievito per la società e testimonianza dell'avvenimento di Cristo, capace di strappare gli individui dalla mondanità propria del particolarismo culturale. Tutti i cattolici, autoctoni o migranti che siano, devono costruire una comunione di vita capace di far innamorare del fatto cristiano: essere una cosa sola, perché il mondo creda, senza che esistano dominati o dominatori sotto il profilo dell'identità culturale. È evidente – in questa prospettiva – il rapporto tra teologia della missione e opera missionaria: una pastorale che non annulla, ma valorizza le differenze è uno strumento ideale per preparare ogni membro del popolo di Dio alla vocazione missionaria che gli è propria[31].

L'esperienza di comunione che struttura il rapporto tra migranti ed autoctoni non ha – però – solo una dimensione teologica. A quest'ultima è infatti strettamente connessa una prospettiva giuridico-istituzionale: la quale si concretizza in una strutturazione sociale che assume forme giuridiche, o meglio si concretizza entro il reale secondo la dimensione del diritto, tanto di produzione divina quanto di produzione umana.

È appena il caso di accennare a quei diritti fondamentali del fedele migrante che discendono da questa visione della *communio* come radice della loro partecipazione alla vita delle Chiese particolari in cui essi si insediano: diritti che si concretizzano – come corollario del principio di non-discriminazione nel diritto di ricevere i beni spirituali, di esercitare il culto divino secondo il proprio rito, di ricevere un'educazione cristiana secondo la propria lingua e cultura[32]. Sabbarese – che scrive oltre trent'anni dopo Corecco in una prospettiva normativa illuminata non solo dal Codice piano-benedettino ma anche da nuovi documenti magisteriali specifici sulla questione del rapporto tra Chiesa cattolica e migra-

---

[29] Antonio Rouco Varela, Eugenio Corecco, *Sacramento e diritto: antinomia nella chiesa?*, cit., p. 61-62.

[30] Eugenio Corecco, *Le migrazioni nell'orizzonte del Regno*, cit., p. 434.

[31] Cfr. Francesco Pavese, voce *"Vocazione missionaria",* in AA.VV., *Dizionario di Missiologia*, Dehoniane, Bologna, 1993, pp. 541 ss.; Natale Loda, *Il rapporto di complementarietà tra il can. 784 del CIC e il can. 589 del CCEO nell'individuazione della figura del missionario*, in *Ius Missionale*, 5, 2011, pp. 61-67.

[32] Luigi Sabbarese, *Costruire una Chiesa "differente" nella cura pastorale dei migranti*, cit., p. 164.

zioni – aggiunge a queste situazioni giuridiche soggettive il diritto di ricevere una pastorale specifica[33]: in merito a questo diritto, va tuttavia osservato che lo studioso svizzero aveva espresso alcune considerazioni critiche.

Il canonista ticinese infatti insiste in modo assai incisivo sui doveri del fedele migrante, che fanno da *pendant* a quel diritto al rispetto della propria cultura che abbiamo visto in precedenza, tra i quali spicca il dovere di non isolarsi, di non creare una Chiesa marginale dentro la Chiesa locale, fondata su quelle che vengono chiamate "rivendicazioni sindacali": il dovere, in altre parole, di rigettare un particolarismo identitario alla ricerca di una rappresentazione ecclesiale, e di impegnarsi per costruire un'esperienza di Chiesa realmente includente ed inclusiva[34].

Sorge dunque la questione relativa alle modalità con cui la pastorale specifica può armonizzarsi con questo dovere: da questo punto di vista, De Paolis evidenzia come – nell'ottica della Costituzione Apostolica *Exsul Familia*, pubblicata da Pio XII il 1 agosto 1952 – l'assistenza con cura pastorale specifica debba essere "considerata (…) come qualche cosa di straordinario che deve cessare quanto prima", e dunque come una situazione legata ad un'emergenza linguistica ed esistenziale che impedisce la costruzione di una concreta comunionalità tra antichi e nuovi residenti[35].

Questo quadro teorico non sembra modificato dall'attuale canone 568 CJC, in forza del quale la costituzione di cappellani specifici è riservata a beneficio di coloro che non possono usufruire, per la loro situazione di vita, della cura ordinaria dei parroci: l'espressione "non possono" indica un'impossibilità assoluta, che si collega a condizioni esistenziali specifiche quali l'ignoranza della lingua o la detenzione in centri di accoglienza, che tuttavia è destinata ad essere stato transitorio ed eccezionale e non certo regola di vita[36].

Più complessa appare la questione del rapporto tra migrazioni e costituzione di parrocchie personali ex can. 518 CJC. È ben noto che i testi conciliari che si occupano direttamente e principalmente della parrocchia sono l'art. 42 della Costituzione *Sacrosanctum Concilium* sulla liturgia, l'art. 30 del Decreto *Christus Dominus* sull'ufficio pastorale dei Vescovi nella Chiesa e – infine – l'art. 10 del Decreto *Apostolicam Actuositatem* sull'apostolato dei laici. Sulla base delle citate disposizioni, la dottrina ha evidenziato come la definizione

---

[33] Luigi Sabbarese, *Costruire una Chiesa "differente" nella cura pastorale dei migranti*, ibid.

[34] Eugenio Corecco, *Chiesa locale e partecipazione nelle migrazioni*, in AA. VV., *Chiesa italiana e migrazioni estere e interne,* Ucei Servizio Migranti, Roma, 1978, pp. 48 ss.

[35] Velasio De Paolis, *La Pastorale dei Migranti e le sue Strutture secondo i Documenti della Chiesa*, in *People on the Move*, 87, 2001, pp. 133-170

[36] Velasio De Paolis, *Chiesa e Migrazioni*, Urbaniana, Roma, 2005, pp. 28 s.

ecclesiologico-giuridica di parrocchia che si ricava dai documenti conciliari sia la seguente: una comunità di fedeli guidata da un presbitero, legata alla Chiesa particolare da una relazione di appartenenza che si esprime attraverso l'obbedienza dei soggetti che ne fanno parte all'autorità del Vescovo[37].

Il rapporto essenziale in cui si sviluppa l'azione salvifica e pastorale della Chiesa – all'interno della parrocchia – è dunque dato dal rapporto tra comunità (di fedeli in Cristo), Chiesa particolare in cui questa è inserita, e parroco – quale *pastor proprius* legato all'esercizio dei *munera* connessi all'ufficio che gli è stato affidato, con diritti ed i doveri che quest'ultimo ha nei confronti della legittima autorità del proprio Ordinario[38].

Questa definizione è sostanzialmente ripresa dal canone 515 CJC; vale la pena soffermarsi, a questo punto su due elementi: la questione del territorio della parrocchia ed il rapporto esistente tra Ordinario e membri (laici e chierici) della comunità parrocchiale.

Quanto all'omissione di un preciso richiamo al territorio, essa non può essere casuale, né derivare dall'idea che possano esistere parrocchie senza una specifica struttura spaziale. È evidente che il legislatore del 1983 ha inteso sottolineare una certa discontinuità con il canone 216 del CJC 1917; mentre quest'ultima norma era incentrata su un'idea strettamente geografica dello spazio fisico entro cui si estende la parrocchia, il codice giovanneo-paolino enfatizza la dimensione di comunità della realtà parrocchiale[39]. Tale dimensione deve svilupparsi oltre l'idea di una fossilizzazione storica dei confini che – nella storia – hanno delimitato l'autorità di un parroco: come afferma l'esortazione post-sinodale *Christifideles laici*, la parrocchia non è principalmente una struttura, un territorio, un edificio; è piuttosto "la famiglia di Dio, come una fraternità animata dallo spirito d'unità", è "una casa di famiglia, fraterna ed accogliente", è la "comunità di fedeli". In definitiva la parrocchia è fondata su una realtà teologica, perché essa è una comunità eucaristica. Ciò significa che essa è una comunità idonea a celebrare l'Eucaristia, nella quale stanno la radice viva del suo edificarsi e il vincolo sacramentale del suo essere in piena comunione con tutta la Chiesa. Tale dimensione comunitaria impone di trovare – nel tempo – le forme e le dimensioni spaziali più idonee perché il rapporto tra comunità, Chiesa particolare in cui la parrocchia è inserita, e

---

[37] Cfr. Gianfranco Ghirlanda, *Il Diritto nella Chiesa, mistero di Comunione*, Gregoriana, Roma, 2015, p. 45.

[38] Cfr. Marian Zurowski, *'Communio Ecclesiarum'. L'uomo nella communità ecclesiale delle comunità*, in *Ius Canonicum,* XVII, 33, 1977, pp. 209-222, spec. pp. 213 ss.

[39] Alphonse Borras, *La parrocchia. Diritto canonico e prospettive pastorali*, Dehoniane, Bologna, 1997, p. 33.

parroco possa fiorire e svilupparsi nel modo ottimale: perché possa essere pienamente "segno" e "strumento" della vocazione di tutti alla comunione. In una parola, la parrocchia deve essere la casa aperta a tutti e al servizio di tutti o, come amava dire il papa Giovanni XXIII, la fontana del villaggio alla quale tutti ricorrono per la loro sete (n. 27).

È evidente che l'area in cui tale funzione deve essere esercitata dipende dalle circostanze storiche in cui il popolo di Dio si trova a vivere: il territorio, nella prospettiva del codice giovanneo-paolino è uno spazio umano (sociale, religioso, economico), oltre che geografico, ed è proprio all'interno dell'umanità dello spazio che essa deve essere pensata e strutturata.

Questa dimensione comunitaria della parrocchia – che agisce dentro uno spazio delimitato dalle esigenze dell'uomo e non del geografo – impone di coordinare i diversi carismi, ministeri e servizi che esistono al suo interno in ordine al conseguimento del fine della salvezza delle anime, *suprema lex* dell'ordinamento canonico.

Il ruolo del parroco è fondamentale in questa opera di coordinazione: egli, in virtù delle funzioni di insegnare, santificare e governare, agisce in nome proprio ma sempre sotto l'autorità del Vescovo diocesano e con la collaborazione del presbiterio e degli altri fedeli. Per cui, così come la parrocchia è "segno" e "strumento" della vocazione di tutti alla comunione, così il parroco è "segno" e "strumento" della comunione tra il Vescovo ed il suo popolo, tra il pastore ed il suo gregge. Questa comunione è l'unico modo possibile per intendere non solo il rapporto tra *ordo* e *plebs* all'interno della Costituzione della Chiesa post-conciliare, ma anche per entrare pienamente nella logica dell'autorità esercitata come diaconia e servizio.

Di conseguenza, nella prospettiva di Eugenio Corecco, la questione dell'edificazione della *communio* nel rapporto tra migranti e Diocesi di accoglienza non può ignorare lo strumento della creazione di parrocchie personali, laddove queste non costituiscano dei mondi interclusi, ma vivano pienamente la loro dimensione di comunionalità con la Diocesi e la Chiesa universale: a questo proposito non si può sottovalutare il canone 529 par.2 del CJC, che – oltre ad evidenziare i doveri del parroco – sottolinea il ruolo dei fedeli laici, i quali – lungi dall'essere considerati soggetti passivi di attività missionaria – debbono diventare protagonisti dell'animazione missionaria e dunque capaci – anche in queste realtà personali – di mettersi a servizio dell'annuncio dell'Evangelo[40].

C'è tuttavia un'altra suggestione che deriva da questa impostazione teologico-canonistica: ed è quella relativa alla condizione del fedele chierico

---

[40] Christoph Hegge, *Per una pastorale del futuro. Le nuove comunità spirituali in prospettiva pastorale e canonica*, in Id. (ed.), *La Chiesa fiorisce*, Città Nuova, Roma, 2006, pp. 114 ss.

migrante. Migrante nel senso che presta servizio in cooperazione missionaria presso una diocesi diversa da quella in cui è incardinato e non appartenente alla stessa conferenza episcopale, oppure vive in un Paese diverso da quello in cui si trova la sua diocesi di incardinazione per motivi di studi ovvero di protezione umanitaria.

Se la Conferenza Episcopale italiana ha mostrato un certo attivismo sia nell'elaborazione di modelli di convenzione per rendere effettivo il processo di cooperazione missionaria (stabilendo altresì il diritto – per i sacerdoti stranieri che prestano servizio in una diocesi italiana – all'inserimento nel sistema di sostentamento del clero secondo i parametri correnti, alla iscrizione nel Fondo dell'Inps per la previdenza del clero e l'assistenza medica ed ospedaliera fornita dal Servizio sanitario nazionale), risulta particolarmente vicino all'insegnamento di Eugenio Corecco quanto stabilito dalla CEI nella Circolare di aggiornamento inviata da Mons. Crociata sul tema dei presbiteri non italiani operanti nella pastorale nel nostro paese in data 15 marzo 2013. In tale sede, "pur riconoscendo nei confronti dei migranti il dovere dei Vescovi di provvedere adeguatamente, con tutta premura, alla loro assistenza spirituale (cfr. *Christus Dominus*, n. 18)", Mons. Crociata raccomandava di evitare "una pastorale parallela della comunità etnica, a favore invece di una pastorale della comunità etnica propedeutica alla vita della parrocchia e della Chiesa locale", e nello stesso tempo di evitare "il rischio di un impegno occasionale o limitato e una sorta di fenomeno rinnovato di *clerici vagantes*, che curino soltanto l'aspetto celebrativo e sacramentale dei connazionali, a scapito di un cammino di evangelizzazione e di iniziazione cristiana". È del tutto evidente che queste disposizioni, unitamente all'obbligo di formazione linguistica e pastorale del presbitero straniero ed al divieto di stipulare accordi di cooperazione a tempo indeterminato, mirano a creare un regime fondato sulla strumentalità tra il ruolo del fedele chierico migrante e la creazione di una struttura ecclesiale non parcellizzata su base etnica, quanto piuttosto strutturata su una reciproca comunicazione interculturale tra *ordo* e *plebs* diretta alla creazione di quella compagnia tra i fedeli in Cristo che – attraverso l'apertura alla diversità dell'umano – riesce a trasformare in desiderio il bisogno del rapporto comunionale con Dio[41]. Per cui la realizzazione di questa compagnia non può passare da una settarizzazione dell'esperienza di incontro, ma passa – necessariamente

[41] Cfr. Massimo Del Pozzo, *La struttura "ordo-plebs" cardine del sistema costituzionale canonico*, in *Ius Ecclesiae*, 26, 2014, pp. 27 ss. Secondo Del Pozzo, "Solo una realtà di comunione (unità nella varietà) in cui si attualizza la ripresentazione sacramentale di Cristo Signore può infatti fornire l'accesso al patrimonio salvifico. Ciò implica anche che le comunità gerarchiche più che soggetti di potere sono organi di amministrazione e coltura dei beni salvifici".

– dalla partecipazione dell'individuo – qualunque sia la sua identità culturale – alla costruzione del corpo mistico di Cristo.

3. *Partecipazione dei migranti: quale democratizzazione della Chiesa alla luce del rapporto tra Chiesa universale e chiesa locale?*

La questione della partecipazione è strettamente legata a quella della sua dimensione istituzionale: nel senso che tra le modalità di attuazione di quanto previsto dal canone 529 § 2 vi è senz'altro la valorizzazione di quegli organi di espressione della sinodalità che – per dirla con Corecco – garantiscono l'aderenza ecclesiale del giudizio del Vescovo al contesto di fede, del Popolo di Dio, dando ad esso piena legittimità. Se infatti – afferma il canonista ticinese – "l'intervento del Vescovo si realizzasse prescindendo dal contesto in cui deve inserirsi emergendo dalla comunione", esso non solo sarebbe "astratto sociologicamente, ma si dimostrerebbe anche estraneo alla dinamica teologica vitale della Chiesa. Potrebbe risultare solo un atto di potere determinato da una logica mondana."[42]

La necessità costituzionale degli organi di espressione della sinodalità e la funzione di questi ultimi alla concreta realizzazione della *communio* spingono peraltro Eugenio Corecco ad affrontare con chiarezza la questione della rappresentanza (e – potremmo dire – della rappresentatività) dei laici al loro interno, con particolare riferimento alla situazione dei fedeli laici migranti.

Quello che al canonista svizzero sta maggiormente a cuore è evidenziare come la dinamica di cooperazione all'edificazione della *communio* – che abbiamo visto essere frutto di una relazione biunivoca di reciproca accoglienza, comportante un'opera di edificazione comune sul terreno della diversità culturale – non possa passare da "quote riservate" all'interno degli organismi di espressione della partecipazione dei laici al *munus regendi*.

Corecco è fedele alla sua visione della sinodalità come strumento ontologicamente necessario al corretto strutturarsi della comunione ecclesiale e dell'organismo assembleare consultivo come espressione della dinamica di relazione tra i diversi soggetti del popolo di Dio; dinamica di relazione non diretta a costruire una limitazione del potere proprio di chi è titolare del *munus regendi*, quanto piuttosto a manifestare il *sensus fidei* ed i carismi presenti nella comunità come strumenti di realizzazione piena dell'intima unione con

---

[42] Eugenio Corecco, *Partecipazione e democrazia nella Chiesa particolare*, in *La Chiesa di fronte al problema delle migrazioni. Raccolta di scritti ecclesiologici di Eugenio Corecco*, Supplemento redazionale di *Servizio Migranti*, 2, 2005, pp. XXI s.

Dio e dell'unità di tutto il genere umano in Cristo[43].

Di qui, l'insistenza sull'impossibilità di risolvere la questione della partecipazione dei migranti agli organi istituzionali in cui si esprime la sinodalità entro il solo perimetro di una sorta di rappresentatività fine a se stessa; il rispetto della cultura dei fedeli migranti passa – prima di tutto – da un'autentica esperienza di Chiesa. In questa prospettiva, è particolarmente illuminante il passo in cui Corecco afferma che "la democrazia in quanto tale (…) è radicalmente incapace di generare Chiesa, perché fondata non sulla comunione ma su un rapporto di forze."[44]

D'altra parte, il fatto che la Chiesa-sacramento – segno e strumento di salvezza – riposi sul principio pneumatico ed abbia lo scopo di preservare la natura della Parola in modo che essa sia custodita e correttamente interpretata nella storia ha sempre messo in secondo piano la questione della rappresentatività democratica all'interno delle sue istituzioni. Se la teoria del sacerdozio comune dei fedeli ha indubbiamente cancellato la dicotomia insita nella teoria dei *duo genera christianorum*, è altrettanto vero che l'unico modo di vivere la Grazia sovrabbondante di Cristo nel rapporto di relazionalità istituzionale che entro la Chiesa si genera è quello del rispetto del principio gerarchico che è insito nel rapporto tra potestà di ordine e potestà di giurisdizione[45].

È indubbio che – nella Chiesa – l'esercizio del potere debba strutturarsi secondo una prospettiva di *diakonia*, per cui esso non può costituire un mezzo per costruire o rinsaldare delle finalità di ordine temporale, ma una condizione giuridica capace di ottimizzare le possibilità – per alcuni *christifideles* – di adempiere il loro servizio *pro bono Ecclesiae*[46]. È tuttavia altrettanto indubbio che tale potere non discende da un meccanismo di sovranità popolare espressa attraverso il meccanismo della rappresentanza, ma da una prospettiva sacramentale e carismatica che non ammette soluzioni di compromesso capaci di ledere o mettere in pericolo il patrimonio dogmatico su cui si fonda l'istituzio-

---

[43] Eugenio Corecco, *Parlamento ecclesiale o diaconia sinodale?*, in *Communio*, 1, 1972, pp. 32-44.

[44] Eugenio Corecco, *Chiesa locale e partecipazione nelle migrazioni,* cit.

[45] Eugenio Corecco, *Parlamento ecclesiale o diaconia sinodale?*, cit. Nota in proposito M. Miele che "talvolta, si ha la sensazione, per una certa disinvoltura nell'usare come identici i concetti di rappresentanza e di rappresentatività. Con ciò non si teneva adeguato conto della diversa natura dei rapporti motivati in termini di democrazia rappresentativa rispetto a quelli fondati su base sacramentale, sulla cui ontologia tanto insistette Eugenio Corecco nel parlare sia della sinodalità ecclesiale che degli organismi partecipativi espressione della stessa." Manlio Miele, *Papa Francesco e gli sviluppi recenti del metodo sinodale*, in *Jus-online*, 1, 2015, p. 8.

[46] Cfr. Emma Graziella Saraceni, *"Caritate in vigilando": Prime osservazioni sul Motu proprio "Intima Ecclesiae Natura"*, in Geraldina Boni (a cura di), *"Recte Sapere": Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*, I, Giappichelli, Torino, 2014, spec. pp. 614 ss.

ne o la relazionalità di comunione in Cristo dei suoi membri[47].

Non può sfuggire a chi legge queste pagine il richiamo a quanto Joseph Ratzinger scriveva nel 1970 a proposito della democrazia nella Chiesa: il popolo di Dio non è chiamato a decidere sulla verità secondo la dialettica tra minoranze e maggioranze, ma si costituisce secondo la categoria del "raduno anamnestico": è un insieme di persone accomunate dal ricordo, dal fare memoria dell'incarnazione di Cristo e del suo sacrificio per la salvezza dell'uomo. La struttura della partecipazione è pertanto quella della fedeltà alla tradizione di questo ricordo, e l'istituzionalizzazione di tale fedeltà non può passare dal principio di rappresentatività, quanto piuttosto da quello della rappresentazione: occorre essere partecipi della forza del messaggio originario, non destrutturarne la portata secondo la necessità – tutta umana – della dialettica tra diverse visioni del mondo[48].

L'identità ecclesiologica del fedele laico migrante non è dunque strutturata secondo la rappresentazione della sua dimensione culturale entro l'assemblea, ma si configura come un'indole secolare peculiare, in cui il rapporto di comunione si nutre del dialogo con l'alterità nella reciproca apertura. Se – come afferma Corecco – la secolarità è "l'elemento che garantisce alla Chiesa il nesso strutturale con l'economia della creazione, cioè con la natura e la storia"[49], il fedele laico migrante vive in rapporto redentivo con il mondo dentro il mondo attraverso il suo vissuto; in quest'ottica, l'esperienza della migrazione incarna un momento peculiare della storia della salvezza individuale, ed è occasione per rileggere la propria esperienza di vita come una dinamica attraverso la quale Dio bussa al cuore dell'uomo. L'avvenimento cristiano investe non solo l'evento-migrazione, trasformandolo in un'esperienza di redenzione, ma anche il vissuto culturale, il quale diventa soggetto ad una intima trasformazione mediante l'integrazione nel messaggio evangelico: tale irrompere dell'evento cristiano dentro il vissuto della migrazione e dell'esperienza culturale che la precede impone – per usare le parole di Benedetto XVI – "un inserimento integrale di migranti, richiedenti asilo e rifugiati nel nuovo contesto socio-culturale, (…) fino alla piena partecipazione alla vita della comunità ecclesiale locale"[50]. La vera integrazione va pertanto di pari passo con la creazione di

---

[47] Eugenio Corecco, *Struttura sinodale o democratica della Chiesa particolare?*, in Horacio Santiago Otero (a cura di), *Miscellanea en honor de Juan Becerril y Antón Miralles*, Revista de Occidente, Madrid, 1974, pp. 269 ss.

[48] Joseph Ratzinger, *Democratizzazione della Chiesa?,* in Joseph Ratzinger - Hans Maier, *Democrazia nella Chiesa. Possibilità, limiti, pericoli*, Paoline, Roma, 1971, pp. 5 ss.

[49] Eugenio Corecco, *L'identità ecclesiologica del fedele laico*, in Id., *Ius et Communio,* II, Piemme, Casale Monferrato, 1997, p. 366.

[50] Benedetto XVI, *Messaggio per la 99ª Giornata Mondiale del Migrante e del Rifugiato* 2013 (12

un'autentica comunione spirituale, fondata sulla valorizzazione della diversità in un continuo dialogo, e non sullo sterile arroccamento identitario e particolaristico.

4. *L'identità ecclesiologica del fedele laico migrante*

In conclusione, partendo da questa prospettiva non possiamo dimenticare il rapporto tra migranti e Motu proprio *Ubicumque et semper*, con il quale nel 2010, Benedetto XVI ha istituito il Pontificio Consiglio per la promozione della nuova evangelizzazione. Tante diverse tradizioni religiose si mischiano, a seguito delle migrazioni, in Paesi di antica tradizione cristiana che – tuttavia – appaiono sempre più secolarizzati. In questo contesto il fenomeno migratorio chiama – ex can. 787 par.1 CJC - al dialogo sincero anche come strumento, per i fedeli in Cristo, per ritrovare le motivazioni della propria fede: il dialogo non è solo uno strumento di apertura all'altro, ma diventa un modo per riscoprire la propria identità, elemento necessario per costruire un'autentica relazionalità e dunque un'autentica accoglienza.

È interessante osservare come – nel manuale "Il Diritto della Chiesa", scritto con Libero Gerosa – il richiamo al "dialogo sincero" fa – per Corecco – emergere che la fonte dell'azione missionaria "è la testimonianza della vita e della parola di uomini e donne rigenerati nelle loro umanità dal battesimo, con il quale sono incorporati nella Chiesa come *communio*"[51].

L'esperienza di relazionalità dialogica non può che essere una relazionalità che parla del proprio vissuto, che è certa della propria identità di figlio di Dio redento in Cristo e proprio grazie alla forza di tale certezza riesce a comunicare – ossia a mettere in un campo comune il proprio vissuto, il proprio desiderio di felicità, la propria dimensione esistenziale – con l'alterità.

L'accoglienza del migrante diventa – in questa prospettiva – un concetto strutturato: essa è senz'altro un dovere nei confronti dei rifugiati e di coloro che si trovano nella necessità di ricevere protezione internazionale in virtù del principio fondamentale del rispetto della dignità della persona umana. Un principio che Benedetto XVI ha messo chiaramente in luce nel 2012 in occasione della Giornata del migrante e del rifugiato, e che dovrebbe essere – al di là di ogni calcolo di tipo politico – il criterio cardine di interpretazione di ogni legislazione in materia di immigrazione.

---

ottobre 2012).

[51] Eugenio Corecco, Libero Gerosa, *Il diritto della Chiesa*, Jaca Book, Milano, 1995, p. 84.

Ma l'accoglienza è anche predisposizione di un dialogo teso a garantire il diritto del non battezzato di ricevere l'esperienza di vita del fedele in Cristo, e di fare quest'ultimo partecipe del proprio vissuto esistenziale. Il dialogo di cui al canone 787 è sincero quando non è una relazione fondata sulla disaffezione, sul disinteresse o addirittura sul disgusto nei confronti della persona dell'altro e della propria esperienza, ma quando invece si struttura in un aver cura, in un'attenzione alla persona dell'altro che è immagine dell'esperienza di comunione in Cristo e con Cristo che il fedele è chiamato a vivere: attenzione che non può non riguardare anche il contesto socio-economico in cui l'altro trascorre l'esistenza terrena.

La testimonianza diventa piena ed effettiva quando la sincerità del dialogo porta il fedele a prendersi effettivamente cura delle situazioni "di precarietà economica, di mancanza dei beni essenziali, di calamità naturali, di guerre e disordini sociali" che sovente sono a causa delle migrazioni. La prospettiva di Corecco impone dunque un pieno impegno, secondo l'obbligo previsto dal can. 222 par. 2, di promuovere la giustizia sociale affinché sia pienamente realizzato quello che Benedetto XVI chiama "diritto di non emigrare" e San Giovanni Paolo II "diritto di vivere nella propria Patria".

Giustizia sociale che peraltro, ci ricorda il canonista ticinese, si ricollega alla missione della Chiesa: essere segno e sacramento di salvezza per il mondo intero.

Tale missione impone "di riconoscere l'altro come parte di se stesso; parte della propria persona e della propria umanità. Il cristiano deve lasciarsi determinare dal fatto che Cristo, sulla croce, ha stabilito un'unità oggettiva tra lui e gli altri. (…) Il cristiano è chiamato ad amare l'uomo ed a fare unità con lui e, così, a realizzare anche la giustizia sociale, non grazie alla propria generosità, ma in nome di Gesù Cristo. La carità consiste nell'aprirsi all'altro, non in nome dei propri sentimenti naturali, ma in nome di Gesù Cristo."[52]

La costruzione della giustizia sociale diventa così parte dell'azione missionaria: e il rapporto con le migrazioni non si dibatte più tra le polarità politiche dell'indiscriminata apertura delle frontiere e l'uso del filo spinato per la chiusura totale di queste ultime, ma diventa un rapporto di gratuità: un'attenzione al bisogno dell'altro che, in diversi modi e con differenti interventi socioeconomici esprime – prima di tutto – attenzione alle esigenze fondamentali della sua umanità.

---

[52] Eugenio Corecco, *Chiesa e società*, in Ernesto W. Volontè (a cura di), *Eugenio Corecco. Un Vescovo e la sua Chiesa*, II, Cantagalli, Siena, 2005, pp. 36 s.

Diritto canonico e culture

Maria Chiara Ruscazio

1. *Diritto e vita. Per un diritto canonico vivente.*

"*Gioco singolare quello del diritto e della vita: fatto di avvicinamenti e allontanamenti, di rappresentazioni e di condensazioni, di puri riferimenti e di incorporazioni*"[1]. Il diritto mira a plasmare la vita della società secondo una trama di criteri assiologici che traducono un'idea del giusto; al contempo, "*[…] il centro di gravità dello sviluppo del diritto non si trova nella legislazione, né nella scienza del diritto, né nella giurisprudenza, ma nella società stessa*"[2]. Il problema della prossimità o della lontananza del diritto a questa vita sociale riguarda, dunque, la stessa capacità del diritto "*di agire, di aver vita*"[3].

Ogni diritto, cioè, è chiamato a misurarsi con il possibile scarto esistente tra le formule prescrittive in cui esso si esprime – le norme – e i valori deontici fatti propri dai consociati, quali si esprimono nei *mores* sociali. È, infatti, soltanto nel raccordo fra *leges* e *mores* che può realizzarsi il passaggio dalla validità formale del diritto alla sua effettività. Per effettività intendo qui la capacità della norma di orientare i comportamenti futuri dei consociati[4]. Questa capacità, a sua volta, è resa manifesta dall'osservanza consapevole della nor-

---

[1] Eligio Resta, *Diritto vivente*, Laterza, Roma-Bari, 2008, p. 3.

[2] Eugen Ehrlich, *I fondamenti della sociologia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1976 (ed. or. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Duncker, Munchen-Leipzig, 1913), p. 3.

[3] Eligio Resta, *op. e loc. cit.* Cfr. anche Emilio Caldara, v. *Interpretazione della legge*, in *Enciclopedia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1913, vol. VIII, II, p. 778: "Il diritto è in quanto vive. E non vive e non può esplicarsi nei rapporti sociali, se non è strappato dalle carte in tutto il suo contenuto reale e reso manifesto e capace di effetti sugli uomini e sulle cose".

[4] Nicola Lipari, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 10 ss.; Ruggero Meneghelli, *Il problema della effettività nella teoria della validità giuridica*, Cedam, Padova, 1964, pp. 156 ss.

ma da parte dei suoi destinatari[5]. Senza questo fondamentale passaggio dalla validità all'effettività, il diritto non è in grado di realizzare il suo fine intrinseco di ordinazione dei rapporti sociali; non soltanto risulta, perciò, inutile, ma perde la sua stessa natura di *ius*.

È per misurare e fronteggiare l'eventualità di un simile scarto tra norme e prassi, che la dottrina giuridica secolare ha elaborato la nozione di diritto vivente. Il diritto vivente è stato icasticamente definito come "*il diritto ex parte societatis, come appare una volta calato nelle situazioni e nei rapporti sociali*"[6]. Esso consta dell'insieme delle regole riconosciute e praticate nei rapporti sociali, sia che si tratti della concreta applicazione di norme prescritte dall'autorità, sia che si tratti di criteri di condotta spontaneamente elaborati dal corpo sociale. Questo diritto vivente può dunque trovarsi testimoniato in documenti giuridici quali la sentenza o l'atto amministrativo, ma anche nei comportamenti e nelle situazioni di vita sociale, nelle consuetudini e negli usi, "*non solo...quelli riconosciuti giuridicamente, ma anche...quelli ignorati o trascurati dal diritto, e perfino...quelli da esso condannati*"[7].

I teorici del diritto vivente tendono ad accordare a questo diritto, applicato e vissuto, la preminenza sul diritto formalmente vigente nei testi normativi e valido per gli organi di autorità: il diritto di una società è, di fatto, quello che si è tradotto dai libri della legge all'agire concreto degli operatori e degli utenti del diritto. Questa impostazione si ritrova, ad esempio, nell'orientamento manifestato dalla giurisprudenza costituzionale italiana a giudicare della conformità a Costituzione di una norma partendo non già dalla sua formula testuale, bensì dall'interpretazione consolidata e costante che questa ha ricevuto nella giurisprudenza di merito[8].

---

[5] Sul rapporto tra osservanza e effettività della norma v., oltre agli autori citati in nt. 1, Massimo Cavino, *Diritto vissuto, vivente e vigente. La posizione della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 7, 2000, pp. 1337 ss.

[6] Gustavo Zagrebelsky, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1986, I, p. 1160.

[7] Eugen Ehrlich, *I fondamenti della sociologia del diritto*, cit., p. 593.

[8] Cfr., fra le sentenze più significative al riguardo, Corte cost. n. 3 del 23 giugno 1956; n. 276 dell'11 dicembre 1974; n. 95 del 28 aprile 1976; n. 133 del 2 maggio 1984; n. 280 del 4-17 giugno 1992; il riferimento più recente al criterio prevalente del diritto vivente si trova nella sent. n. 105 dell'11 aprile 2018. Per un'analisi aggiornata di questa giurisprudenza, v. Luigi Salvato, *Profili del "diritto vivente" nella giurisprudenza costituzionale*, febbraio 2015, documento consultabile al sito https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu_276.pdf, visitato il 1/6/2018. In dottrina, *ex plurimis*, si vedano Adele Anzon, *La Corte Costituzionale e il "diritto vivente"*, in *In onore di V. Crisafulli. I. Scritti su la giustizia costituzionale*, Cedam, Padova, 1985, pp. 1-19; Luigi Mengoni, *Diritto vivente*, in *Jus*, n. 1, 1988, pp. 14-26; Andrea Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente". Genesi, uso, implicazioni*, Giuffrè, Milano, 1994; Id., *La problematica del "diritto vivente" nella giurisprudenza costituzionale*, in *Foro italiano*, 1995, I, 1, pp. 474-480; Gustavo Zagrebelsky, *La*

L'identificazione del diritto di una società con la prassi giuridica effettivamente seguita offre una descrizione realistica dei rapporti tra realtà normativa e realtà socio-culturale, del modo in cui le regole giuridiche si generano ed operano come criteri guida dell'agire sociale. In particolare, si evidenzia che l'esperienza giuridica complessiva di un gruppo sociale si sviluppa inseparabilmente dalle componenti etiche, religiose, culturali, politiche ed economiche che ne sostanziano la struttura portante e l'identità profonda. Così, il soggetto chiamato a interpretare ed applicare concretamente la norma la leggerà alla luce dell'insieme di atteggiamenti valutativi e concezioni della realtà che delineano l'*ethos* della comunità storica in cui è inserito[9]. I medesimi atteggiamenti e valori condizioneranno altresì i comportamenti dei consociati, fino a vincolarli ad una regola consuetudinaria.

Questa visione del diritto appare tra l'altro più confacente ad un ordinamento che si voglia realmente democratico, rispettoso di un ambito insopprimibile di libertà dei propri cittadini e 'accogliente' in rapporto alla pluralità delle istanze sociali. In tale prospettiva, l'ordine giuridico non può configurarsi come struttura sovraimposta, già realizzata e perfetta indipendentemente da qualsiasi contributo partecipe e responsabile da parte di coloro che ne sono i destinatari[10]; esso esige invece un grado, seppur minimo, di consenso sociale. Ora, nella teoria del diritto vivente questo consenso viene preso in considerazione, anzitutto, nella forma delle attese e dei valori diffusi che orientano le decisioni giuridiche e ne condizionano l'accettabilità sociale[11]; e più direttamente, come fonte delle direttive vincolanti di comportamento spontaneamente elaborate dai consociati.

La concezione del diritto così proposta valorizza, dunque, la continuità tra il sistema normativo e le forze vive della società, riconoscendo il ruolo centrale giocato dalla coscienza e dal costume sociali nella conformazione dell'ordine giuridico. Essa appare perciò anche più attenta alle reali esigenze

---

giustizia costituzionale, Il Mulino, Bologna, 1988; Id., *La dottrina del diritto vivente*, cit., pp. 1148-1166.

[9] Luigi Mengoni, *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 40; Alf Ross, *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1992 (ed. or. *On law and justice*, Stevens, Londra, 1958), pp. 93 ss.

[10] "Le droit s'adresse à des sujets rationnels, capables de développer des attitudes rationnelles vis à vis des règles juridiques, d'interagir avec le droit de manière vertueuse. Le droit n'est pas conçu pour être adressé à des moutons" (Alberto Puppo, *Acceptation et normativité. La force du devoir dans le discours juridique*, Aracne, Roma, 2011, p. 206), cui fa eco Paolo Grossi, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2003, p. 110, allorché evoca criticamente la considerazione della comunità quale "gregge passivo di destinatari di comandi repressivi".

[11] Cfr. Josef Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, ESI, Napoli, 1983 (ed. or. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Athenäum Verlag, Frankfurt am Main, 1972), pp. 18 ss., 154-155, 160 ss.; Chaim Perelman, *Logica giuridica nuova retorica*, Giuffrè, Milano, 1979 (ed. or. *Logique juridique*, Dalloz, Parigi, 1976), pp. 8-9 e 205.

di giustizia che vengono così espresse dai consociati.

D'altra parte, però, la risoluzione della normatività nelle sole regole realmente sentite e seguite nei rapporti sociali comporta il rischio di un appiattimento del diritto sul fatto, del dover-essere sull'esistente. Se è vero che nel diritto vivente si esprimono valori e criteri che la coscienza sociale percepisce come doverosi e giusti, non si può dimenticare che questa coscienza è pur sempre soggetta a limiti e condizionamenti di carattere storico e ambientale; essa quindi potrebbe essere incapace di cogliere, in un dato momento, il modello deontico migliore e più alto eventualmente proposto dalla norma. In questo senso il diritto vivente può operare come veicolo di ingiustizie e diseguaglianze sociali[12].

Queste considerazioni assumono particolare rilievo allorché ci si interroghi sulla possibilità di applicare il concetto di diritto vivente nel contesto peculiare dell'ordinamento canonico. Nella sua qualità di ordinamento etico-confessionale, infatti, esso definisce la propria normatività in relazione a contenuti assiologici fissati in forza di una rivelazione di origine divina; i valori e i principi costitutivi di questo ordinamento ripetono pertanto dal messaggio rivelato caratteri di oggettività, compiutezza e sovraordinazione rispetto alla varietà delle convinzioni soggettive e dei contesti storico-culturali.

Sembrerebbe dunque sussistere un'incompatibilità intrinseca tra la qualificazione trascendente della giuridicità ecclesiale, e l'identificazione del diritto con il complesso dei valori e delle regole plasmati dalla mobile coscienza sociale di una data collettività, ed effettivamente osservati e seguiti all'interno di essa. In realtà, questa incompatibilità teorica appare smentita dal riconoscimento implicito del valore normativo del diritto vivente che può rintracciarsi in talune norme e istituti canonici. Così, ad esempio, la prassi interpretativa e applicativa del diritto ecclesiale può assurgere a fonte del diritto in caso di *lacuna legis* (can. 19 c.i.c.). Possibilità ancor più rilevante, se si ritiene, con la migliore dottrina[13], che ci si trovi in presenza di una lacuna anche qualora esista una norma per la fattispecie concreta; ma la sua applicazione risulti in fatto contraria alle esigenze di salvezza correlate alle specificità di quel particolare caso. L'apertura al diritto vivente si riscontra altresì nel riconoscimento – pur timido – della forza normativa della consuetudine: non solo di quella

---

[12] Cfr. Ilmar Tammelo, *La natura dei fatti come "tópos" giuridico*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1963, p. 677.

[13] Salvatore Berlingò, *Lacuna del diritto*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, febbraio 2008, pp. 8 ss.; Giorgio Feliciani, *L'analogia nell'ordinamento canonico*, Giuffrè, Milano, 1968, pp. 19 ss.; Anna Ravà, *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico e nella legislazione canonica*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 197.

che si sviluppa negli spazi lasciati liberi dal diritto di fonte autoritativa, ma soprattutto di quella che interpreta ed applica la legge (can. 27), ed ancor più, della consuetudine *contra legem*, quando questa risponda meglio al bene della comunità che la pone in essere (can. 26).

Il vincolo costituito dalle radici soprannaturali dell'ordinamento canonico suggerisce, semmai, di apportare alcuni correttivi alla nozione di diritto vivente che si voglia impiegare con riferimento a questo ordinamento. In particolare, i criteri di valutazione che informano il diritto applicato e praticato nella Chiesa devono rimanere consentanei al nucleo indefettibile della costituzione divina di questa Chiesa. Ciò significa anche che la coscienza sociale che si esprime nel diritto vivente è e deve rimanere una coscienza *ecclesiale*, ovverosia, in primo luogo, formata al senso della fede cristiana e cattolica[14]; e, correlativamente, inscritta nella relazione organica e comunionale di pastori e fedeli[15].

Non tutto il diritto effettivamente applicato e seguito dalle comunità che formano l'*Ecclesia* può, quindi, essere riconosciuto nel suo valore normativo, anche autonomo rispetto al diritto formalmente vigente; ma soltanto quello che costituisce traduzione, nella concretezza dei diversi contesti esistenziali, dei valori di giustizia *cristiana*. Il diritto canonico vivente è, allora, l'insieme delle regole effettive dell'agire ecclesiale, che realizzano (o almeno non contrastano) i criteri deontici ricavabili dal *kerygma* evangelico[16].

---

[14] Il nesso necessariamente intercorrente tra senso della fede e coscienza giuridica del popolo di Dio è stato evidenziato con particolare acutezza da Rinaldo Bertolino, *Il nuovo diritto ecclesiale tra coscienza dell'uomo e istituzione. Saggi di diritto costituzionale canonico*, Giappichelli, Torino, 1989, pp. 56 ss.; Id., *'Sensus fidei', carismi e diritto nel Popolo di Dio*, in *Ius Ecclesiae*, 1995, pp. 155-198, spec. 188 ss; cfr. anche Pamela McCann, *The sensus fidei and canon law*, in *Studia canonica*, n. 1, 2010, pp. 211 ss. Si veda altresì il concetto di "*cristiano* senso di giustizia" evocato da Sandro Gherro, *Normazione canonica e popolo di Dio (qualche riflessione sui cann. 7 e 23)*, in *Studi sul primo libro del Codex iuris canonici*, a cura di Sandro Gherro, Cedam, Padova, 1993, p. 109. Sul *sensus fidei* come criterio di valutazione non solo dottrinale, ma anche pratico, v. anche il recente documento della Commissione Teologica Internazionale *Il sensus fidei nella vita della Chiesa*, 10 giugno 2014, spec. §§ 60 ss.

[15] Come ricorda, con riferimento alla consuetudine (ma il rilievo è estensibile all'esperienza giuridica canonica nella sua totalità), Rinaldo Bertolino, *Il nuovo diritto ecclesiale*, cit., pp. 61 ss. Per un approfondimento sul tema cfr. Marcello Semeraro, v. *Communio*, in *Diccionario general de derecho canónico*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, vol. II, pp. 283-288.

[16] Sull'applicazione del concetto di diritto vivente nell'ordinamento canonico v. Roberto Mazzola, *Il diritto vivente nell'ordinamento giuridico della Chiesa*, in *Diritto 'per valori' e ordinamento costituzionale della Chiesa*, a cura di Rinaldo Bertolino, Sandro Gherro, Gaetano Lo Castro, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 310 ss.; sia inoltre consentito il rinvio a Maria Chiara Ruscazio, *Equità e diritto vivente: teoria e prassi nell'ordinamento ecclesiale*, in *Aequitas sive Deus. Studi in onore di Rinaldo Bertolino*, a cura di Roberto Mazzola, Ilaria Zuanazzi, Giappichelli, Torino, 2011, vol. I, spec. pp. 467-476.

2. *Diritto vivente e inculturazione giuridica. Principi e criteri.*

Se dunque il diritto, anche canonico, è vivo e funzionale quando è effettivamente osservato; e se è effettivamente osservato quando è consonante ai riferimenti assiologici condivisi dai consociati; allora è facilmente intuibile il nesso che intercorre fra il diritto vivente e la dimensione culturale propria di ciascuna società umana. La cultura, infatti, è il modo specifico, storicamente e geograficamente situato, con cui una comunità umana apprende ed esprime i valori che guidano la propria esistenza, la propria concezione del bene e del giusto[17]. La dimensione giuridica delle cose è parte di questa particolare maniera di rappresentarsi l'esistenza: il diritto traduce in norme di comportamento i simboli, le narrazioni e le visioni proprie di un blocco culturale, formandosi secondo il particolare senso della giustizia che questi suggeriscono[18].

Si può allora affermare che il diritto è vivo nella misura in cui diviene parte delle forze che dirigono effettivamente il comportamento dei consociati; ossia, allorché i valori proposti nelle norme si saldano alle legature culturali[19] che tengono insieme e caratterizzano una determinata società umana.

L'elemento culturale rappresenta quindi la variabile fondamentale da cui vengono a dipendere sia il verificarsi o meno dell'assimilazione della norma nel costume sociale, sia le modalità ed i risultati concreti di tale assimilazione.

Ne segue che la formazione di un diritto canonico vivente è necessariamente connessa alla sua inculturazione. Come è noto, il concetto di inculturazione è stato elaborato in campo teologico per designare il processo mediante il quale il *kérygma* evangelico si inserisce nel sistema di concetti, simboli e significati tipizzati da un particolare ambiente storico-sociale[20]. Più precisamente, attraverso tale processo l'esperienza salvifica cristiana, già compresa e

---

[17] Sul concetto di cultura si veda *Il concetto di cultura. I fondamenti teorici della scienza antropologica*, Torino, 1970 (ed. or. *Culture. A critical review of concepts and definitions*, New York, 1965).

[18] Clifford Geertz, *Local knowledge. Further essays in interpretive anthropology*, Fontana Press, Londra, 1983, pp. 167 ss.

[19] Per il concetto di legature culturali si veda Ralf Dahrendorf, *Legge e ordine*, Giuffrè, Milano, 1981 (ed. or. Law *and order*, Stevens, Londra, 1985), pp. 60-61.

[20] Cfr. le definizioni di inculturazione raccolte in Achiel Peelman, *L'inculturazione. La Chiesa e le culture*, Queriniana, Brescia, 1993 (ed. or. *L'inculturation. L'Église et les cultures*, Desclée-Novalis, Parigi-Ottawa, 1988), pp. 113-114. Sul concetto di inculturazione della fede e la sua applicazione al diritto canonico si veda, *ex plurimis*, l'approfondita ricostruzione di Geraldina Boni, *Il Codex Iuris Canonici e le culture*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, settembre 2009, pp. 1-157, con ampi riferimenti bibliografici; cfr. anche Gianfranco Ghirlanda, *Inculturazione del Vangelo e inculturazione del diritto ecclesiale*, in *Periodica de re canonica*, nn. 1-2, 2016, pp. 3-70 ; Luis Martínez Ferrer, v. *Inculturación*, in *Diccionario general de derecho canónico*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, vol. IV, pp. 533 ss.

comunicata in un diverso orizzonte storico e socioculturale, può essere realizzata ed espressa nell'*hic et nunc* di ciascuna comunità di credenti.

L'inculturazione della fede evangelica, della quale il diritto ecclesiale vuol essere *ordinatio practica*, è un dato storicamente constatabile. Si tratta però di trascorrere dal dato di fatto ad una metodologia consapevole e intenzionale. Sul piano del diritto, questa intenzionalità emerge nel n. 19 del decreto conciliare *Ad Gentes Divinitus*, là dove si dice che la fede deve essere anche inserita (*inducitur*) "*per legislationem canonicam congruam…in honesta instituta et consuetudines locales*". Questo principio appare codificato dal can. 584 § 2 CCEO: "*Evangelizatio gentium ita fiat, ut servata integritate fidei et morum evangelium se in cultura singulorum populorum exprimere possit*", comprendendo in tale cultura anche la dimensione dello "*ius particulare*". Nonostante l'assenza di un canone di tenore analogo nel codice latino, questo si può ritenere un principio comune a tutto l'ordinamento della Chiesa cattolica.

Il processo di inculturazione del diritto canonico implica allora il ricorso ad una ermeneutica giuridica interculturale[21], in grado di cogliere ed esprimere i valori normativi cristiano-cattolici dall'*interno* delle strutture di ragione e di giustificazione proprie degli apparati di senso e valore specifici dei singoli gruppi umani. In base a questo modello, l'elaborazione e l'applicazione delle regole dell'agire ecclesiale avvengono, cioè, a partire da un punto di riferimento comune (il paradigma della giustizia evangelica), colto però dalla specifica sensibilità culturale e giuridica che connota una determinata società[22].

Ciò richiede di riconoscere, anzitutto, le condizioni essenziali minime che garantiscono l'autenticità e la continuità dell'esperienza salvifica originaria, nella sua dimensione etica e orto-pratica, pur nella diversità delle appropriazioni culturali. Questo significa che lo sviluppo in prospettiva interculturale del diritto ecclesiale va necessariamente inquadrato nell'ambito dei contenuti costituzionali dell'ordinamento ecclesiale, intesi non soltanto nella loro astratta formulabilità, ma anche nei modi concreti con cui sono stati accolti e vissuti dalla Chiesa nel corso della sua storia bimillenaria. L'esperienza culturalmente connotata che il *populus fidelium*, nelle sue diverse radicazioni spazio-temporali, ha della regola di giustizia cristiana troverà allora tanto la sua giustificazione quanto il suo limite nei cardini assiologici individuati da

---

[21] John M. Huels, *Interpreting canon law in diverse cultures*, in *The Jurist*, 1987, pp. 249-293. Sul concetto di interculturalità e la sua applicazione in ambito giuridico si veda Mario Ricca, *Dike meticcia. Rotte di diritto interculturale*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008, spec. pp. 7-44; Id., *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Dedalo, Bari, 2008, pp. 217 ss.

[22] Cfr. Peter Rottländer, *Un unico mondo. Possibilità o pericolo per la chiesa mondiale?*, in *Concilium*, n. 4, 1989, p. 147, che riporta il pensiero di Jürgen Habermas, *Die Einheit der Vernunft in der Vielheit ihrer Stimmen*, in *Merkur (Deutsche Zeitschrift für europäisches Denken)*, n. 1, 1988, pp. 11 ss.

questa *Grundnorm*. Sono, del resto, gli stessi criteri e valori fondamentali che delimitano lo spazio di riconoscibilità di un diritto canonico vivente.

Una prima indicazione fondamentale in tal senso proviene dal principio onnicomprensivo della *salus animarum* quale teleologia portante dell'istituzione canonica (can. 1752 c.i.c.); da esso si desume infatti che la *ratio* di ogni inculturazione è, e non può non essere, la promozione dell'effettiva salvezza spirituale degli uomini. Il processo mediante il quale il diritto canonico prende vita in un dato ambiente socioculturale è deprivato della sua autenticità e legittimità se finisce per svuotare di significato ed efficacia le disposizioni ordinate a garantire la qualità redentiva dell'esperienza di fede, quali sono quelle che costituiscono più diretta ed immediata traduzione del diritto divino. Così, ad esempio, nel campo della disciplina matrimoniale il rispetto per il costume locale non potrebbe spingersi sino ad una acritica accettazione di situazioni coniugali essenzialmente difformi dal modello delineato nei cann. 1055-1057 c.i.c., e rispondente al progetto voluto da Dio all'atto della creazione dell'uomo[23].

Il particolare progetto di salvezza proposto dal messaggio cristiano richiede poi di prendere primariamente in considerazione la persona[24], e dunque, quel fascio di esigenze fondamentali comuni ad ogni uomo compendiate dal concetto della dignità umana. Questa non potrà mai essere mortificata in nome di un principio di adattamento culturale dell'annuncio cristiano. In questo senso, l'integrazione nella giuridicità ecclesiale di concezioni culturali e di istituti consuetudinari potenzialmente oppressivi è soggetta al vaglio dell'opzione evangelica preferenziale per i deboli e gli emarginati[25].

---

[23] Si vedano ad esempio le considerazioni svolte da Giovanni Paolo II nell'*Allocuzione alla Rota Romana*, 28 gennaio 1991, in *Acta Apostolicae Sedis*, n. 83, 1991, pp. 951 ss. Per un commento a questo magistero, v. Velasio De Paolis, *Matrimonio canonico tra diritto naturale e culture umane*, in *Matrimonio canonico e culture*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2015, pp. 38 ss. Sui profili di inculturazione della concezione e della disciplina del matrimonio canonico v. anche Luigi Sabbarese, *Tecniche di adattamento del diritto canonico alle culture*, in *Le relazioni familiari nel diritto interculturale*, a cura di Ilaria Zuanazzi, Maria Chiara Ruscazio, Libellula Edizioni, Tricase, 2018, pp. 97 ss.; Ilaria Zuanazzi, *Genitorialità e diritti dei figli minori: la proiezione interculturale del diritto canonico*, *ivi*, pp. 260-264.

[24] Sulla centralità della persona nell'ordinamento giuridico della Chiesa v. Rinaldo Bertolino, *Il nuovo diritto ecclesiale*, cit., pp. 106 ss. Cfr. anche Ángela Aparisi Miralles, v. *Persona*, in *Diccionario general de derecho canónico*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, vol. VI, pp. 167 ss.; Paolo Gherri, *Diritto canonico, Antropologia e Personalismo*, in *Apollinaris*, nn. 3-4, 2007, pp. 641 ss.

[25] In questo senso si colloca l'affermazione di *Evangelii Nuntiandi*, n. 31: "Tra evangelizzazione e promozione umana - sviluppo, liberazione - ci sono infatti dei legami profondi (…) non si può dissociare il piano della creazione da quello della Redenzione che arriva fino alle situazioni molto concrete dell'ingiustizia da combattere e della giustizia da restaurare". La medesima tensione attraversa la più recente enciclica *Caritas in Veritate*, nonché l'esortazione apostolica *Evangelii Gaudium* (in particolare nn. 52 ss.).

Poiché inoltre la persona del cristiano non può essere concepita al di fuori dell'unione organica con le altre membra nel Cristo[26], l'inclusione di determinati abiti culturali nel diritto ecclesiale non può estendersi sino a comprendere ciò che in effetti lacera il tessuto organico della comunità ecclesiale, minacciandone la stessa esistenza; ovverosia, ciò che si rivolge contro gli elementi costitutivi dell'unità dell'esperienza di fede. Dal punto di vista giuridico, questo significa che l'adeguamento della norma canonica avviene necessariamente nel rispetto dei presupposti fondamentali della piena comunione con la Chiesa cattolica, individuati dal can. 205 c.i.c. nel triplice vincolo della professione di fede, dei sacramenti e del governo ecclesiastico. L'ordinamento canonico non potrebbe dunque legittimamente sancire comportamenti e pratiche espressive di contenuti religiosi incompatibili con i capisaldi normativamente fissati della dottrina cristiana, ammettendosi una sorta di sincretismo teologico; né potrebbe modificare la struttura visibile del segno sacramentale al punto da interromperne la connessione vitale con la realtà significata; né, infine, disgiungere le manifestazioni carismatiche interne alla comunità ecclesiale da qualsivoglia riferimento alla funzione ordinante di discernimento esercitata dal ministero istituzionale.

Da ultimo, il processo di inculturazione del diritto canonico è normato dal precetto evangelico fondamentale della carità. Questo precetto connota qualsiasi regola operante nelle relazioni ecclesiali in senso diaconico rispetto alla pienezza del bene e della realizzazione dell'altro come persona. Ciò significa che l'assunzione di istituti e consuetudini propri di un dato blocco culturale a diritto di una comunità ecclesiale deve rispondere anzitutto ad una valutazione di necessità e di utilità per il bene di questa comunità[27]. Il criterio normativo della carità può quindi esigere, allo stesso modo, l'adeguamento culturale di determinati precetti ecclesiali, oppure l'abbandono di certe pratiche culturali, ogniqualvolta gli uni o le altre non abbiano "*forza educativa come canali di vita*" (*Evangelii Gaudium*, n. 43).

Concretamente, la costruzione di un rapporto spiritualmente e umanamente fecondo tra diritto canonico e culture va imperniato sulla ricerca dei valori fondamentali della giustizia cristiana insiti nelle diverse situazioni di vita. Questi valori andranno confrontati con i criteri di giustizia e di doverosità espressi dalla cultura propria di ogni contesto umano in determinate pratiche e

---

[26] Cfr. cann. 209 e 223 c.i.c.

[27] Secondo un criterio che deve, peraltro, orientare lo sviluppo complessivo dell'ordinamento ecclesiale. Cfr. Eduardo Baura, *Profili giuridici dell'arte di legiferare nella Chiesa*, in *Ius Ecclesiae*, 2007, pp. 21-22 e 28 ss. Con riferimento al problema specifico dell'inculturazione, cfr. Yawovi Jean Attila, *Le droit particulier et son inculturation au service de la mission*, in *Ius missionale*, 2017, pp. 91-92.

consuetudini. Ove tali criteri e pratiche risultino in grado di esprimere e realizzare, in maniera propria e peculiare, questi medesimi valori, potranno essere assunti fra le regole dell'agire ecclesiale.

In questo modo le norme e i precetti canonici, operando in sinergia con i *mores*, possono divenire diritto effettivo e vivente delle diverse comunità ecclesiali. Al contempo, la selezione dei valori culturali e della corrispondente sensibilità giuridica alla luce del modello deontico proposto dal Vangelo permette la progressiva penetrazione evangelica dell'*ethos* e delle prassi socioculturali.

Ciò induce a prendere in considerazione, secondo un'indicazione cara al pontefice regnante[28], la dimensione del dinamismo temporale. Anche le culture, infatti, sono organismi viventi, soggetti ad una legge di evoluzione e di sviluppo. Per questo il diritto canonico, se vuole rimanere vivo ed efficace per i fedeli, deve sottoporsi ad un'opera di re-inculturazione permanente.

3. *Il diritto canonico attuale, un diritto culturalmente vivo?*

Se ci si muove dal piano dei modelli concettuali a quello della realtà, è possibile affermare, allora, che le norme canoniche oggi formalmente vigenti sono anche norme viventi, effettive ed efficaci, nei vari contesti ecclesiali, perché inculturate?

A questo interrogativo non si può, ovviamente, dare una risposta monolitica, positiva o negativa. Molto dipende dalle diverse materie oggetto di disciplina, dal contenuto delle singole norme, dalle problematiche proprie di ciascun contesto applicativo. Studi puntuali[29] hanno già analizzato le aperture offerte dal diritto universale all'integrazione e alla valorizzazione dei *mores* locali; come pure la maggiore o minore riuscita del processo inculturante nei diversi ambiti disciplinari.

---

[28] Cfr. *Evangelii Gaudium*, nn. 222 ss.

[29] Geraldina Boni, *Il Codex Iuris Canonici e le culture*, cit.; Ead., *La rilevanza della diversità delle culture nel Codex Iuris Canonici*, in *Ad Gentes*, 2011, pp. 196 ss.; Vincenzo Mosca, *La dialettica tra universale e particolare: una prospettiva per il diritto missionario*, *ivi*, pp. 148 ss.; *La Chiesa è missionaria. La ricezione nel Codice di Diritto Canonico*, a cura di Luigi Sabbarese, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2009, in particolare i contributi di Vincenzo Mosca, *Il diritto particolare: specificazione, complemento, adattamento del diritto universale. Prospettiva teoretica*, pp. 71 ss.; Giorgio Feliciani, *Il diritto complementare delle Conferenze episcopali dei territori di missione*, pp. 133 ss.; Silvia Recchi, *Il Codice venticinque anni dopo. Traguardi e limiti nella ricezione in Africa Centrale*, pp. 165 ss.; Victor George D'Souza, *The Code of Canon Law after twenty-five years: the achievements and limitations in its reception in India*, pp. 179 ss.; Victor Enrique Pinto, *La recepción del Código de Derecho Canónico en América Latina*, pp. 197 ss.

Qui ci si limita a portare alcuni esempi che denotano, ad avviso di chi scrive, la saldatura (avvenuta o incoata) fra norma canonica e costume sociale, nella forma giuridica che tale costume ha assunto: ossia, come regola vincolante delle relazioni sociali, istituto riconosciuto dal diritto consuetudinario o anche civile di una società, principio generale che orienta il sistema normativo locale nel suo complesso.

Un primo esempio riguarda l'istituto della dote. Questo istituto, peraltro conosciuto alla tradizione culturale e giuridica dell'Occidente entro cui si è sviluppato il diritto della Chiesa latina[30], è tuttora praticato in via consuetudinaria in diverse aree geografico-culturali, e talvolta è anche riconosciuto e regolamentato dal diritto statale[31]. Benché la dote consista sempre nel passaggio di ricchezza da una famiglia all'altra per causa di matrimonio, essa assume

---

[30] Sul rapporto storico tra disciplina canonica degli *sponsalia* e dote si vedano Philippe Antoine, *Le mariage. Droit canonique et coutumes africaines*, Beauchesne, Parigi, 1992, pp. 97 ss.; Andrè Lemaire, *Origine de la règle: nullum sine dote fiat coniugium*, in *Mélanges Paul Fournier*, Sirey, Parigi, 1929, pp. 414-425.

[31] L'istituto della dote è particolarmente diffuso tra le popolazioni dell'Africa. Per un primo sguardo sulla dote nel diritto consuetudinario africano, cfr. Philippe Antoine, *op. cit.*, pp. 524 ss.; Jean-Marie Vianney Balegamire A. Koko, *Mariage africain et mariage chrétien*, L'Harmattan, Parigi, 2003, pp. 69 ss.; Gabriel Nkodo Tseng, *Le problème pastoral de la dot et ses implications morales dans le mariage coutumier. Esquisse d'une pastorale du mariage dotal au Cameroun*, tesi di dottorato, Roma, 2012; Nicolas Edjo, *Mariage coutumier, civil et religieux. Quel type de mariage pour le baptisé Africain? Cas du Bénin et de la Côte d'Ivoire*, in *Revue de l'Université Catholique de l'Afrique de l'Ouest*, 2016, pp. 163 ss.; Paolo Poli, *Chiesa e poligamia in Africa, fra tradizione e cambiamento*, EMI, Bologna, 1996, pp. 35-38; Silvia Recchi, *Il matrimonio canonico in Africa*, in *Matrimonio canonico e culture*, cit., pp. 49-50; Jean-Baptiste Sourou, *Comment être africain et chrétien? Essai sur l'inculturation du mariage en Afrique*, L'Harmattan, Parigi, 2009, pp. 27 ss. Nell'ambito del diritto civile, il Codice della famiglia della Repubblica democratica del Congo (l. n. 87-010 del 1 agosto 1987, come modificata dalla l. n. 16/008 del 15 luglio 2016) dispone all'art. 361: "Le futur époux et sa famille doivent convenir avec les parents de la future épouse d'une remise de biens ou d'argent qui constituent la dot au bénéfice des parents de la fiancée. Le mariage ne peut être célébré que si la dot a été effectivement versée au moins en partie. Nonobstant toute coutume contraire, la dot peut être symbolique". Il Marriage Act kenyota n. 4 del 2014, nel riconoscere il matrimonio consuetudinario, prevede che il pagamento di una quantità simbolica di dote valga come prova dell'avvenuto matrimonio (art. 43.2). L'art. 142 del codice beninese delle persone e della famiglia (l. n. 2002-07 del 14 giugno 2004) riconosce alla dote un valore simbolico. L'art. 288 del Codice delle persone e della famiglia del Mali (l. n. 2011-087 del 30 dicembre 2011) dispone l'obbligatorietà della dote, precisando che questa ha carattere simbolico, non può superare un certo valore monetario e dà diritto a restituzione in caso di mancata consumazione del matrimonio. Per un confronto con l'istituto della dote in India, v. *Dowry and inheritance*, a cura di Srimati Basu, Zed Books, Londra – New York, 2005, in particolare i contributi di Srimati Basu, *The politics of giving: dowry and inheritance as feminist issues*, pp. V-XXI; Mysore Narasimhachar Srinivas, *Some reflections on dowry*, pp. 3-14; Ursula Sharma, *Dowry in North India: its consequences for women*, pp. 15-26; Maya Unnithan-Kaur, *Girasia bride price and the politics of marriage payments*, pp. 27-41; Jack Goody, Stanley Jeyaraja Tambiah, *Ricchezza della sposa e dote*, Franco Angeli, Milano, 1981 (ed. or. *Bridewealth and dowry*, Cambridge University Press, Cambridge, 1973) pp. 89 ss.; Jeyaradj Lourdes Maguimey, *L'Église peut-elle refuser un mariage sans dot en Inde?*, mémoire, Parigi, 1989.

significati diversi, ed esprime perciò diverse concezioni di giustizia, a seconda dei blocchi culturali; ma anche a seconda del modo in cui la relativa prassi si è evoluta nel tempo in risposta ai cambiamenti storici e sociali che hanno interessato un determinato gruppo umano. Alcuni di questi significati e di queste prassi sono certamente incompatibili con il modello evangelico di giustizia che si esprime nel diritto canonico: si pensi soltanto alla trasformazione mercantilistica dell'istituto favorita dalla monetarizzazione contemporanea della ricchezza[32], o al fenomeno delle *dowry deaths* in India[33]. Ma in certi contesti socioculturali la dote può esprimere anche criteri di eticità e di giustizia, apprezzabili anche in un'ottica evangelica: come la dimensione di alleanza, non solo personale ma anche famigliare, che caratterizza il matrimonio[34], o la gratitudine della famiglia dello sposo verso quella della sposa per averla educata ed essersi presa cura di lei[35]; o ancora, la garanzia dei diritti economici della parte femminile, in genere più debole, in caso di fallimento del matrimonio o di violazione dei doveri coniugali da parte del marito[36].

Il versamento della dote rappresenta, dunque, l'adempimento di un obbligo appartenente al diritto matrimoniale vivente in determinati contesti socioculturali, come condizione per la costituzione di un vincolo matrimoniale valido, o quantomeno stabile. È quindi significativo, per il tema che ci interessa, notare che in alcune delle norme complementari al codice emanate dalle Conferenze episcopali appaia un riferimento alla dote nelle disposizioni relative al can. 1067. In particolare, nella definizione di un modello standard di indagine prematrimoniale, queste disposizioni stabiliscono che nell'ambito di tale indagine si debba verificare, tra l'altro, la situazione concernente la dote (ove questa è stata prevista)[37]. Ciò suggerisce che il carattere condizionante della dote

---

[32] Gabriel Nkodo Tseng, *op. cit.*, pp. 41 ss.; Paolo Poli, *op. cit.*, p. 35; Silvia Recchi, *op e loc. cit.*

[33] Chiara Correndo, *Dote e violenza domestica in India: un'analisi socio-giuridica*, in *Quaderni di Donne e Ricerca*, 2014, pp. 24 ss.

[34] Jean-Marie Vianney Balegamire A. Koko, *op. cit.*, p. 71; Gabriel Nkodo Tseng, *op. cit.*, pp. 23 ss.; Silvia Recchi, *op. cit.*, p. 50; Jean-Baptiste Sourou, *op. cit.*, p. 39.

[35] Silvia Recchi, *loc. ult. cit.*

[36] Questa è, tipicamente, una delle funzioni del *mahr* islamico (cfr. Roberta Aluffi, Alessandro Ferrari, Alfredo Mordechai Rabello, *Il matrimonio: diritto ebraico, canonico, islamico. Un commento alle fonti*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 207; Lorenzo Ascanio, *Il mahr tra diritto musulmano e contesto non islamico*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 2, 2009, I, p. 394 e 398-399). Una funzione di garanzia economica nei confronti della donna è riconoscibile anche nella consuetudine hindu della *stridhan*, un complesso di beni mobili di proprietà della donna, che non coincide con la dote, ma nel quale confluiscono anche i beni donati alla figlia in occasione del matrimonio; in questo caso, la garanzia opera nel senso di compensare la tradizionale esclusione della donna dalla successione nei beni della famiglia (Chiara Correndo, *op. cit.*, pp. 33 ss.).

[37] Norme complementari della Conferenza episcopale del Kenya, approvate il 5 novembre 1996, in *Legislazione delle Conferenze episcopali complementare al C.I.C.*, a cura di José T. Martín de Agar,

per la conclusione del matrimonio sia stato assunto come presupposto della disciplina canonica riguardante la verifica preventiva delle circostanze idonee ad incidere sulla validità del vincolo coniugale, proprio in quanto faccia parte dei *mores* consolidati dei fedeli di quei territori. Non si tratta, evidentemente, dell'introduzione di un nuovo impedimento non contemplato dalla disciplina comune del matrimonio canonico, bensì dell'integrazione normativa, nell'oggetto del 'processetto' matrimoniale, di una regola consuetudinaria che concorre nella formazione della volontà dei nubenti. Il mancato versamento della dote potrebbe così suggerire una maggiore prudenza nell'ammettere le parti alla celebrazione del matrimonio canonico, in quanto potrebbe essere causa di un consenso viziato, ad esempio, da una condizione.

Un secondo esempio può essere fornito dal matrimonio costituito e celebrato secondo regole consuetudinarie locali. Si tratta di un istituto particolarmente vivo fra le popolazioni africane, i cui tratti essenziali – la dimensione prevalentemente familiare del consenso e la formazione per tappe progressive[38] – presentano divergenze rispetto al modello matrimoniale canonico, imperniato sulla manifestazione puntuale della volontà personale dei nubenti. Questa divergenza, tuttavia, non esclude la riconoscibilità di valori 'cristocompatibili' sottesi a tale paradigma matrimoniale. In particolare, il coinvolgimento della famiglia nella decisione matrimoniale – al di là di possibili considerazioni socio-economiche, e ferma restando l'insostituibilità del consenso personale dei nubenti – esprime una considerazione della persona non tanto quale individuo singolo, quanto piuttosto quale parte di una comunità, formata sia dai parenti viventi, sia dagli antenati defunti, e anche, in un certo senso, dalle generazioni a venire[39]. In quest'ottica, il matrimonio realizza l'interesse comune fondamentale alla trasmissione della vita e delle tradizioni del gruppo familiare[40]. Correlativamente, l'articolazione del processo di formazione del vincolo matrimoniale in una pluralità di passaggi riflette l'importanza vitale attribuita al progetto matrimoniale, che necessita di serietà e maturazione[41].

Data la connotazione di forte doverosità posseduta da tale istituto, anche

---

Coletti a San Pietro, Roma, 2009, p. 690; Norme complementari della Conferenza episcopale della Tanzania, promulgate il 15 agosto 1998, n. 21, ivi, p. 1295.

[38] Jean-Marie Vianney Balegamire A. Koko, *op. cit.*, pp. 77 ss.; Silvia Recchi, *op. cit.*, pp. 48 ss. Il matrimonio consuetudinario è peraltro riconosciuto in diverse legislazioni civili: si veda ad es. il già citato art. 43 del *Marriage Act* kenyota, o l'art. 25 del *Marriage Act* della Tanzania, nonché il cap. 127, artt. 1 ss., dei *Marriages Act* (1884-1985) del Ghana.

[39] Jean-Marie Vianney Balegamire A. Koko, *op. cit.*, p. 61.

[40] Jean-Marie Vianney Balegamire A. Koko, *op. cit.*, p. 79; Silvia Recchi, *op. cit.*, p. 48; Jean-Baptiste Sourou, *op. cit.*, pp. 35-36.

[41] Jean-Marie Vianney Balegamire A. Koko, *op. cit.*, p. 84; Silvia Recchi, *op. cit.*, p. 53.

i fedeli cattolici tendono a considerare questo matrimonio come l'unico realmente valido e vincolante, piuttosto che quello celebrato secondo le norme e le forme canoniche. In assenza della celebrazione consuetudinaria, quindi, il matrimonio canonico viene a mancare di stabilità e di definitività.

Si può allora pensare ad un innesto del diritto matrimoniale canonico sul costume giuridico locale, quando si legge, nelle norme complementari al Codice emanate dalla Conferenza episcopale del Ghana, che il matrimonio consuetudinario dovrebbe di norma precedere la celebrazione del matrimonio canonico (art. 17 § 6)[42]. Tale disposizione trova il proprio riflesso pratico nelle istruzioni della medesima Conferenza concernenti il modo di condurre l'indagine pre-matrimoniale: al n. 2 vi si dice, infatti, che il sacerdote che se ne occupa può chiedere alle parti qualsiasi informazione che ritenga rilevante e pertinente, specialmente circa il compimento dei riti essenziali del matrimonio consuetudinario[43]. In questo caso una consuetudine certamente *praeter legem* (se non addirittura *contra*) riceve un parziale riconoscimento dal legislatore canonico, quantomeno nel senso della sua assunzione – come già la dote – fra le circostanze in grado di condizionare la formazione di un valido consenso matrimoniale.

Infine, un ambito disciplinare nel quale potrebbe rinvenirsi una continuità fra diritto canonico e sensibilità giuridica culturale è quello delle procedure ecclesiali di conciliazione delle controversie. Com'è noto, il can. 1446 c.i.c. enuncia un principio generale di ricerca prioritaria della composizione amichevole delle liti che possono intervenire tra i fedeli, tramite strumenti di risoluzione delle controversie alternativi al giudizio quali la mediazione, la transazione o il giudizio arbitrale[44]. Il can. 1733 prevede inoltre il ricorso preferen-

---

[42] Norme complementari della Conferenza episcopale del Ghana, approvate l'8 novembre 2006, in *Legislazione delle Conferenze episcopali complementare al C.I.C.*, cit., p. 464. Sebbene le altre Conferenze episcopali del continente africano non abbiano formalmente adottato una norma analoga, sembrerebbe che anche la prassi normalmente seguita dalle diocesi di altri Paesi sia orientata in tal senso (v. ad esempio, con riferimento alla Costa d'Avorio e al Benin, Nicolas Edjo, *Mariage coutumier, civil et religieux*, cit., pp. 173 ss.)

[43] *Ibidem*, p.470.

[44] Tale principio trova ulteriore specificazione nei cann. 1659, 1695, 1713-1716. In tema, si vedano Michele Riondino, *La "Mediazione" come decisione condivisa*, in *Apollinaris*, n. 2, 2011, pp. 607 ss.; Daniel Roseman, *Mediation in the Church: a review of the literature and of the key elements of mediation*, in *Studia canonica*, n. 1, 2013, pp. 163 ss.; Raffaele Santoro, *Il tentativo di conciliazione nel diritto processuale canonico*, in *Diritto e religioni*, n. 1, 2012, pp. 45 ss.; con riferimento al tentativo di conciliazione nell'ambito delle cause di nullità matrimoniale (originariamente previsto nel can. 1676 e successivamente venuto meno per effetto della riforma del processo matrimoniale realizzata dal m.p. *Mitis Iudex Dominus Iesus* del 15 agosto 2015), Ilaria Zuanazzi, *La disponibilità dell'azione di nullità del matrimonio nel processo canonico*, in *Studi in onore di Carlo Gullo*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2017, vol. III, pp. 622 ss. In prospettiva storica, si vedano Valerio Gigliotti, *Conciliazione e mediazione nel diritto della Chiesa, reviviscenza di una prassi*

ziale all'accordo stragiudiziale fra le parti nell'ambito delle contese insorgenti fra l'autore di un decreto amministrativo e il destinatario del provvedimento, rinviando alla normativa locale (della Conferenza episcopale o del vescovo diocesano) per la costituzione di organismi stabili di conciliazione (§ 2)[45].

Nel 2009 – anno cui risale l'ultima compilazione sistematica delle norme emanate dalle conferenze episcopali in complemento al diritto codiciale – soltanto due Conferenze episcopali del vecchio continente (olandese e francese) avevano emanato norme in attuazione del § 2 del can. 1733[46]. Una produzione normativa maggiore in questo campo sembra invece aver interessato territori di 'nuova' cristianità, come il Sudamerica e l'Africa[47]. Se si considera lo svi-

---

storica, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 2018, pp. 244 ss.; Matteo Nacci, *Decidere per ragioni: l'Arbitrato. Profili storico-giuridici*, in *Apollinaris*, n. 2, 2011, pp. 311 ss.

[45] Cfr. Kurt Martens, *La protection juridique dans l'Église: les tribunaux administratifs, la conciliation, et du due process*, in *Studia canonica*, n. 1, 2002, pp. 227-229 e 237 ss. Cfr. anche Paolo Gherri, *La conciliazione nel Diritto (pubblico) canonico: il Can. 1733*, testo provvisorio della relazione svolta al Convegno "La mediazione nelle controversie religiose tra diritti statali e diritti religiosi" (Torino, 20 aprile 2018) (per gentile concessione dell'Autore).

[46] Norme complementari della Conferenza episcopale olandese, Decreto sull'istituzione di un ufficio diocesano per i ricorsi contro i decreti amministrativi, in vigore dal 1 marzo 1989, ivi, pp. 881 ss. L'ufficio ha il compito di ricercare soluzioni equitative per una composizione amichevole delle controversie nascenti fra un'autorità ecclesiastica e una persona fisica o giuridica a causa dell'adozione o della mancata adozione di un decreto amministrativo. Nel caso della Conferenza episcopale francese, si istituisce un consiglio diocesano di mediazione, con competenze analoghe al suo omologo olandese (Norme complementari, norma pubblicata il 24 agosto 1998, ivi, pp. 397 ss.). Peraltro l'assenza di direttive adottate a livello di conferenza episcopale non esclude la messa in opera di strutture e di prassi di conciliazione in ambito diocesano. Per una panoramica al riguardo, cfr. Kurt Martens, *op. cit.*, pp. 240 ss.

[47] Le Conferenze episcopali di El Salvador e Paraguay hanno stabilito la creazione di un consiglio nazionale di soluzioni equitative (Norme complementari della Conferenza episcopale di El Salvador, approvate il 5 luglio 1987, in *Legislazione delle Conferenze episcopali complementare al C.I.C.*, cit., pp. 1082-1083) o di un consiglio diocesano di equità (Norme complementari della Conferenza episcopale paraguayana, pubblicate il 12 novembre 1994, ivi, p. 960) per le controversie nascenti da un atto di potestà amministrativa; anche la Conferenza episcopale delle Filippine ha ordinato la costituzione, in ogni diocesi, di un comitato permanente il cui compito è quello di ricercare e suggerire soluzioni equitative per la composizione amichevole delle controversie relative ad atti amministrativi (Norme complementari, promulgate il 14 novembre 1984, ivi, pp. 355-356). Altre Conferenze episcopali hanno raccomandato la creazione di consigli diocesani per evitare i conflitti e ricercare soluzioni equitative (Norme complementari della Conferenza episcopale argentina, Decreto sulla creazione di dipartimenti o consigli che ricerchino e suggeriscano soluzioni equitative, promulgato il 13 marzo 1989, ivi, pp. 91-92; Norme complementari della Conferenza episcopale di Panama, promulgate il 30 settembre 1986, ivi, p. 913) o di comitati arbitrali costituiti a livello parrocchiale, diocesano, regionale e nazionale (Norme complementari della Conferenza episcopale di Nigeria, promulgate il 17 febbraio 1989, ivi, pp. 839 ss.). Fra le Conferenze che rimettono al vescovo diocesano l'eventuale costituzione di organismi di conciliazione, la Conferenza episcopale del Cile sembra stabilire comunque un principio di risoluzione preferenziale in via amichevole e stragiudiziale delle controversie: "Para evitar los litigios judiciales no penales (…) las partes han de tratar de resolver el conflicto por transación, avenimiento, compromiso o juicio arbitral, según las normas establecidas por ellos o de acuerdo con la persona que designe el Obispo de una de las partes. Sin un esfuerzo sincero en la búsqueda de este

luppo e la radicazione della prassi della mediazione nella cultura giuridica sudamericana[48]; o la centralità della parola (la *palabre*) rispetto al voto secco come stile decisionale proprio al blocco culturale africano[49]; si può pensare che queste norme canoniche locali riflettano principi di fondo che orientano le interazioni sociali all'interno di queste comunità. In favore di questa conclusione potrebbe porsi il riferimento alla conciliazione come direttiva generale di interrelazione fra le parti, prima che come procedura tecnica, che si può leggere in filigrana dietro alcune formule normative: come per esempio nella norma della Conferenza episcopale argentina che individua, fra i compiti dell'organo deputato alla soluzione equitativa extragiudiziale delle controversie, quello di "*fomentare il dialogo paziente fra le parti*" (art. 2.2)[50].

Qui, fra l'altro, si apre un campo di possibile sinergia fra valori e forme del diritto ecclesiale, da un lato, e *mores* socio-giuridici e culturali, dall'altro, anche nei paesi di più antica cristianità. Anche nella cultura sociale e giuridica di questi ultimi, infatti, si sta progressivamente affermando il principio della conciliazione come opzione preferenziale di risoluzione delle controversie. Si tratterebbe quindi di un ambito di re-inculturazione del diritto canonico in risposta all'evoluzione dei criteri di giustizia socialmente condivisi. Anzi, i valori di carità, comunione e centralità della persona propri della costituzione ecclesiale potrebbero contribuire a produrre forme inedite e migliori di conciliazione e di mediazione anche a livello di diritto civile e di pratiche sociali[51].

In ciò sta anche, mi sembra, un aspetto fondamentale di interesse dell'esperienza canonistica per la formazione del giurista secolare. Le odierne società multiculturali, infatti, evidenziano la necessità di un diritto, e dunque di

---

arreglo no se podrá entablar la litis" (Norme complementari, norma approvata il 14-18 maggio 1984, ivi, p. 258). Anche la Conferenza episcopale ecuadoregna pare orientarsi in questo senso, quando enuncia che, nelle diocesi dove se ne riscontri la possibilità, sia costituita una commissione per la ricerca di soluzioni equitative (Norme complementari, promulgate il 24 settembre 1986, ivi, p. 338).

[48] Per un significativo esempio in tal senso cfr. *El proceso de mediación en el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: miradas desde el Centro de Mediación del Consejo de la Magistratura de la CABA*, Editorial Jusbaires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, e bibliografia ivi citata. La centralità della parola, e quindi della mediazione, come mezzo di risoluzione delle controversie si ritrova anche in alcune culture indigene (segnatamente, fra i *wayúu* della Colombia): cfr. Marcela Gutiérrez, *Pluralismo jurídico y cultural en Colombia*, in *Revista Derecho del Estado*, n. 26, enero-junio de 2011, pp. 100 ss.

[49] Sul tema si veda Jean-Godefroy Bidima, *La Palabre. Une juridiction de la parole*, Michalon, Parigi, 1997. La cultura della mediazione è particolarmente diffusa anche in Estremo Oriente: v. Michele Riondino, *op. cit.*, p. 609.

[50] Norme complementari della Conferenza episcopale argentina, cit., p.92.

[51] Sull'apporto del diritto canonico allo sviluppo in senso migliorativo del diritto secolare si vedano le considerazioni di Andrea D'Auria, *Il diritto canonico e le culture secolari*, in *Ius missionale*, 2017, pp. 221 ss.

operatori giuridici, informati ad un approccio interculturale[52]. Tale approccio si caratterizza per la contestualizzazione culturale delle istanze di riconoscimento delle diverse identità sociali, e delle coordinate di senso e di valore ad esse soggiacenti[53]; ciò al fine di determinare le equivalenze e le simmetrie rintracciabili rispetto al codice culturale proprio dell'ordinamento giuridico nel quale tali istanze vengono avanzate, e che permettono di elaborare soluzioni 'di mediazione', transattive e adattate al contesto sociale di riferimento[54].

I processi di inculturazione che hanno storicamente caratterizzato, e che tuttora caratterizzano il diritto canonico, s'inquadrano proprio nello sforzo di adottare questo tipo di ottica. Malgrado la inevitabile diversità dei fini e delle direttive assiologiche fondamentali che connotano l'ordinamento ecclesiale e gli ordinamenti secolari, essi condividono, a causa della loro storia comune, molti principi e categorie tecnico-giuridiche[55]; per questo, l'opera di traduzione interculturale permanentemente posta in essere dal diritto canonico può fornire un modello utile anche per il giurista dello Stato.

Proprio a partire da queste ultime considerazioni, mi sembra di poter affermare che non solo il diritto canonico non è impermeabile alle esigenze vitali delle comunità umane in cui si inserisce; ma che, al contrario, può funzionare come laboratorio per la sperimentazione di modi efficaci di interazione fra il *typos* normativo e il *kairós* delle particolari situazione storiche ed esistenziali.

In questo senso, esso è paragonabile precisamente a quel matraccio in cui è racchiusa la vita stessa, che lo Zeno sveviano considerava appannaggio esclusivo della scienza (con buona pace della chimica)[56].

---

[52] V. in tal senso Antonio Fuccillo, *Diritto Religioni Culture. La preparazione del giurista alle sfide della società contemporanea*, in *Calumet. Intercultural law and humanities review*, n. 5, 2017, pp. 8 ss.

[53] Mario Ricca, *Dike meticcia*, cit. pp. 12-13.

[54] *Ibidem*, pp. 16 e 21.

[55] Cfr. Andrea D'Auria, *op. cit.*, pp. 235-236.

[56] "Oggi, 2 Febbraio 1886, passo dagli studii di legge a quelli di chimica. Ultima sigaretta! Era una sigaretta molto importante. Ricordo tutte le speranze che l'accompagnarono. M'ero arrabbiato col diritto canonico che mi pareva tanto lontano dalla vita e correvo alla scienza ch'è la vita stessa benché ridotta in un matraccio" (Italo Svevo, *La coscienza di Zeno*, Morreale, Milano, 1930, p. 14).

Diritto canonico e questione femminile

Emma Graziella Saraceni

1. *Esiste propriamente una "questione femminile" nel diritto canonico?*

A cinquant'anni dal Concilio ecumenico Vaticano II, gli studi intorno alla cosiddetta "questione femminile", come espressione intesa a compendiare una pluralità di tematiche e di prospettive di ricerca relative al significato e al ruolo della donna nella Chiesa, hanno raggiunto un tale livello di maturità epistemologica da richiedere, anche alla canonistica, sforzi di indagine specifici e crescenti.

Se infatti il pensiero femminista (nella versione angloamericana del *gender* o in quella europea della differenza sessuale), avviato dalle rivoluzioni femminili del XX secolo, ha sollecitato riletture nei più vasti ambiti della storia della spiritualità, della teologia e dell'antropologia cristiana, sintoniche alle prospettazioni ecclesiologiche del Novecento, non sembra che la canonistica contemporanea possa sottrarsi ad una più approfondita analisi dei propri assetti istituzionali e istituti giuridici (quando non addirittura ad un ripensamento globale del proprio diritto oggettivo), alla luce di questa nuova ermeneutica, se non vuole disattendere gli importanti risultati del dialogo con la cultura contemporanea e di una piena realizzazione della giustizia intraecclesiale nella regolamentazione dei rapporti interpersonali e degli assetti del potere.

Va infatti precisato che quel "segno dei tempi", già molto addietro riconosciuto dal Magistero[1] nella presa di coscienza femminile circa il valore ed i ruoli (intesi per lo più sul versante dello spazio pubblico) delle donne, e che oggi occupa con tanta frequenza l'insegnamento e le iniziative riformiste promosse da Papa Francesco, non soltanto non va confuso con la ideologia

[1] Secondo la nota espressione di Giovanni XXIII, Lettera Enc. *Pacem in terris*, n. 22, in AAS 55, 1963, pp. 254-304.

del *gender* nella sua versione più decostruttiva, apertamente condannata dalla Chiesa, e da questa ritenuta pericolosa e fuorviante[2].

Non andrebbe nemmeno, l'approccio ermeneutico che da tale impostazione consegue, diminuito nella propria portata euristica, quando si intenda il genere – come correttamente si deve – nel suo nucleo semantico primordiale (ma non per questo meno pregno)[3] che indica la differenza sessuale[4].

Un registro sessuato, nell'interpretazione del diritto canonico può infatti assumersi, come piuttosto recentemente si tende a fare, non solo negli studi della storia e delle fonti del diritto canonico, per rivelare asimmetrie nella distribuzione dei poteri, omologazioni, rapporti di forza, o al contrario felici espressioni di dinamiche inclusive; per ricercare, ancora, la matrice umana o divina dei precetti che giustificano identità e differenze di trattamento.

Più incisivamente, si può ritenere che la prospettiva suggerita appartenga alla dimensione giuridica intraecclesiale nella stessa misura in cui al diritto appartengono la disciplina del fatto umano inteso nella sua componente di statuti personali e di relazioni sociali, ovvero la realizzazione di un'autentica giustizia.

C'è invero una cifra di giustizia radicale al fondo della metodologia che utilizza la differenza sessuale e le specificità personali ad essa riconnesse (al livello biologico, antropologico e ontologico della persona umana) come chiave di lettura di relazioni e modelli presenti in tutte le branche del sapere umanistico.

Nello specifico del diritto canonico, è stato evidenziato come una visione realistica del diritto imponga da un lato la predisposizione di statuti personali (cioè di insiemi di situazioni giuridiche soggettive) corrispondenti alla *struttura ontologica della persona*, in modo di esprimere adeguatamente la sua condizione individuale; dall'altro, richieda che la dignità personale si affermi attraverso relazioni improntate ad un *riconoscimento reciproco e simmetrico*,

---

[2] Può consultarsi il noto documento della Congregazione per la dottrina della fede, *Lettera ai Vescovi della Chiesa cattolica sulla collaborazione dell'uomo e della donna nella Chiesa e nel mondo,* 31 luglio 2004, in *Il Regno. Documenti,* n. 15, 2004, p. 473, n. 8. Più di recente può vedersi l'*Instrumentum laboris* del Sinodo straordinario dei vescovi su *Le sfide pastorali sulla famiglia nel contesto dell'evangelizzazione*, i cui nn. 121-126 (in punto di contraccezione) e nn. 110-120 (in punto di amore omosessuale) fanno riferimento alla "ideologia del gender". Il pensiero di genere viene riprovato dalla Chiesa cattolica quando inteso nella sua variante culturale estrema, che nega le diversità biologiche per affermare una fondazione puramente culturale e sociale (cioè in buona misura convenzionale) delle identità sessuali.

[3] Viste anche le recenti operazioni ermeneutiche volte a valorizzarne il significato nell'ambito della ricerca teologica. Cfr. Benedetta Zorzi, *Al di là del "genio femminile". Donne e genere nella storia della teologia cristiana*, Carocci, Roma, 2013.

[4] Ciò che ne costituisce la matrice storica. Sul tema, Cristina Simonelli, *Teologia differenza e gender: un dibattito aperto*, in *St Pat*, n. 62, 2015, pp. 73-88

secondo un ordine oggettivo della convivenza umana[5].

Si evidenzia così, in altre parole, la antica, sottesa concezione dei diritti soggettivi come espressione della giusta misura di partecipazione al diritto oggettivo di un dato ordinamento.

Questa fondazione, per così dire, metafisica si arricchisce, nel diritto della Chiesa, del dato sacramentale, appartenendo la giustizia dell'ordine umano delle relazioni intraecclesiali al piano della Redenzione, nel senso di realizzare, già nella compagine visibile dell'istituzione terrena ecclesiastica, il mistero della salvezza e di contribuire poi a questo esito in termini escatologici.

Infatti, non va dimenticato che il diritto canonico è anche un segno sacramentale (sia pure in senso analogico), realizzando attraverso la propria opera di mediazione la missione salvifica di Cristo.

Pertanto le posizioni soggettive e le relazioni di tutti i membri della Chiesa devono essere improntate, oltre che alla dignità naturale della persona umana, alla dignità soprannaturale dei cristiani, ed al precetto evangelico della carità fraterna, cioè a quella reciprocità nella fratellanza che supera la giustizia terrena con l'"oltre misura" dell'amore dovuto e richiede oltre che la rinuncia ad ogni strumentalizzazione egoistica dei propri diritti, la convergenza di ognuno verso il "noi ecclesiale".

Una simile giustizia caritatevole, operante tra i membri del Popolo di Dio, appartiene nientemeno che al dominio della *oggettività visibile della comunione*, e dunque mira a realizzare quella particolarissima esperienza, anche giuridica, di condivisione e di mutua interiorità che ha segnato, con impronta originalissima, la storia della Chiesa[6] e che ne connota l'identità.

La realizzazione giuridica del principio della *communio,* come anche quella delle acquisizioni della ecclesiologia e della teologia novecentesche (soprattutto in ordine alla parità, di dignità e di azione, di tutti i battezzati nella cooperazione alla edificazione del Corpo di Cristo), riposa dunque anche sulla soluzione della cosiddetta questione femminile.

Non può darsi comunione senza le donne, si potrebbe, provocatoriamente, affermare senza promuovere la realizzazione della giustizia al primo livello delle relazioni comunionali quello tra maschile e femminile (la differenza sessuale essendo il modello più assoluto di diversità e costituendo, dal punto di vista antropologico, l'esempio del più alto grado di complementarietà uma-

---

[5] Ilaria Zuanazzi, *La donna soggetto e protagonista nel diritto della Chiesa*, *Relazione* al convegno *"Va' dai miei fratelli. Di' loro" (Gv 20,17). Le voci delle donne nella Chiesa*, Torino, 29 marzo 2014. Carlos Errazuriz Mackenna, *Corso fondamentale sul diritto nella Chiesa*, Giuffré, Milano, 2009, p. 31 ss, p. 51 ss.

[6] Carlos Errazuriz Mackenna, *Corso fondamentale sul diritto nella Chiesa*, cit., pp. 32-33.

namente sperimentabile); come è stato sostenuto, l'interazione tra queste due componenti della società ecclesiale illumina la comprensione della struttura interna del Popolo di Dio e della stessa Chiesa[7].

Per anticipare, in conclusione di questa premessa, qualche considerazione di tipo tecnico-giuridico (che più oltre si avrà cura di sviluppare) va aggiunto che, come ogni quesito costruito a partire dal binomio identità-differenza, anche quello del genere sessuato, quale radice di eventuali diversità di trattamento, è un problema che può pensarsi giuridicamente in termini di ragionevolezza (come è stato recentemente proposto).

Guardando alle fonti (nella loro doppia derivazione, umana e divina), da un lato, e allo statuto ontologico della persona, dall'altro, si è dunque condotta un'analisi delle situazioni giuridiche soggettive dei fedeli, in rapporto a quella che, secolarmente, potrebbe chiamarsi la distribuzione del potere, in termini di proporzionatezza, fondatezza, ragionevolezza, appunto.

Lo si vedrà più avanti nel dettaglio; si può tuttavia sin d'ora anticipare che la complessità che normalmente inabita la parallela tematica della ragionevolezza sul versante laico, e che è dovuta all'innesto del tema identità-differenza sul doppio registro di natura e cultura, si arricchisce qui dell'ulteriore elemento della sovrannatura.

2. *Le possibili dimensioni del femminino (ricordando Edoardo Dieni)*

È passato quasi un ventennio da quando una voce isolata di un fine canonista – e prima ancora umanista- prematuramente scomparso, si accingeva a studiare l'intera problematica della donna nella Chiesa (e nelle Confessioni religiose), muovendo sia dalla prospettiva ecclesiasticistica[8] del raffronto tra principio di non discriminazione in base al sesso e possibili trattamenti discriminatori, praticati all'interno dei gruppi religiosi, sia da punti di vista più squisitamente canonistici[9].

Ne emergevano quelle idee di fondo che avrebbero orientato la futura ricerca verso esiti di maturazione tali da investire il piano della dogmatica giuridica, e che sono essenzialmente identificabili nella critica delle categorie

---

[7] Ilaria Zuanazzi, *La reciprocità nell'equivalenza e nella differenza quale paradigma della condizione delle donne nella Chiesa*, Relazione al Convegno *Donne e appartenenze confessionali tra diritto dello Stato e diritti religiosi*, Trento, 23-24 novembre 2017.

[8] Una delle più risalenti pubblicazioni dell'Autore: Edoardo Dieni, *Appartenenza religiosa e diritti della donna: per una mappatura preliminare del campo d'indagine*, in *QDPE*, n.1/ aprile 2000, p. 217 ss.

[9] Tra le prime pubblicazioni dell'Autore sul tema, si segnala Edoardo Dieni, *Il volto materno del diritto canonico,* in *www.nomokanon.de/abhandlungen/013.htm*.

giuridiche della tradizione liberale dei diritti, mossa a partire dagli studi della filosofia politica e della filosofia del diritto (ultimamente influenzati dalle teorie psicologiche e dal femminismo giuridico); nella valorizzazione del personalismo cristiano, storicamente sperimentabile nella regolamentazione delle relazioni interpersonali (per antonomasia nel modello della relazione sponsale), attraverso un'attenta analisi delle fonti e della più genuina tradizione canonistica; nell'integrazione dei modelli "di genere" – maschile e femminile- nell'interpretazione del diritto canonico, come diritto della cura, e nella rappresentazione androgina dell'Istituzione cattolica (anch'essa, per eccellenza, strumento curativo)[10].

Non solo la vastità e la profondità di una tale ricerca appaiono tutt'oggi insuperate, ma sembra anche di poter affermare che i livelli essenziali dell'indagine sul tema della donna (o del femminile) nella Chiesa siano stati fissati.

In particolare, questi consisterebbero in una – semplificando- triplice prospettiva: quella più nota (e più ovvia) del ruolo riservato alla donna nella comunità ecclesiale, cioè se ella abbia diritti e doveri propri, prerogative, poteri e responsabilità specifiche; quella teologico-ecclesiologica, volta a ridefinire la Chiesa come sacramento e come Istituzione, alla luce della differenza di genere; quella, infine, dogmatica, che investe l'intera prospettazione dell'ordinamento canonico e del suo diritto secondo gli stereotipi di maschile e femminile, intesi in senso idealtipico.

Mentre però ai primi due livelli dell'analisi si affolla, soprattutto in questi ultimi anni, una pluralità di studi[11], al ricordato Autore va il riconoscimento di avere indicato e, da solo, percorso, quella nuova e terza dimensione, che conviene dunque esporre sinteticamente, premettendola – in quanto posizione dot-

---

[10] La sintesi e il fiore degli studi condotti dall'Autore sul tema si può ritrovarsi in Edoardo Dieni, *Il diritto come "cura". Suggestioni dall'esperienza canonistica*, in *Stato, Chiese e pluralismo Confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), giugno 2007.

[11] Specificamente rivolte allo statuto giuridico femminile sono già le considerazioni di Stefano Ottani, *Lo statuto giuridico della donna nella Chiesa locale: premesse e prospettive*, in *Apollinaris*, XXXVIII, Roma, 1985, pp. 69-118; Juan Ignacio Bañares, *La consideracion de la mujer en el ordenamièntо econòmico*, in *Ius canonicum* XXVI, 1926, p. 246 ss.; Adele Zannoni Messina, *La presenza della donna nella vita della Chiesa*, in *I laici nel diritto della Chiesa*, LEV, Città del Vaticano, 1987, pp. 132-138; Silvia Recchi, *La donna nella disciplina del nuovo codice*, in *Quaderni di Diritto Ecclesiale*, II, 1989, pp. 203-210; Maria Blanco, *La mujer en el ordenamiento juridico canonico*, in *Ius Ecclesiae*, IV, 1992, pp. 615-627; Giorgia Cassandro, *La donna nella Chiesa d'oggi: problemi e prospettive*, in *Il Dir. Fam. e Pers*., XXII, 1993, pp. 1380-1394; Donata Horak, *In tema di uguaglianza dei christifideles; la posizione della donna nell'ordinamento canonico*, in Aa.Vv., *Diritto "per valori" e ordinamento costituzionale della Chiesa,* Torino, 1996, pp. 262-273; Carmen Pena Garcia, *Status juridico de la mujer en el ordenamiento de la Iglesia*, in *Rev. Esp. Der. Can*., LIV, 1997, pp. 695-700; Maria Elena Olmos Ortega, *La consideracion de la mujer en los documentos de la Iglesia*, in *Rev. Esp. Der. Can*., LV, 1988, pp. 233-254. Per la letteratura più recente, si rinvia alle note 72, 73, 75 (relativamente allo statuto giuridico comune di tutti i fedeli); 76, 77 e *passim* (con riguardo più specifico alla questione femminile).

trinale originale e isolata – alla trattazione più generale del tema in oggetto[12].

La geniale applicazione degli studi del femminismo giuridico ai paradigmi del diritto canonico, muove – come si è accennato – dalla dichiarata risposta del giurista de quo alle istanze etiche sottese alla crisi del diritto contemporaneo, ed in particolare, all'esigenza di promuovere un diritto *neo-umanista* nell'età contemporanea della tecnica e dell'utilitarismo economicista.

L'aspetto "femminile" del diritto canonico consisterebbe anzitutto nella sua finalità curativa, specifica e propria, che sorprendentemente anticipa di molti secoli la moderna *etica del care*; mentre infatti i diritti soggettivi, costruiti sulla categoria liberale dell'individuo, rappresenterebbero un tratto maschile, la sollecitudine per l'altro, la cura, l'empatia, meglio esprimerebbero le caratteristiche femminili.

Un terreno privilegiato di verifica sarebbe rappresentato dal rapporto coniugale, nella sua prospettazione curativa, come storicamente disciplinata, secondo la versione più rigidamente juscorporalista, ovvero in rappresentazioni temperate dagli aspetti più spirituali del coniugio; ed ancora, da quelle espressioni storiche della disciplina matrimoniale volte alla protezione della parte debole del rapporto, e al riconoscimento di varie forme di solidarietà interpersonali.

Al livello ordinamentale, le coppie oppositive ricavabili dalla bipolarizzazione sessuale attribuirebbero al femminile i seguenti aspetti (ed al maschile lo speculare l'inverso): la flessibilità del diritto, con i relativi istituti e strumenti canonicamente atti a realizzarla (amministrativistici, quali, ad esempio, la dispensa, la *tolerantia*, la *dissimulatio*, e non, come ad esempio l'equità canonica, il diritto particolare, il diritto consuetudinario, etc…); l'argomentazione, la persuasione, e dunque ogni aspetto pedagogico connesso al diritto come retorica ed il cd. "soft law" (l'argomentazione femminile non si baserebbe sulla deduzione logica quanto piuttosto sulla ponderazione equitativa che appartiene alle operazioni di bilanciamento dei valori[13]); i tratti di "common law" rinvenibili nell'ordinamento canonico (in specie nel diritto suppletorio: il diritto curiale e la dottrina giuridica).

Più al fondo, la rappresentazione femminile del diritto richiamerebbe quel senso sostanziale della giustizia materiale (espresso anche dalle forme di obiezione di coscienza[14]) basato sul sentimento di empatia, o – cristianamente- di *pietas*, che in un ordinamento ideale si rivela, auspicabile completamento

---

[12] Edoardo Dieni, *Il diritto come "cura"*, cit.

[13] Cfr. *op. ult. cit.*, p. 47, e ivi note 136 e ss.

[14] Cfr. *op. ult. cit.*, p. 40 e ss.

dell'aspetto maschile del diritto: la certezza formale e la razionalità astratta.

Ci si può allora domandare, proseguendo sulla falsariga di queste riflessioni, e cioè adottando un registro di dogmatica giuridica, se anche il potere ecclesiastico, quello gerarchico, come massima espressione dell'Istituzione curativa per eccellenza (la Chiesa appunto), nella sua ritrovata configurazione di *munus,* cioè di servizio svolto nell'interesse altrui, non si presti a rivelare un tratto femminile, esprimendo sollecitudine verso il destinatario di "atti potestativi".

Non sia cioè, anche, francescanamente, materno, come è vero che la madre non domina ma governa, educa e guida con tenerezza (Francesco d'Assisi, I *Regola non bollata* 9, II)[15].

Non sfuggirà come la cura costituisca un elemento della definizione classica (tomistica) della legge, cioè dell'atto che per antonomasia esprime il potere pubblico, esercitato dal Pastore sulla comunità di cui è responsabile

È singolare allora che proprio da questa cura le donne siano state, e in parte siano tuttora, estromesse[16].

3. *Spunti di teologia e di ecclesiologia nella "Ecclesia semper reformanda"*

È noto come la teologia del Novecento abbia approfondito il tema della bipolarità sessuale applicandolo alla realtà sacramentale della Chiesa, con il risultato di evidenziare il doppio principio, petrino e mariano, che connota il volto dell'istituzione ecclesiastica[17], e che tanto spesso compare nei documenti del Concilio ecumenico Vaticano II[18].

---

[15] In ordine al potere come reciproco servizio, l'"alter ego" femminile di Francesco, Santa Chiara, prescrive nella sua Regola che la madre superiora debba esercitarlo umilmente e "conferire con tutte le sorelle circa le cose da trattarsi, perché spesso il Signore manifesta ciò che è meglio nel più piccolo" - *Regola di Santa Chiara* IV, 17. Molti spunti in ordine al potere come protezione, cura e misericordia, possono rinvenirsi nella vita religiosa femminile francescana che, come ricorda un'illustre studiosa, ha segnato, una *femminilizzazione* del cristianesimo europeo tra il XIII ed il XVI secolo. Così Adriana Valerio, *Donne e Chiesa: una storia di genere*, Carocci ed., Roma, 2017, partic. 99 ss.

[16] Nel senso che non possono assumere attraverso l'emanazione di leggi, la responsabilità pastorale di una comunità.

[17] Basterà pensare alla teologia sessuata di Hans Urs Von Balthasar, in *Lo spirito e l'istituzione*, trad. it. Brescia, 1979, ispirata dalla mistica di Adryenne Von Speyer, *Mistica oggettiva*, antologia di scritti a cura di B. Albrecht, Milano, 1985, partic. pp. 180-182.

[18] LG., nn. 15, 28, 41, 51; D.V., n. 3; G.S., nn. 21 e 92; U.R., nn. 7, 15 e 20; P.O., nn. 2 e 5; G.E., n.2; N.A. n. 5; D. H., n. 15; A.G., nn. 2 e 11: fanno riferimento a Dio-Padre; S.C., n. 103; L.G. nn.15, 46, 52, 54, 56, 57, 60, 61, 62, 63, 65, 69; U.R., n.15; O.E., n.30: fanno riferimento a Maria-Madre. La figura della Madre Chiesa compare in S.C., nn. 14, 60, 85, 102, 122; L.G., nn.6, 14, 15, 42; D.V., nn. 11 e 19; G. Ae., Proemio; I. M., n.2.

Dal punto di vista istituzionale, questo segna la comunità ecclesiale sia in senso patriarcale che matriarcale, conferendo ad essa quei particolari tratti (secondo una nota espressione) di *Rex tremendae maiestatis* e, contemporaneamente, di *Mater misericordiae*.

Un'androginia, per così dire, oggetto di ammirato interesse nelle celebri riflessioni di filosofia politica e di diritto ecclesiastico condotte da illustri autori passati[19], e che più recentemente si presta a descrivere l'ordinamento giuridico canonico in termini di *complexio oppositorum*, strutturata attorno ai formanti del principio autoritativo-patriarcale (che comporta rigidità, rigorismo, certezza del diritto in senso formale) e principio epicheietico-matriarcale (che significa flessibilità, indulgenza, certezza materiale del diritto)[20].

Ai fini di questo lavoro va evidenziato come la Chiesa nel suo essere realtà sacramentale e misterica, dal doppio elemento divino e umano, presenti una connotazione femminile in quanto Sposa di Cristo e Suo corpo mistico[21].

E proprio intorno ai tratti femminili si sono recentemente sviluppate correnti della della teologia che, attraverso l'esegesi delle fonti scritturistiche di Antico e Nuovo Testamento, hanno evidenziato le metafore della maternità di Dio[22] ed i possibili caratteri femminili della figura di Cristo e della Trinità[23], di Paolo e, come testimonia la storia della spiritualità, di alcuni Santi[24].

Peraltro viceversa, è stato notato anche, come ad alcune grandi Sante (Chiara d'Assisi, Caterina da Siena, ad esempio ed altre ancora) possano ascriversi tratti tipicamente maschili (di ego, coraggio, determinazione), riscontrabili pure in figure di spicco nella storia della Chiesa (come le badesse)

---

[19] Come ricorda Edoardo Dieni, *Il diritto come "cura",* cit., p. 22 ss., che si riferisce a Carl Schmitt, *Cattolicesimo romano e forma politica. [La visibilità della Chiesa. Una riflessione scolastica]*, trad. it., Milano, 1986, partic. p.36; Francesco Ruffini, *La codificazione del diritto ecclesiastico*, in *Studi di diritto in onore di V. Scialoja*, II, Milano, 1905, ora in Id., *Scritti giuridici minori*, Milano, I, 1936, pp. 93-95.

[20] Roberto Mazzola, *Il diritto vivente nell'ordinamento giuridico della Chiesa*, in Rinaldo Bertolino-Sandro Gherro- Gaetano Lo Castro, *Diritto "per valori" e ordinamento costituzionale della Chiesa*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 321.

[21] Cfr. Pio XII, Lett. Enc. *Mystici Corporis*, 29 giugno 1943.

[22] L. Boff, *Il volto materno di Dio. Saggio interdisciplinare sul femminile e le sue forme religiose*, trad. it. Brescia, 1981, p. 84 ss.; V. Raney Mollenkott, *Dio femminile. L'immaginario biblico di Dio come donna*, trad. it. Padova, 1996.

[23] Secondo la mistica inglese, Giuliana da Norwick (1342-1416), Gesù Cristo è la nostra vera madre, così Ead., *Libro delle Rivelazioni,* 57. Per uno studio sulle metafore femminile del sacro Kari Elisabeth Børresen, *Le madri della Chiesa. Il Medioevo*, Napoli, 1993.

[24] Francesco d'Assisi, ad esempio, rappresentava se stesso, simbolicamente, con immagini femminili, come ricordano le molte testimonianze storiche. Giovanni Grado Merlo, *Frate Francesco,* Il Mulino, Bologna, 2013.

e, più indietro nel tempo, nelle martiri[25] .

Il modello della *mulier virilis* è stato proposto dal pensiero di molti Padri della Chiesa, filosofi, teologi e giuristi, come ideale capace di riscattare le donne dalla loro condizione di debolezza e di inferiorità[26].

Tutto ciò lo si afferma con la consapevolezza, almeno quella minima, di quanto ogni tipizzazione dei caratteri personali riconducibile alla sessualità non sia che una rappresentazione astratta, da verificare alla luce della concretezza storica, tenendo presente gli sviluppi del pensiero di genere dell'ultimo trentennio, secondo cui le identità sessuali si compongono di dato biologico, fatto sociale ed elemento simbolico.

Venendo alle acquisizioni di bibliste, teologhe e storiche che più direttamente ineriscono al tema qui in esame, bisogna essenzialmente segnalare le seguenti operazioni culturali, come la migliore dottrina non ha mancato di evidenziare[27]: una esegesi critica delle fonti scritturistiche e storiche, che ha consentito di sceverare quanto genuinamente cristiano da elementi spuri, quali i condizionamenti contingenti, storico-culturali fino alle più macroscopiche ipotesi di interpolazioni ; una riflessione sulla capacità della donna nella economia della Grazia e della Redenzione, per lo più in relazione alla negazione del sacerdozio femminile e comunque alla ricerca di possibili nuove attribuzioni ministeriali; una rilettura della bimillenaria storia della Chiesa tutta tesa a restituire visibilità, culturale ed istituzionale, ad universo femminile sommerso da una *memoria maschile selezionatrice*[28].

A titolo puramente esemplificativo, e per seguire la schematizzazione tracciata, si possono inizialmente richiamare i molti studi sul dato veterotestamentario, volti alla valorizzazione della eguale dignità creaturale appartenente alla persona umana sessuata (la *imago Dei* riflettendosi nella creatura declinata nei due sessi[29]); tali approfondimenti si collocano sulla scia della ecclesiologia post-conciliare che tanto profondamente ha innovato la concezione della comunità ecclesiale (attraverso la categoria del Popolo di Dio e la riaffermazione

---

[25] Il cui coraggio, in una cultura maschilista (cioè costruita attorno alla ritenuta superiorità naturale dell'uomo), le ha rese oggetto di ammirazione e rispetto, testimoniandone la pari dignità rispetto agli uomini. Per queste testimonianze, Adriana Valerio, *Donne e Chiesa*, cit, p. 38.

[26] Può essere utile consultare Aa.Vv., *Le donne nello sguardo degli antichi autori cristiani. L'uso dei testi biblici nella costruzione dei modelli femminili e la riflessione teologica dal I al VII secolo*, Kari Elisabeth Børresen – Emanuela Prinzivalli (a cura di), "*La bibbia e le donne*", 5.I, Il pozzo di Giacobbe, Trapani, 2013; Adriana Valerio, *Cristianesimo al femminile. Donne protagoniste nella storia delle Chiese*, D'Auria, Napoli, 1990 (pp. 33-56 per le martiri cristiane).

[27] Ilaria Zuanazzi, *La reciprocità nell'equivalenza e nella differenza*, cit.

[28] Adriana Valerio, *Donne e Chiesa*, cit., 14 e *passim*.

[29] Secondo il racconto genesiaco della creazione dell'uomo. (Genesi, 1, 26-28).

della comune capacità giuridico-sacramentale dei battezzati nell'edificazione del Corpo di Cristo).

Va poi menzionata l'esegesi neotestamentaria volta a dimostrare la considerazione (*al limite dello scandalo*[30]*)* riservata da Gesù alla creatura femminile (testimone privilegiata della Resurrezione; lodata per la propria fede; interlocutrice di importanti dialoghi, anche di spessore teologico[31]); e ancora, la novità dirompente dell'insegnamento e del comportamento del Signore verso il superamento di una cultura religiosa (quella ebraica del tempo) di esclusione della donna (la circoncisione, che segna l'ingresso nella comunità ebraica, è sostituita dal battesimo; il corpo della donna, considerato sino ad allora impuro, viene riscattato da ogni asserita impurità; il Tempio è sostituito dal mondo), il riscatto di ogni situazione di emarginazione, il rifiuto di ogni esclusione infondata.

Di grande rilievo è anche l'analisi puntuale dei più significativi e noti passi di Paolo, a partire da quelli sulla radicale parità dei cristoconformati (l'eguaglianza battesimale dei rigenerati in Cristo, che annulla ogni condizione di minorità – Galati 3, 28 [32]; Col. 3,11; la parità tra i coniugi, nell'eguale osservanza della fedeltà e della indissolubilità matrimoniale - Cor 7, 1-11) fino a quelli più problematici, esaminati con metodo di critica storica, e talvolta persino ritenuti spuri.

In particolare, può pensarsi alla giustificazione pratica e contingente fornita alla prescrizione di velare il capo nelle pubbliche assemblee (I Cor 14,34) [33], ed al notissimo *mulieres in Ecclesiis taceant* (I Cor., II, I ss.), ritenuto da molti una interpolazione[34], che pesanti ricadute avranno nel testo fondamentale del

---

[30] L'espressione è di Ilaria Zuanazzi, *"*Sinite Eam*". La valorizzazione della donna nel diritto della Chiesa*, in *Il Diritto Ecclesiastico* 3-4, 2008, p. 562.

[31] Ci si riferisce, rispettivamente alle figure di Maria di Magdala - *apostola apostolorum-;* della cananea, della peccatrice, dell'emorroissa; di Marta e Maria, della Samaritana.

[32] Com'è noto, si eliminano le minorità non le differenze legittime; compare infatti *oudé* tra maschio e femmina, in luogo di *né*, che viene invece usato per le altre ipotesi di differenze contenenti posizioni asimmetriche, quali quelle tra schiavo e libero, ebreo e pagano. Maschio e femmina costituisce invece una distinzione che va mantenuta, in quanto positiva.

[33] Sarebbe da spiegarsi con la particolare vivacità della comunità di Corinto, le cui donne, opponendosi, come segno di emancipazione, alla prassi sociali dell'uso del velo, rischiavano il discredito e la condanna morale (venendo scambiate per prostitute o eteree o identificate con le baccanti dei riti orgiastici. Paolo vuole invece che l'assemblea ecclesiastica si svolga con decoro e ordine. Sull'intera problematica, GianCarlo Biguzzi, *Velo e silenzio. Paolo e la donna* in I Cor. II, 2-16 e 14,33 b-36, EDB, Bologna, 2001.

[34] Sarebbe infatti in contrasto con il riconoscimento, nella stessa lettera paolina, della profezia femminile, secondo la prassi che effettivamente poteva riscontrarsi in quelle comunità. Il divieto di parola in pubblico risulta inoltre in linea con le Lettere Pastorali – Prima e seconda lettera a Timoteo e Lettera a Tito, erroneamente attribuite a Paolo ma invece successive a lui- in cui si fa divieto alla donna

diritto canonico classico: la *Concordia discordantium canonum* di Graziano (come si vedrà).

Gli studi paolini, inoltre, hanno evidenziato la distinzione operata tra le prime sette lettere di Paolo e le successive sei, pseudopaoline, nelle quali ultime il rapporto tra i sessi appare gerarchizzato e la posizione della donna subalterna rispetto all'uomo[35].

E ancora, gli approfondimenti delle fonti della letteratura apostolica in genere, hanno consentito il recupero delle testimonianze storiche sulla comunità primitiva e sui ruoli che le donne vi esercitavano.

Quanto al secondo aspetto degli approfondimenti teologici sopra accennati, e cioè quello relativo alla "grandezza spirituale" della donna, è stata evidenziata quella parte del pensiero più autenticamente cristiano, inerente alla capacità femminile di ricevere la grazia (a partire dalla figura di Maria), salla parità tra uomo e donna nell'ordine della salvezza (con Agostino e la tradizione agostiniana, che invece la nega, nell'ordine della natura), ai doni elargiti dallo Spirito Santo alle donne, in particolare la profezia ("*i veri adoratori adoreranno il Padre in spirito e verità"* - Gv. 2, 22-23; *"...dove spira lo spirito santo..."*; "*la profezia non è un sacramento ma un dono di Dio […] e rispetto alle cose dell'anima la donna non differisce dall'uomo*" - Tommaso d'Aquino, *Suppl*., 39, I ad I; "*La profezia non si da al sesso, ma alla purità del core*" - Girolamo Savonarola, *Prediche sopra Ruth e Michea*, predica VIII, 8 settembre 1496)[36] e la diaconia[37].

Da questa generale valorizzazione di una spiritualità non direttamente tradotta in forme istituzionalizzate o ministeriali, alcune correnti teologiche pas-

---

di insegnare per non sovvertire l'ordine familiare e sociale. A voler sostenere invece la paternità paolina della prescrizione sembra che essa vada intesa come ordinata al corretto svolgimento dell'assemblea. Così, Adriana Valerio, *Donne e Chiesa*, cit., p. 33, e Ead. *Le ribelli di Dio: donne e Bibbia tra mito e storia*, Feltrinelli, Milano, 2014, pp. 150-151.

[35] Si rinvia a Marinella Perroni, *Le donne di Paolo*, in *Paolo di Tarso: apostolo o apostata?*, Atti del Seminario invernale (Pesaro, 26-28 gennaio 2007), Biblia, Settimello (Fi), 2008, pp. 29-55; Elisabeth E. Green, *Il Vangelo secondo Paolo. Spunti per una lettura al femminile (e non solo)*, Claudiana, Torino, 2009.

[36] Dove invece la filosofia greco-romana (e la tradizione aristotelica in particolare) influenza gli autori cristiani si manifesta quell'argomento della *infirmitas mulieris* o *imbecillitas sexus* che, a partire dai Padri della Chiesa, sostiene l'inferiorità della donna nell'ordine della creazione e cioè sul piano della natura; quella debolezza, cioè, fisica e morale che la subordina all'uomo e la rende inetta all'esercizio del potere. Questa asimmetria antropologica si ritrova negli stessi autori citati nel testo: Agostino e Tommaso d'Aquino (il quale ultimo afferma, attribuendolo ad Aristotele, "*La corruzione del potere è quando il potere è in mano alle donne*" - Tommaso, *Commento al Corpus paulinum*, Lezione VII, 880). Per i teologi medievali l'inferiorità femminile, fisica, morale e giuridica, viene ricondotta essenzialmente ai primi tre capitoli della Genesi.

[37] Cettina Militello (a cura di), *Donna e ministero. Un dibattito ecumenico*, Dehoniane, Roma, 1991.

sano all'affermazione della probabilità di una ordinazione femminile.

Senza addentrarsi nella complessità di studi che qui rimangono una premessa all'indagine giuridica, va rilevato come la tradizionale motivazione teologica del sacerdozio maschile, che risiede nella rappresentazione di Cristo, e cioè nella capacità tutta e solo maschile di impersonarLo (agendo *in persona Christi capitis*), è contrastata oggi dalle teologhe attraverso la riconduzione alla Chiesa (piuttosto che al ministro operante) della radice ultima di ogni atto sacramentale[38].

Si apre così ad una diversa visione dei ministeri, che però qualcuno ritiene in contraddizione con la cristologia, prima che con le tradizioni socio-culturali delle Chiese d'Oriente ed Occidente, le quali, nel configurare tale *repreaesentatio Christi*, assumono il modello real-simbolico di Cristo sposo della Chiesa sposa[39].

Va tuttavia rilevato come tale motivazione sia stata abbandonata dallo stesso Magistero ecclesiastico, che non la propone più come fondamento del sacerdozio maschile[40].

L'argomento mariologico, invece (la consegna a Pietro, non a Maria, delle chiavi dei Cieli) viene da queste studiose ridimensionato attraverso considerazioni storiche sulla comunità apostolica (i 74 discepoli chiamati all'evangelizzazione, e probabilmente chiamati da entrambi i sessi, superando di molto la rappresentazione della comunità maschile dei dodici), rivolte alla complessa organizzazione della chiesa primitiva, in cui diversi ruoli erano svolti dalle donne (come comprovato dalle fonti)[41].

Il motivo della tradizione, infine, cioè della prassi costantemente seguita dalla Chiesa, non sembra davvero in sé così perentorio e insuperabile, se si ritiene che – come è stato autorevolmente affermato – "*l'assenza di un fatto non è criterio decisivo per concludere sempre prudentemente che la Chiesa*

---

[38] Un riferimento a queste correnti teologiche compare in Ilaria Zuanazzi, *La reciprocità nell'equivalenza e nella differenza,* cit.

[39] Così ad esempio sostiene Walter Card. Kasper, *La collaborazione tra uomini e donne nella Chiesa*, 20 febbraio 2013, in *Il Regno*, *documenti*, 5, 2013, p. 166 ss.

[40] S. C. per la Dottrina della Fede, *Declaratio "Inter insigniores"*, 15 ottobre 1976, in AAS, 69 (1977), pp. 98-116; l'argomento compare ancora in Giovanni Paolo II, *Es. Ap. "Christifideles laici"*, n. 49, in AAS, 81, 1963, pp. 393-521; non più però nella Lettera Apostolica di Giovanni Paolo II *Ordinatio Sacerdotalis*, del 22 maggio 1994.
20, in AAS, 86, 1994, p. 54 ss. Cfr. Gaetano Lo Castro, *Il soggetto e i suoi diritti nell'ordinamento canonico*, Giuffré, Milano, 1985.

[41] Sulla Chiesa primitiva il canonista non può pretermettere il fondamentale saggio di Pier Giovanni Caron, *I poteri giuridici del laicato nella Chiesa primitiva*, Giuffré, Milano, 1975; e Jean Gaudemet, *L'Eglise dans l'Empire romain (IV-V siècle)*, Paris, 1986. Come infatti appresso si dirà, l'estromissione della donna dai ruoli pubblici coincide con la più generale estromissione dei laici dal governo della Chiesa.

non può farlo e non lo farà mai", e che la dottrina del Magistero deve essere compresa dall'intelligenza dei fedeli (pure un posto ha, nella Chiesa, il *sensum fidelium*!), la quale oggi stenta, invece, a capire le ragioni dell'esclusione della donna dal sacerdozio ministeriale quando contemporaneamente se ne afferma la pari dignità rispetto all'uomo[42].

Al di là del sacerdozio, comunque (cui oggi si oppone il Magistero infallibile[43]), le analisi svolte da teologhe, storiche e bibliste sui carismi femminili e sulla originaria esperienza, plurale e multiforme, delle vocazioni ministeriali (la strutturazione gerarchica e monocratica del sacerdozio ministeriale maschile avendosi solo successivamente, e con progressiva accentuazione[44]) hanno consentito di evidenziare, a partire dalla comunità gerosolimitana e in duemila anni di storia, i ruoli di guida, di governo, di profezia, di amministrazione (di sacramenti e cose terrene), svolti dalle donne.

Questo terzo ambito della ricerca ha, dunque, restituito importanza alla componente femminile della Chiesa, sia essa intesa nelle vesti individuali delle figure storiche di spicco, sia, nelle forme istituzionalizzate, e quindi per categorie di appartenenza.

Senza voler compilare un impossibile quanto inutile inventario, basterà pensare, nella miriade delle figure femminili di rilievo, a Febe (esempio illustre di *diaconía*[45]), Appia, Priscilla, Tabita, alle quattro figlie del diacono Filippo, alla isoapostola Tecla (discepola di Paolo) che battezza, insegna e predica[46], nella comunità primitiva; alle *ministre* presenti almeno fino al V secolo; alle incerte figure delle "episcope" o "presbitere" dell'alto medioevo (che si riscontrano fino all'VIII secolo)[47]; alle mistiche ed alle religiose Hil-

---

[42] Così, Giancarlo Pani, *Non si può ricorrere solo al passato*, in La civiltà Cattolica, I, *quad*. 3999, 2017, pp. 209-221. Il teologo citato dall'articolo di Pani è Yves Congar, che si esprimeva nei termini riferiti già nel 1948, prima ancora del Concilio Ecumenico Vaticano II.

[43] Come si dirà più oltre.

[44] Gli studi storici sottolineano la progressiva sacralizzazione dei ministeri a partire dal IV secolo, parallela alla monasticizzazione del clero. Giovanni Grado Merlo, *Il cristianesimo medievale in Occidente*, Laterza, Roma-Bari, 2012. La teologia del XII secolo (celebre la definizione della Ordinazione sacerdotale data da Pietro Lombardo) rimuove le donne dai luoghi e dai ruoli di potere, condensando i poteri sacramentali nelle mani dei Presbiteri. Tra i vari studi si possono consultare, Adriana Valerio, *Il potere delle donne*, in Umberto Eco (a cura di) *Il Medioevo: barbari, cristiani, musulmani*, Encyclomedia, Milano, 2010, pp. 265-269.

[45] Compare l'espressione "diacono" per Febe in *Rm* 16,1; il suo significato proprio è oggetto di studi, come ogni definizione dei ministeri nella Lettera ai Romani. Sicuramente a Febe va riconosciuto un servizio alla comunità degno di tutta nota.

[46] Condannata da Tertulliano, lodata come esempio di virtù da alcuni Padri della Chiesa (come Gregorio Nisseno e Ambrogio), le testimonianze della sua attività compaiono negli *Atti di Paolo e di Tecla*. Cfr. Adriana Valerio, *Donne e Chiesa*, cit., p. 36.

[47] La critica storica oscilla tra considerare costoro le mogli dei vescovi e dei presbiteri o ritenerle

da, Roswitha, Eloisa, Ildegarda di Bingen (note nel loro ruolo di badesse), Matilde di Magdeburgo, Brigida di Svezia, Giuliana di Norwick, Margherita Porete, Giovanna d'Arco, Caterina da Siena; alle donne di potere, come l'imperatrice bizantina Costantina, la longobarda Teodolinda, la visigota Brunilde, le merovingie, Berta e Batilde, Adealide di Borgognona, le regine di Gerusalemme[48], le *feminae praeccellentes* delle consuetudini gallicane[49], la leggendaria papessa Giovanna, Matilde di Canossa, e la madre Beatrice, Sancha d'Aragona, e molte altre.

Relativamente alle istituzioni, basterà pensare ai noti *ordo virginum* e *viduarum*, e alle diacone.

Gli ultimi due ordini attengono propriamente al diaconato femminile, come attestano i Vangeli e le lettere paoline, cioè a quei compiti di servizio alla comunità comprendenti la catechesi, l'apostolato, la carità e l'evangelizzazione[50].

Benché non sia certa l'appartenenza delle diacone al clero (l'afferma, insieme a quella delle vedove, la *Didascalia;* la negano autori come Epifanio, Tertulliano, Ippolito), e le loro funzioni siano limitate, rispetto a quelle dei diaconi (riguardando l'assistenza femminile), vi è chi sostiene che il loro fosse propriamente un "ministero", conferito con rito liturgico (come attesterebbero le *Costituzioni Apostoliche*)[51].

Il punto della vera e propria sacramentalità di tali ordinazioni è dibattuto,

---

coinvolte nell'esercizio del ministero o dell'amministrazione dei beni nella Chiesa. Cfr. *op. ult. cit.*, p. 59.

[48] Per questi riferimenti storici, Adriana Valerio, *Donne e Chiesa: una storia di genere*, Carocci ed., Roma, 2017, partic., pp. 73-74.

[49] Dotate di una giurisdizione sui sudditi, spesso legittimata anche dall'approvazione dell'episcopato.

[50] Sulle vergini consacrate, Rosabianca Bruno Siola, *"Viduae" e "coetus viduarum" nella Chiesa primitiva e nella normazione dei primi imperatori cristiani*, in *Atti dell'Accademia romanistica costantinianana, VIII Convegno internazionale*, Perugia, 1990, pp. 367-426; Vincenzo Lopasso, *L'*Ordo viduarum *negli ordinamenti ecclesiastici dei primi secoli (I-IV)*, in *Vivarium*, n.s., n. 20, 3, 2012, pp. 255-263. Sulle diaconesse, Pier Giovanni Caron, *Lo "status" delle diaconesse nella legislazione giustinianea*, in *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana*, cit., pp. 509-515; Id., *I poteri giuridici del laicato,* cit., pp. 45-52; Cettina Militello, *Le diaconesse e i ministeri femminili?*, in *RPL*, 251, 2005, pp. 40-45.

[51] Cfr. *Constitutiones apostolicae,* VIII, 16-23. Sul punto, Moira Scimmi, *Le antiche diaconesse nella storiografia del XX secolo. Problemi di metodo*, Glossa, Milano, 2004; Aa.Vv., *I ministeri nella Chiesa antica. Testi patristici dei primi tre secoli*, Paoline, Milano, 1997; R. Gryson, *Il ministero della donna nella Chiesa antica. Un problema attuale nelle sue radici storiche*, Roma, 1974. Sulla varietà dei modelli organizzativi nelle comunità cristiane primitive, cfr. Aa.Vv., *Il ministero e i ministeri secondo il Nuovo Testamento*, Roma, 1979. Evidenzia come, nell'evoluzione verso la strutturazione istituzionale della Chiesa dei primi secoli (già ben definita nel secolo III), si aggiunga alla distinzione tra clero e laicato quella tra uomo e donna, nel conferimento dei ministeri, Carlo Fantappié, *Storia del diritto canonico e delle istituzioni della Chiesa*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 37 ss.

e secondo qualcuno è una domanda che storicamente non può essere posta, stante che la distinzione tra sacramenti e sacramentali, nonché la fissazione del numero dei sacramenti (in sette), avviene solo successivamente, e cioè nel XII secolo[52].

In ordine all'essenza propriamente sacramentale dei compiti svolti, vi è chi adduce che le diacone non avessero incarichi all'altare[53], ciò che non esclude, peraltro, una loro partecipazione alla dimensione sacramentale della Chiesa.

Oggi, la questione è notoriamente all'attenzione della *Commissione di studio sul diaconato delle donne*, istituita da Papa Francesco il 2 agosto 2016[54], per verificare la possibilità di restaurare il diaconato femminile.

Come non ricordare infine la categoria delle badesse, vere e proprie "*dominae*" nei monasteri loro affidati (non sempre solo femminili[55]) con poteri di ordine e di giurisdizione, checché se ne possa dire della cerimonia della loro consacrazione (è dubbio se fosse una benedizione o piuttosto una vera ordinazione).

In alcuni monasteri il governo femminile era giustificato sul piano teorico con il ricorso al principio mariano, e in specie alla centralità di Maria nella Pentecoste ed al suo ruolo preminente nella storia della salvezza.

In tutti questi casi, l'evidenza storica mostra come si siano potute dare forme di ministerialità femminili, più o meno istituzionalizzate, delle funzioni di insegnare, governare e santificare, ulteriori al sacerdozio ministeriale degli ordinati.

Molti dei temi sin qui evidenziati sono in chiara sintonia col magistero e con l'opera riformistica di Papa Francesco, nella sua incessante riflessione sulla valorizzazione delle prerogative femminili.

Si penserà, in particolare, e in estrema sintesi, al principio mariano, cui il Pontefice fa più volte riferimento (proprio alla centralità di Maria nella

---

[52] Per una sintesi, G. Macy, *Die Bedeutung der Ordination im ersten Jahrtausend des Christentums*, in *Theologische Quartalschrift,* 192, 2012, pp. 329-341.

[53] Cfr., E.-M. Faber, Diakon, II.3, in *Lexikon für Theologie und Kirche*, III, pp. 180s. Nel senso dell'esclusione di una vera e propria sacramentalità si è pronunciata pure, anni addietro, la Commissione teologica internazionale, *Il diaconato: evoluzione e prospettive*, 30.9.2002, in *EV* 21/940, p. 1139 ss. Sui compiti del diaconato cfr, CEI, *I diaconi permanenti nella Chiesa in Italia. Orientamenti e norme*, I giugno 1993.

[54] Già annunciata dal Pontefice, il 12 maggio 2016, e istituita il 2 agosto dello stesso anno, in risposta alla esplicita richiesta rivolta al Papa da una religiosa, in occasione dell'incontro con le partecipanti all'Assemblea plenaria delle Superiore generali degli istituti religiosi femminili. (USGI)

[55] Si veda ad esempio il caso, in Italia, del monastero di Goleto, a composizione doppia: maschile e femminile, guidato da una Badessa. Giovanni Mongelli, *Storia del Goleto dalle origini ai nostri giorni. Una singolare abbazia presso Sant'Angelo dei Lombardi*, Abbazia di Montevergine e Badia del Goleto, Montevergine (Av), 1979.

Pentecoste, si riferisce il Papa nel rispondere alla domanda sulla importanza della donna nella Chiesa[56]), nel dichiarare l'urgenza del recupero di adeguate espressioni del genio femminile [57](il Pontefice riprende l'insegnamento di Giovanni Paolo II, anche nel presentare le scuse alle donne per le ingiustizie storicamente perpetrate a loro danno[58]), contro soprusi e misconoscimenti (il loro servizio alla Chiesa venendo spesso trasformato in asservimento – *servidumbre*)[59].

Ancora, può pensarsi al dichiarato convincimento, espresso dal Pontefice in dialogo con le partecipanti all'Assemblea plenaria delle Superiore generali degli istituti religiosi femminili (USGI – incontro del 12 maggio 2016, sopra richiamato a proposito del diaconato femminile) che al bene della Chiesa risponda un maggiore coinvolgimento delle donne *nel processo decisionale e nella guida di uffici in Vaticano*[60], come meglio più avanti si dirà.

Infine, si può considerare l'insegnamento della reciproca valorizzazione di uomo e donna come risposta responsabile dell'umanità intera alle generazioni future ed al pianeta Terra, in una collaborazione che superi la cultura del mero rispetto e della sterile parità (le donne e gli uomini dovendo imparare a parlarsi non solo *d'amore ma con amore*)[61].

---

[56] Si ricorderà la Conferenza stampa effettuata durante il volo di ritorno (1 novembre 2016) di Papa Francesco, dal viaggio apostolico in Svezia, 31 ottobre-1 novembre 2016. Il 3 marzo 2018, poi, il Pontefice istituisce con Decreto della Congregazione del Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti (11 febbraio 2018) la festa di Maria Madre della Chiesa, da celebrarsi ogni anno, il lunedì dopo la Pentecoste, per "*favorire la crescita del senso materno della Chiesa nei Pastori, nei religiosi e nei fedeli*".

[57] Il rifiuto da parte di molte teologhe contemporanee impegnate nelle analisi di genere, del ricorso all'espressione del "genio femminile", di conio magistrale (la locuzione notoriamente compare in Giovanni Paolo II, Lettera Apost. *Mulieris Dignitatem*, 15 agosto 1988, in AAS, 80, 1988), sembra condivisibile solo nella misura in cui tale locuzione riduca la rappresentazione del femminino alle immagini verginali o materne, e ne precluda aprioristicamente ruoli diversi, più realisticamente adeguati alla complessità dei tempi. Più difficilmente si può condividere, invece, una più radicale opposizione ad ogni tipizzazione, quanto è vero che questa costituisce operazione appartenente al procedere del giudizio secondo la logica, consentendo quelle operazioni di analogia e di sussunzione senza le quali ogni pensiero – anche non deduttivistico - si perde nella pura osservazione del caso.

[58] Sono note le affermazioni di Giovanni Paolo II, in *Lettera alle donne*, 29 giugno 1995 (cfr. n.3), in AAS 87,1995, pp.803-812.

[59] Papa Francesco, *Discorso del Santo Padre Francesco ai partecipanti al seminario promosso dal pontificio consiglio per i laici in occasione del xxv anniversario della "mulieris dignitatem",* sala clementina, sabato, 12 ottobre 2013, LEV, in *www.vatican.va*.

[60] Ciò che il Pontefice ha già, peraltro, iniziato a fare, ponendo alcune donne negli uffici di alcuni Dicasteri della Curia Romana, o nella composizione di organismi di giudizio (quali ad esempio, Commissione per i crimini di abusi sessuali del clero), e nella stessa Commissione incaricata di studiare la questione del diaconato femminile.

[61] Papa Francesco, *Discorso all'Accademia per la vita*, 5 ottobre 2017, in *www.vatican.va* (LEV), Roma, 2017

Tutto questo chiede nuove forme di corresponsabilità e interpella il canonista per l'ideazione di nuovi ministeri e nuovi strumenti giuridici capaci di attuare il principio della comunione e della pari dignità battesimale.

Forse si trarrebbe, con una provocazione un po' semplicistica, di rispondere alla domanda sul come la creatura femminile, egualmente capace nell'ordine della Natura ed in quello della Grazia, possa essere altrettanto egualmente capace sul piano del diritto, producendo, con atti giuridici, vita soprannaturale.

Alla ricerca di tale risposta[62], sul punto della eguale capacità giuridica, gli studi canonistici si sono dedicati, indagando il tema fondamentale della eguaglianza dei battezzati nelle diversità funzionali dei loro statuti personali.

4. *(prosegue) ...qualche puntuale riscontro canonistico*

Prima di illustrare le posizioni della canonistica contemporanea sullo statuto giuridico del fedele con riferimento alla questione femminile, conviene saggiare, sul piano del diritto canonico, qualcuno degli spunti teologici sopra abbozzati, con particolare riferimento alle diverse possibili interpretazioni della letteratura cristiana (sfavorevoli o favorevoli alla condivisione femminile del potere) e all'esperienza storica dell'abbaziato, così difficilmente inquadrabile nel contesto della teoria della *sacra potestas*.

Relativamente al primo profilo, va segnalato che anche nel diritto canonico si è assistito ad una duplice tendenza esegetica: un orientamento, cioè, di chiusura rispetto alla partecipazione delle donne alla vita della Chiesa, basato su travisamenti o storture dei testi, e, all'opposto, un filone ermeneutico positivo, fondato su esegesi virtuose e fedeli allo spirito evangelico.

Un caso molto noto del primo genere di interpretazioni compare in un passo della *Concordia* di Graziano, che tanto peso ha avuto nel diritto canonico classico e moderno, e che traduce il principio paolino di capitalità ("*Vir caput mulieris sicut Christus caput est Ecclesaie*" – Ef. 5,23 – e "*Omnis vir caput Christus est; caput autem mulieris, vir*" – I Cor., 11-3) in un principio di superiorità (traducendo il seguito "*Viri debent diligere uxores suas, ut corpora sua*" – Ef., 5,28 – in un correlativo "*Mulier corpus viri*")[63]; ne deriva che la

---

[62] La domanda è liberamente posta, nei termini sopra espressi, dalla scrivente.

[63] René Metz, *Recherches sur la condition de la femme selon Gratien*, in *Studia Gratiana*, XII, 1967, p. 391, nota 39; Id. *Le statut de la femme en droit canonique medieval,* in *Recueils de la Societé Jean Bodin 12*, t.II, *La Femme*, 2e *partie*, *Librairie éncyclopedique*, Bruxelles, 1962, p. 67, nota 1. Un acuto studio delle fonti in ordine alla posizione della donna nella Chiesa (cui si è molto attinto in questo lavoro) è presentato da Edoardo Dieni, *"Mulier, quamuis docta et sancta..." . L'accesso al sapere e al potere in base al genere nel diritto della Chiesa cattolica*, in Sofia Boesch-Gajano et Enzo Pace,

donna si trovi in una "*condicio servitutis*" ("*qua viro in omnibus debet subesse*" – C.33, q.5, *dictum post* c.11).

Ancora, nell'opera grazianea si assiste ad un esegesi tendenziosa del testo paolino, dove, a tutta onta del principio genesiaco della parità nella creazione dell'essere umano, si spiega la prescritta velazione del capo femminile nelle assemblee di Corinto nel senso che solo l'immagine della creatura maschile rispecchi quella del Creatore, dandone gloria[64].

Altrove, il *Decretum* deduce dall'Apostolo e da altre *Auctoritates* [65] una generale subalternità della donna rispetto all'uomo, che le impedisce le specifiche funzioni di insegnamento e di giudizio ("*Mulierem constat subiectam dominio viri esse, et nullam auctoritatem habere; nec docere potest, nec testis esse, neque fidem dare, nec iudicare*" – C.33, q. 5, c.17)[66].

Di questa proibizione forniscono, più tardi, interpretazioni favorevoli alla donna i decretisti Uguccio da Pisa e Bernardo Papiense, richiamando, il primo, l'esempio di donne illustri che nella storia hanno esercitato il potere di giudicare; il secondo, riconducendo la asserita incapacità a fonti puramente consuetudinarie.

Più in generale la decretistica interpreterà in senso "liberale" la capacità processuale della donna[67].

Ancora, il francescano Gugliemo da Occam, nel *Dialogus,* interpreta l'uomo nuovo di Paolo Col 3, 11 ("*in novo homine non est masculus et foemina*") per sostenere che le donne possano parlare nei Concili generali e, più genericamente, contribuire alla realizzazione del bene comune, quando si distinguano per sapienza, bontà o potere[68]; tale cooperazione è corroborata da alcuni

---

Donna tra saperi e poteri nella storia delle religioni, Morcelliana, Brescia, 2007, pp. 111-146.

[64] Per dire quanto assurda appaia oggi una simile conclusione basta pensare all'affermazione contenuta Costituzione pastorale *Gaudium et Spes* che ricorda come l'immagine di Dio si rifletta nella creatura umana: uomo e donna (*GS* n.20).

[65] Secondo Metz l'assunto è tratto dalle *Quaestiones Veteris et Novi Testamenti*. *René Metz, Recherches,* cit., p. 385.

[66] Sul punto, Giovanni Minnucci, *La capacità processuale della donna nel pensiero canonistico classico: da Graziano a Uguccione,* Giuffré, Milano, 1989; più recentemente, Id., *La donna giudice, Innocenzo III e il sistema del diritto comune*, Relazione tenuta presso la Universidad Católica di Murcia, il 15 dicembre 2016, in occasione della "*II International Conference: Justice, Mercy and Law. From Revenge to Forgiveness in the History of Law*", organizzata dalla Cátedra Internacional conjunta *Inocencio III*; Giuseppe Dalla Torre, *"Imbecillitas sexus" e "confessio in iudicio" dei coniugi nelle valutazioni della canonistica classica*, in *Archivio Giuridico*, n. 203, 1983, p. 39.

[67] Giovanni Minnucci, *La capacità processuale della donna nel pensiero canonistico classico*. *II. Dalle scuole d'oltralpe al pensiero di San Raimondo di Pennaforte*, Giuffré, Milano, 1994.

[68] *Dialogus*, I, IV, c. 85.

esempi veterotestamentari (la vedova Giuditta, la Regina Ester[69]).

Sempre nel *Dialogus* compare un'interpretazione del paolino (per alcuni, oggi, pseudo-paolino) *mulieres in Ecclesiis taceant* (I Cor., II, I ss.) come prescrizione rivolta a garantire l'ordinato svolgimento delle assemblee ecclesiastiche[70].

Un dibattito dottrinale anima pure la canonistica classica in tema di ricezione della sacra ordinazione da parte delle donne, nei tre gradi del diaconato, presbiterato ed episcopato.

La maggior parte dei decretisti ritiene che la recisa negazione operata da Graziano[71] si basi sul diritto divino, mentre una corrente minoritaria[72] sostiene che tale negazione appartenga al diritto positivo ecclesiastico (che con donne, al pari di ogni battezzato, sarebbero capaci di ricevere la *potestas ordinis*[73].

Il secondo punto di particolare interesse dottrinale, per l'esercizio femminile del potere, è costituito dall'abbaziato.

Orientamenti ostili alle prassi diffuse che vedono coinvolte le badesse in poteri tipici dell'ordine, quali le benedizioni delle monache, l'ascolto delle loro confessioni, la lettura del Vangelo e la pubblica predicazione si ritrovano, ad esempio, in Innocenzo III, che proibisce tali forme di potestà (basandosi sull'argomento mariologico); mentre poco più tardi, Onorio III, pur limitando il potere coattivo delle stesse superiori religiose (proibisce loro di scomunicare), sanziona l'obbedienza loro dovuta da canoniche e chierici sottoposti alla loro giurisdizione.

Generalmente, la tendenziale espansione del potere delle badesse, testimoniata sia nel *Decretum* che nelle *Decretales*, è contrastata dall'autorità pontificia, ma parzialmente giustificata, limitatamente ad alcune prerogative, dalla dottrina.

Così, ad esempio, mentre la pubblica predicazione generalmente viene vietata, si ammetteva una predicazione privata, svolta nel capitolo; mentre vengono proibite le benedizioni, si accettano talune forme di benedizione particolari, come quelle che "una madre può elargire ai propri figli"[74].

---

[69] *Gdt* 8, 10-11; *Est*. 4, 8-12.

[70] *Dialogus*, cit., ed. Goldast, *Monarchia S. Romani Imperii*, vol. II, Frankfurt, 1614, p. 616-617. Sul dubbio circa la paternità paolina del passo, si veda quanto supra.

[71] *Decretum* C. 15, q. 3.

[72] Uguccio da Pisa, Giovanni Teutonico ed altri autori riportati da Raimondo di Peñafort.

[73] Cfr. Franz Gillmann, *Weibliche Kleriker nach dem Urteil der Frühscholastik*, in *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, n. 93, 1913, pp. 239–53; partic., pp. 250-251.

[74] J. Baucher, *Abesses*, in *Dictionnaire de theologie catholique*, I, Letouzey et Ané, Paris, 1935, coll. 62-71; partic. Col. 66.

La dottrina non arriva tuttavia ad ammettere la legittimazione dei poteri d'ordine e di giurisdizione, propriamente intesi; per lo più questa esclusione viene basata su Tommaso, che richiamando Aristotele, ritiene la donna in uno stato di soggezione tale da non consentirle l'esercizio di potestà spirituali, né, tantomeno, di quelle attinenti alla *potestas clavium (*"*unde mulier non habet neque clavem ordinis nec clavem iurisdictionis*"[75]).

Lo stesso Dottore Angelico, tuttavia, soggiunge che alle badesse in una certa misura (in situazioni di pericolo) l'uso delle chiavi sia consentito[76], e Bonifacio VIII, nel *Liber sextus*, riconosce la "dignità ecclesiastica" dell'abbaziato, che abilita all'amministrazione delle cose ecclesiastiche con preminenza di grado.

Le badesse, dunque, possono reggere il monastero e la congregazione loro affidata con poteri di governo, in foro esterno ed interno, e con una potestà che i canonisti chiameranno "economica", assimilandola all'autorità della madre nel contesto domestico (ciò che, peraltro, ne agevola – secondo il modello familiare – la riconduzione all'autorità di un padre, rappresentato dal vescovo o dal pontefice).

La canonistica della controriforma avrà poi – notoriamente- cura di sistemare teoricamente tale potestà definendola *dominativa*, appartenente allo *status* di religioso, e comportante uno stato di "servitù" dei fedeli ad essa sottoposti, diversa dalla "soggezione" di tutti i fedeli verso l'autorità ecclesiastica[77].

Al di là delle definizioni e collocazioni teoretiche, tale potestà, dominativa o *domestica* o *economica* – che dir si voglia –, si compone di prerogative che, via via più legittimate (sia pure attraverso un processo teso a definirle e ad arginarle) dalla gerarchia e dalla dottrina, rasentano i poteri di ordine e di giurisdizione, e inducono a concordare (almeno sotto questo profilo) con l'opinione di quanti storici, e storici del diritto canonico, ritengono che il Medioevo sia stato un periodo di promozione della donna, ben più di tanta modernità[78].

In Italia, il canonista trova particolari spunti di riflessione nelle abbazie di Conversano, di Goleto e di Montevergine (per citare solo gli esempi più noti), dove clero e popolazione, giuridicamente indipendenti, similmente a diocesi

---

[75] *Super Sent*., lib. 4 d. 19 q. 1 a. 1 qc. 3 arg. 4.

[76] *In IV Sententiarum*, dist. 29, q. 1, art. 1, quaestincula 3, ad 4um.

[77] Francisco Suarez offre questa nota interpretazione, muovendo dal pensiero di Tommaso d'Aquino. Francisco Suarez, *De religione*, Pars II, tract. VII, lib. II, cap. XVIII, n.8, in *Opera omnia*, Paris, 1859, t. XV.

[78] Così, ad esempio, Jacques Le Goff, *Medioevo: quando il cristianesimo liberò le donne*, in Avvenire, 21 gennaio, 2007.

nullius, sono sottoposti alla badessa che vi esercita poteri quasi-episcopali[79].

Quesiti attuali di diritto canonico

La canonistica contemporanea colloca il quesito sulla parità di genere nella più ampia tematica della eguaglianza radicale di tutti i battezzati, notoriamente riaffermata dall'ecclesiologia del Concilio ecumenico Vaticano II, e più compiutamente tradotta sul piano del diritto positivo dal Codice di diritto canonico del 1983[80].

In questa prospettiva, la pari dignità battesimale afferma uno statuto ontologico comune in virtù del quale ogni membro del Popolo di Dio partecipa alla edificazione della Chiesa, condividendo le funzioni sacerdotale profetica e regale di Cristo[81].

Ciò è sancito sia da quelle disposizioni codiciali che prevedono come principio generale una eguaglianza nella comune condizione dei fedeli (il sacerdozio ordinario)[82], sia, più dettagliatamente, da quei canoni che disciplinano la cooperazione dei laici con la gerarchia nell'esercizio dei *tria munera Christi*; il secondo ambito dove si svolge la verifica dottrinale sul rispetto della parità uomo-donna è infatti quello del laicato.

Non potendo le donne ricevere il sacramento dell'ordine, la ricerca sul principio di non discriminazione in base al genere viene condotta nel contesto

---

[79] Così anche nell'abbazia cistercense di Las Huelgas, presso Burgos, come ricorda Carlo Fantappié, Storia del diritto canonico…, cit., p. 150. Sul tema, Josèmarìa Escrivà De Balaguer, *La Abadesa de Las Huelgas*, Madrid, 1944; ora anche in ed. critico-storica a cura di Maria Blanco – Maria Del Mar Martin, Rialp, Madrid, 2016.

[80] Sullo statuto giuridico comune, nella sterminata letteratura, si segnalano le osservazioni fondamentali di Gaetano Lo Castro, *Il soggetto e i suoi diritti nell'ordinamento canonico*, Giuffré, Milano, 1985; Javier Hervada, *Diritto costituzionale canonico*, Giuffré, Milano, 1989; Pedro Lombardía, *Lezioni di diritto canonico. Introduzione. Diritto Costituzionale. Parte generale*, Giuffré, Milano, 1990; Alvaro Del Portillo, *Fedeli e laici nella Chiesa*, Giuffré, Milano, 1999; Luis Navarro, *Persone e soggetti nel diritto della Chiesa. Temi di diritto della persona*, *Subsidia Canonica*, Apollinare Studi, Roma, 2000, in *Angelicum*, n. 78, 2001, pp. 761-764; Giorgio Feliciani, *Il Popolo di Dio*, Bologna, 2003, pp. 7-48; Aa.Vv., *I diritti fondamentali del fedele. A vent'anni dalla promulgazione del Codice*, L.E.V., Città del Vaticano, 2004; Giuseppe Dalla Torre, *Lezioni di diritto canonico*, 5ª, Giappichelli, Torino, p. 218; Salvatore Berlingò-Marta Tigano, *Lezioni di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2008; P. Valdrini, *Fedele, uguaglianza e organizzazione della Chiesa nel CIC del 1983*, in A. Sabetta (a cura di), *Ambula per hominem et pervenies ad Deum. Studi in onore di S.E. Mons. Ignazio Sanna*, Ed. Studium, Roma, 2012, pp. 513-531; Id., *Comunità, persone, governo*, Lup, Città del Vaticano, 2013, p. 177 ss.

[81] Luis Navarro, *Il principio di eguaglianza nell'ordinamento canonico*, in *Fidelium Iura: suplemento de derechos y deberes fundamentales del fiel*, n. 2, 1992, pp. 145-164; Geraldina Boni, *L'uguaglianza fondamentale dei fedeli nella dignità e nell'azione*, in *I diritti fondamentali del fedele*…, cit., pp. 79-101

[82] Come i canoni 208; 204 §1 e 96 CIC., che traducono il principio ecclesiologico enunciato in LG. n.32, *b* e *c*.

della tematica dello statuto giuridico dei laici[83].

In effetti, per molti aspetti la piena valorizzazione della donna nella Chiesa ha coinciso con la piena valorizzazione del laicato (stante che la maggioranza degli operatori pastorali coinvolti nella collaborazione con la gerarchia ecclesiastica sono di genere femminile), tanto che ci si è potuto domandare in passato se le politiche ecclesiastiche di coinvolgimento o di limitazione dei laici non siano state mirante in realtà a coinvolgere o escludere le donne[84].

Secondo l'attuale disciplina codiciale, come è stato da più parti evidenziato, non sussistono discriminazioni di genere nell'esercizio delle funzioni attinenti alla potestà di governo, di magistero e di sacramento che competono ai laici[85]; fatta esclusione dunque per la titolarità degli uffici che richiedono la piena cura delle anime (can. 150 e can. 274 §1 CIC), i laici "cooperano" in completa eguaglianza con la gerarchia ecclesiastica[86].

Un'attenta interpretazione dottrinale[87] aggiunge che l'attuale legislazione codicistica garantisce la parità di genere col *metodo del silenzio*: tacendo cioè sul punto, e non presentando alcuna affermazione esplicita in ordine all'eguaglianza uomo-donna, riaffermerebbe quest'ultima come regola, come normalità.

Solo la particolare questione dell'accesso femminile ai ministeri del lettorato e accolitato, in forma stabile[88], viene oggi ritenuta dalla dottrina una

---

[83] Luis Navarro, *Lo statuto giuridico del laico: sacerdozio comune e secolarità*, in *Fidelium Iura: suplemento de derechos y deberes fundamentales del fiel*, n. 7, 1997, pp. 71-102; Id., *La condizione giuridica del laico nella canonistica dal Concilio Vaticano II ad oggi*, in *Ius Ecclesiae*, vol. 23, n. 2, 2011, pp. 145-164; María Blanco, *Protezione della libertà e dell'identità cristiana dei laici*, in *Ius Ecclesiae*, cit., pp. 297-318; José Ramón Villar, *Gli elementi definitori dell'identità del fedele laico*, in *Ius Ecclesiae*, cit, pp. 339-357;

[84] L.A. Robitaille, *A Subtext in the Canonical Discussion of Clergy/Laity Issues: Gender*, in *Studia Canonica*, n. 34, 2000, pp. 467-488.

[85] Ilaria Zuanazzi, *"*Sinite Eam*". La valorizzazione della donna …,* cit., pp. 561-608. L'Autrice, in particolare, sottolinea anche la promozione della donna operata dalla nuova normativa codiciale evidenziandone ogni significativa evoluzione rispetto alla disciplina del codice piano-benedettino.

[86] Ciò sia detto pur con tutta la ambiguità, per taluno anche voluta, della affermazione codicistica ex can. 129 §2, CIC, in ordine alla mancata "partecipazione" in senso pieno ovvero al mero esercizio delle funzioni, in contraddizione con can. 1421 §2; ma la questione riguarda semmai il diverso profilo della comune condizione e responsabilità dei fedeli, laici ed ordinati).

[87] Ilaria Zuanazzi, *La donna soggetto e protagonista nel diritto della Chiesa*, *Relazione* al convegno *"Va' dai miei fratelli. Di' loro" (Gv 20,17). Le voci delle donne nella Chiesa*, Torino, 29 marzo 2014. L'Autrice, peraltro, manifestava un'opinione diversa nel precedente studio, Ead., *Sinite eam*…, cit., dove lamentava l'inadeguatezza del metodo del silenzio ai fini della promozione del ruolo della donna nella Chiesa.

[88] Can. 230 §1 CIC. Notoriamente il divieto di conferire tale ministeri alle donne veniva aggirato attribuendoli (per lo più la funzione di lettore) in via di fatto, cioè occasionalmente e non stabilmente. Sul punto, Silvia Recchi, *I ministeri dell'accolitato e del lettorato riservati agli uomini. Il ruolo della donna nei ministeri laicali*, in *I laici nella ministerialità della Chiesa*, Giuffré, Milano, 2000.

residua eccezione, infondata, alla regola dell'eguaglianza giuridica[89].

Tale conferimento ministeriale va però interpretato nel senso che il Vescovo diocesano possa, su parere della Conferenza Episcopale e secondo il proprio apprezzamento prudenziale, ammettere la componente femminile a tali funzioni liturgiche, come chiarito dalla lettera circolare della Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti ai Presidenti delle Conferenze Episcopali, del 15 marzo 1994[90], in applicazione della interpretazione autentica del can. 230§2 fornita dal responso del Pontificio Consiglio per l'Interpretazione dei Testi Legislativi[91], e riaffermato dal Prefetto emerito della Congregazione menzionata, Cardinale J.A. Medina Estevez, nella conferenza tenuta a Parigi, il 22 novembre 2003, sulla partecipazione alla sacra liturgia.

Benché in una lettera del 2001 tale Congregazione[92] ribadisca la libertà del Vescovo diocesano da indebiti condizionamenti provenienti da decisioni di Vescovi limitrofi, pur favorevoli al servizio delle donne all'altare, nonchè la perdurante opportunità di affidare ai battezzati tale servizio per favorire le vocazioni sacerdotali (obbligo stabilito nella Lettera circolare sopra richiamata), il giudizio del Vescovo riposa sulla scelta più opportuna per *lo sviluppo armonioso della vita liturgica nella sua diocesi*[93].

Le resistenze che può incontrare, dunque, l'ammissione delle donne a questi ministeri sono di ordine culturale e non si basano su più profonde motivazioni teologiche[94] .

Sempre in ordine alla sacra liturgia, va segnalata la recente apertura contenuta nel decreto *In Missa Coena Domini* che, come è stato acutamente segnalato, nel riferirsi al "gruppetto dei fedeli", piuttosto che al più ristretto collegio apostolico, nel rito della lavanda dei piedi, promuove una nuova concezione ecclesiologica che valorizza il principio di varietà nell'unità[95], attraverso l'in-

---

[89] Infondata perché non vi sono ragioni teologiche per precludere alle donne tali ministeri istituiti, stante che essi non costituiscono di per se stessi un passo verso la ricezione dell'ordine sacro (l'unico sacramento dal quale le battezzate sono escluse, a norma del can. 1024), benché tutti i candidati agli Ordini minori (esistenti nella chiesa fino al m.p. *Ministeria quaedam*, del 15.8.1972) dovessero esercitare tali ministeri.

[90] *Notitae*, 39, 1994, pp. 333-335

[91] In *AAS*, n. 86, 1994, p. 541

[92] *Notitae*, 421-422, 2001, pp. 397-399.

[93] Card. J.A. Medina Estevez, *Intervento alla Conferenza*, cit.

[94] Si tratta di una refrattarietà al cambiamento che connota determinati ambienti culturali e non appartiene al genuino messaggio cristiano. Per questi spunti, Ilaria Zuanazzi, *La reciprocità nell'equivalenza…*, cit.

[95] Così, Maria d'Arienzo, *La diversità femminile nella Chiesa cattolica postconciliare*, in Aa. Vv., *Rigore e curiosità. Scritti in memoria di Maria Cristina Folliero*, a cura di Giuseppe D'Angelo, Tomo I, Giappichelli, Torino, 2018, p. 312, partic. nota 53

clusione del femminile.

Oltre alla possibile restaurazione del diaconato femminile (di cui si è già detto) bisogna considerare poi l'opportunità di promuovere una più ampia valorizzazione delle specificità femminili, anche attraverso la auspicata creazione di nuovi ministeri[96], capaci di favorire il principio della pluralità delle vocazioni nell'eguaglianza fondamentale di tutti i fedeli.

Quanto alla partecipazione delle donne al potere di governo ecclesiastico, di notevole importanza è l'istituzione (23 gennaio 2015) della *Consulta femminile permanente* nel *Pontificio Consiglio per la cultura*, che rappresenta una diretta espressione istituzionale di quel maggiore coinvolgimento delle donne nei processi e nelle sedi decisionali, voluta da Papa Francesco. In particolare vanno rimarcati i poteri di iniziativa (proposte) e di consulenza che spettano a tale organismo.

A scongiurare tuttavia letture femministe ed egualitariste delle innovazioni introdotte, pur incoraggiando una presenza capillare delle donne nei Dicasteri della Curia Romana, anche in ruoli di vertice, lo stesso Pontefice sottolinea gli specifici carismi femminili, che dicono diversità funzionale e complementarietà rispetto alle vocazioni maschili[97].

Certamente, infine, si può concordare con l'opinione diffusa secondo cui andrebbe promossa una più significativa presenza femminile nei Consigli pastorali, diocesani e parrocchiali, nei Sinodi diocesani e nei Concili particolari, come indicato nell'Esortazione Apostolica *Christifideles laici* (n. 51).

A questo punto, senza cedere a tentazioni di omologazione o di clericalizzazione delle componenti del Popolo di Dio, e cioè pur salvaguardandone il principio di varietà, va considerata l'unica importante forma di differenziazione basata sul sesso che potrebbe, per gli effetti che comporta, essere ritenuta lesiva del principio di eguaglianza giuridica: l'esclusione delle donne dall'ordinazione sacerdotale.

La negazione del sacerdozio femminile, ribadita costantemente dal Magistero, il quale impegna in essa il dogma dell'infallibilità (trattandosi di una statuizione *definitive tuendam*[98]), si basa su una pluralità di argomenti, in parte già

---

[96] Già raccomandata dal M.p. *Ministeria Quedam*, del 15 agosto 1972, in AAS, n. 64, 1972, p. 529 ss.

[97] In linea, del resto, con il magistero di Giovanni Paolo II, del quale in particolare può vedersi la *Lettera alle donne* 29 maggio 1995, nn. 7 e 8, sulla "unidualità relazionale" di maschio e femmina. Si veda nel medesimo senso della complementarietà dei generi, Congregazione per la dottrina della fede, *Lettera ai Vescovi della Chiesa cattolica sulla collaborazione dell'uomo e della donna nella Chiesa e nel mondo*, 31 luglio 2004, in *Il Regno. Documenti*, n. 15, 2004, p. 473, n. 8. Per questi aspetti, Maria d'Arienzo, *La diversità femminile*, cit.; Ilaria Zuanazzi, *La condizione giuridica della donna nella Chiesa cattolica*, in *Daimon*, n. 9, 2009, p. 10.

[98] L'affermazione contenuta nella Lettera Apostolica di Giovanni Paolo II *Ordinatio Sacerdotalis*, del

accennati e comporta la preclusione del conferimento alle donne della *sacra potestas* nella forma più perfetta della sua espressione: gli uffici con cura d'anime.

Le donne sono dunque escluse, per il fatto di non potere essere ordinate dalla possibilità di insegnare e governare col massimo grado di perentorietà e di cogenza, santificare col massimo potere di salvazione.

In altre parole è loro precluso ogni ufficio capitale.

Come è noto questa differenza attiene al "piano istituzionale" delle relazioni intraecclesiali e delle posizioni giuridiche soggettive, che insieme all'altro, pneumatologico, contribuisce a distinguere e specificare lo statuto comune di tutti i battezzati.

Si ritiene che lo statuto speciale appartenente agli ordinati *in sacris*, si aggiunga a quello del sacerdozio comune, per accrescerlo in senso ministeriale, senza diminuire in nulla lo statuto ontologico comune, e dunque senza scalfire il principio fondamentale dell'eguaglianza dei fedeli .

Tale principio di rango costituzionale, non sarebbe intaccato secondo la dottrina – dalla clausola dell'inciso "*secundum propriam cuiusque condicionem"*, che appare nei canoni sulla pari dignità nell'azione dei fedeli[99] e che si situa su un piano minore attenendo alle articolazioni funzionali di quella zione comune parimenti degna[100].

---

22 maggio 1994 richiamata da Papa Francesco nella dichiarazione del novembre 2016, di ritorno da un viaggio in Svezia, va considerata atto di magistero infallibile, come precisato dalla Congregazione per la Dottrina della Fede nel *Responso* del 28 ottobre 1995 (in AAS, LXXXVII, 1995, p.1114) e, più tardi nella nota *Doctrinalis professionis fidei formulam extremam enucleans*, del 29 giugno 1998, nn. 9 e 11 (in *Ius Ecclesiae*, XI, 1999, pp. 280-283). Nel testo di *O.S.* Giovanni Paolo II affermava: "*la Chiesa non ha in alcun modo la facoltà di conferire alle donne l'ordinazione sacerdotale e che questa sentenza deve essere tenuta in modo definitivo da tutti i fedeli della Chiesa*"; Papa Bergoglio ha confermato "*Sull'ordinazione di donne nella Chiesa l'ultima parola chiara è stata data da Giovanni Paolo II, e questa rimane"*. Il prefetto della Congregazione per la Dottrina della Fede, Card. Luis Ladaria, ribadisce il no della Chiesa all'ordinazione femminile, contro le tendenze aperturiste emergenti in alcuni Paesi del Sud America, in vista del Sinodo dei Vescovi di ottobre sull'Amazzonia (cfr. Luis Ladaria, *Il carattere definitivo della dottrina di "Ordinatio sacerdotalis". A proposito di alcuni dubbi,* in l'Osservatore Romano, 29 maggio 2018).

[99] Nei già richiamati canoni 208; 204 §1 e 96 CIC. Per un primo e fondamentale commento a questi canoni, si rinvia alle osservazioni di Tarcisio Bertone, *Sistematica del libro II*, *I "Christifideles": doveri e diritti fondamentali*, in *Apollinaris*, n 56, 1983, p. 437; Piero Antonio Bonnet, *De omnium christifidelium obligationibus et iuribus (can. 208-223)*, in Id., Gianfranco Ghirlanda, *De christifidelibus. Adnotationes in Codice*m, Roma, 1984, pp. 23-25; Id., *De obligationibus et iuribus christifidelium in communione ecclesiali deque eorum adimpletione et exercitio*, in *Periodica*, n. 73, 1984, p. 340; Giuseppe Dalla Torre, *Sub can. 208*, in *Commento al Codice*, a cura di Pio Vito Pinto, Università Urbaniana, Roma, 1985, p. 115 ss.; Javier Hervada, *Sub can. 208*, in *Código de Derecho canónico*, 4ª ed., a cura dell'*Instituto Martín de Azpilcueta*, Pamplona, 1987, p. 173 ss.; Giorgio Feliciani, *Obblighi e diritti di tutti i fedeli cristiani*, in Aa.Vv., *Il Codice del Vaticano II. Il fedele cristiano*, Bologna, 1989, p. 64.

[100] Così, la maggioranza degli Autori, ed in particolare, Gaetano Lo Castro, *Il soggetto e i suoi diritti..,* cit. p. 181*;* Id., *Condizione del fedele e concettualizzazione giuridica,* in *Ius Ecclesiae,* 3

Sullo sfondo della tematica si profila il dibattito sull'eguaglianza giuridica, e su come vada correttamente intesa nella Chiesa, indicando la eguaglianza nella titolarità e nel godimento dei diritti fondamentali dei fedeli, e non la generica eguaglianza di diritto divino naturale, la quale appartiene ad ogni essere umano in quanto creatura (si pensi ai diritti fondamentali della persona).

Va cioè considerato che alla personalità giuridica di diritto naturale si aggiunge una personalità giuridica di diritto canonico, che la specifica e la determina secondo le modalità sacramentali della Chiesa (alla filiazione divina si aggiunge il battesimo), arricchendo il piano naturale col piano sovrannaturale (senza che nel fedele si abbia una bipartizione, fondendo egli nella sua persona, e nella sua personalità giuridica, i due profili)[101].

Questa precisazione è opportuna quando si tratti di giudicare le discriminazioni tra le situazioni giuridiche soggettive interordinamentali, nello stabilire se i rapporti giuridici siano improntati ad un criterio di giustizia.

Fermo restando che il dibattito in relazione alla specifica questione femminile attende e merita di essere ulteriormente sviluppato, si può rilevare quanto segue: presentare il piano istituzionale come l'unico ambito in cui si riscontrano differenze basate sul genere, a fronte di uno statuto ontologico comune (che attesta una generale e più estesa eguaglianza), se risponde al vero in senso sistematico o quantitativo, meno sembra farlo in senso analitico o qualitativo, poiché pone in un secondo ordine di ragioni (cioè lascia per così dire sullo sfondo) la considerazione del tipo di potere esercitato e cioè la profonda differenza essenziale intercorrente tra l'esercizio della potestà pastorale e ogni altra forma di esercizio di potestà (cfr. 1008 CIC).

Anche aggiungere la precisazione (come si tende a fare) che nemmeno gli individui di sesso maschile possono vantare propriamente un diritto all'ordinazione, non cambia che agli individui di sesso femminile manchi (sia negato?) il presupposto per poter coltivare anche solo una legittima aspettativa.

Il giurista può certamente considerare l'esclusione delle donne dal sacerdozio ordinato come ragionevole, fondata cioè in diritto, in base ad un elemento appartenente alla fattispecie concreta (la differenza naturale connessa al dimorfismo sessuale, che declina lo statuto ontologico della persona umana verso tipicità e modalità peculiari), e ad un elemento normativo, di rango su-

---

(1991), p. 16; di opposto avviso Mario Condorelli, *I fedeli nel nuovo Codex Iuris Canonici*, in *Il Diritto Ecclesiastico,* I, 1984, p. 793 J. Provost, *Sub can. 208, in The Code of Canon Law. A Text and commentary*, New York, 1985, p. 140; per una ricostruzione del quadro dottrinale che tiene conto delle diverse posizioni, Luis Navarro, *Il principio fondamentale di uguaglianza*, cit.

[101] Javier Hervada, *Diritto costituzionale canonico*, cit.; Id., *Los derechos fundamentales del fiel a examen*, in *Persona y Derecho. Suplemento "Lex Nova" de derechos fundamentales del fiel*, n. 1, 1991, pp. 237-241.

premo nell'ordine delle fonti (la volontà fondazionale di Cristo, che costituisce "fatto normativo di ordine costituzionale" – della scrivente il virgolettato), che assume la peculiare conformazione naturale dell'individuo sessuato come ragione del diverso trattamento giuridico[102].

Il canonista potrà ritenere, anche, che la soluzione del quesito riponga sul mistero della Grazia (il piano divino sovrannaturale della Redenzione), non attingibile dall'intelletto umano né tantomeno riducibile a logiche meritocratiche.

Se egli sarà pure fedele, dal canto suo, con sentimento (non con solo senso) teologico, e con assenso dell'intelletto, presterà quella fede divina e cattolica che il Magistero infallibile richiede, quasi giuridicizzando la materia teologica, secondo il modello della *res iudicata pro veritate habetur*[103].

Però forse andrebbe anche ripensato, e approfondito, il dibattito sulla capacità giuridica delle battezzate, senza confonderlo col tema, pur contiguo, della capacità giuridica dei laici, eludendo implicitamente una domanda che logicamente lo precede, e cioè come configurare uno statuto giuridico delle battezzate, in termini di eguale capacità giuridica rispetto ai battezzati, quando esse sono propriamente ritenute "incapaci" di ricevere l'ordinazione sacerdotale.

Questa incapacità negli effetti, comporta la preclusione di ogni azione pastorale che governi con efficacia sovrannaturale (di sciogliere e legare nei Cieli), ovvero la preclusione di ogni forma della *potestas regiminis* che esprimendo il comando evangelico del "pasce mes ores" sia riconducibile alla *potestas ordinis*.

Se certamente va riconosciuta ai *christifideles* una comune condizione soggettiva, o una comune soggettività giuridica generale, nondimeno ragionare di "statuto ontologico comune", "eguale modalità di base" "eguale dignità giuridica", e con espressioni analoghe, non aiuta a sciogliere il quesito nei termini su esposti, così come il passare indifferentemente dal registro della "soggettività" a quello della "capacità", giuridica o di agire, a quello della responsabilità, o ancora peggio dei "ruoli", non dirime la questione.

Più precisamente, alla luce di quanto considerato, come si può affermare – ci si chiede – che alle battezzate *nessun campo di diritti e di obblighi* sia *precluso in anticipo per la mancanza di qualità costanti o di status*, alla stregua di quanto autorevolmente si diceva, negli ordinamenti statuali, del principio di eguaglianza giuridica in relazione alla capacità personale?[104]

---

[102] Per questa interpretazione, Ilaria Zuanazzi, *La donna soggetto e protagonista*, cit.

[103] Cfr. Libero Gerosa, *Carattere vincolante della verità di fede e metodo scientifico nel diritto canonico. Riflessioni a margine del dibattito sulla ordinazione delle donne*, in *Annuario DiReCom*, n. 1, 2002, pp. 145-160; Edoardo Dieni, *"Mulier, quamuis docta et sancta..."*, cit, p. 34.

[104] A. Falzea, *Capacità, II) Teoria generale*, in *Enc. d. Dir.*, Giuffré, Milano, VI, 1960, p. 12.

Come può intendersi l'affermazione di una generale e comune capacità del *christifidelis*, senza altre distinzioni che non quelle funzionali o vocazionali[105], perdurante la preclusione *ex ante* dell'accesso allo statuto giuridico clericale?[106]

Si può ritenere che, nonostante la negazione dell'ordinazione sacerdotale, sia piena nelle battezzate la capacità giuridica e la personalità giuridica, se queste due ultime sono, rispettivamente, la personalità in atteggiamento recettivo (*ius capiendi*) e l'attitudine a diventare soggetto di diritti e di doveri giuridici?[107]

Sembra insomma che il tradizionale dibattito sulla capacità e sulla personalità giuridica, nelle sue varie implicazioni tematiche relative alla soggettività giuridica (si pensi alle sottese visioni, atomistica o globale), meriti oggi di essere nuovamente approfondito alla luce della questione di genere, se è vero che l'unica limitazione o restrizione alla posizione giuridica soggettiva del fedele può essere ritenuta *quella certo fondamentale e molto incisiva anche se di ordine meramente funzionale* relativa all'esclusione della donna dall'ordinazione sacerdotale[108].

Se c'è un'asimmetria giuridica nella capacità, pur giustificata o giustificabile, è oggi ancora e solo questa.

Al diritto il compito, in sintonia con i principi fondamentali dell'ordinamento canonico di trovare soluzioni in grado di porvi rimedio.

---

[105] Gaetano Lo Castro, *Il soggetto*, cit., p. 38.

[106] Cioè una determinazione funzionale che non si specifica successivamente, in ragione delle libere scelte o comunque delle vicende personali del soggetto, ma che si impone nel momento stesso in cui si assume la capacità giuridica canonica.

[107] Per queste definizioni, Pietro Fedele, *Capacità canonica (Teoria generale)*, in *Enc. d. Dir.*, Giuffré, VI, Milano, 1960, p. 163.

[108] Piero Antonio Bonnet, *Capacità*, *IV) Diritto canonico,* in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 5.

La normativa che disciplina i rapporti tra lo Stato e l'Istituto Buddista Italiano Soka Gakkai

Marco Canonico

1. *Il significato da attribuire alla stipulazione dell'intesa*

Con legge 28 giugno 2016 n. 130, pubblicata nella Gazzetta ufficiale 17 luglio 2016 n. 164, è stata data attuazione all'intesa stipulata il 27 giugno 2015 tra lo Stato e l'Istituto Buddista Italiano Soka Gakkai (IBISG)[1].

Per quanto la stipulazione di intese con lo Stato italiano da parte delle confessioni religiose non costituisca una novità[2], il ricorso al metodo della

---

[1] L'Istituto Buddista Italiano Soka Gakkai, secondo le indicazioni contenute nel sito dello stesso (*www.sgi-italia.org*), "*riunisce coloro che in Italia seguono e praticano il Buddismo insegnato da Nichiren Daishonin*", maestro buddista vissuto in Giappone nel XIII secolo, la cui filosofia si fonda sull'idea secondo cui "*un cambiamento profondo e automotivato di un singolo individuo può condizionare positivamente la rete della vita intesa nel senso più vasto, e portare al rinnovamento della società intera*". In base a tale insegnamento "*ogni individuo, indipendentemente dal genere, etnia, capacità personali e status sociale, ha la capacità di superare le inevitabili sfide esistenziali, sviluppare una vita di grande valore e creatività e influenzare positivamente la comunità, la società e il mondo intero*". Nel sito si precisa che il Buddismo in questione approda in Italia "*intorno agli anni Settanta. La prima associazione, che riunisce poche centinaia di praticanti, si chiama INS (Nichiren Shoshu Italiana). Dopo alcuni anni (nel 1987) diventa ente morale con il nome di Associazione Italiana Nichiren Shoshu (AINS). In seguito alla separazione dal clero della Nichiren Shoshu, l'Associazione cambia il suo nome in Associazione Italiana Soka Gakkai (1990)… Il 27 marzo 1998 nasce l'Istituto Buddista Italiano Soka Gakkai, ente religioso riconosciuto con decreto del Presidente della Repubblica del 20 novembre 2000*", che fa parte della Soka Gakkai Internazionale, organizzazione che "*promuove su scala mondiale i valori della pace, della cultura e dell'educazione*".

[2] Oltre a quella considerata in questa sede, sono state sinora stipulate intese, recepite dal legislatore, con le seguenti confessioni religiose: Chiese rappresentate dalla Tavola Valdese (stipulata il 21 febbraio 1984 ed approvata con legge 11 agosto 1984 n. 449; in data 25 gennaio 1993 e 4 aprile 2007 sono state sottoscritte intese integrative, recepite rispettivamente con leggi 5 ottobre 1993 n. 409 e 8 giugno 2009 n. 68); Unione italiana delle Chiese cristiane avventiste del 7° giorno (conclusa il 29 dicembre 1983 ed approvata con legge 22 novembre 1988 n. 516; in data 6 novembre 1996 e 4 aprile 2007 sono state stipulate intese integrative, attuate con leggi 20 dicembre 1996 n. 63 e 8 giugno 2009 n. 67); Assemblee di Dio in Italia (firmata il 29 dicembre 1986 e tradotta in legge 22 novembre 1988 n. 517); Unione delle Comunità ebraiche italiane (stipulata il 27 febbraio 1987 e recepita con legge 8

bilateralità merita in questo caso di essere segnalato in quanto interviene in un

---

marzo 1989 n. 101; in data 6 novembre 1996 è stata sottoscritta un'intesa integrativa, il cui contenuto è trasfuso nella legge 20 dicembre 1996 n. 638); Unione cristiana evangelica battista d'Italia (conclusa il 29 marzo 1993 e recepita con legge 12 aprile 1995 n. 116; la successiva intesa integrativa del 16 luglio 2010 è stata recepita con legge 12 marzo 2012 n. 34); Chiesa evangelica luterana in Italia (sottoscritta il 20 aprile 1993 ed approvata con legge 29 novembre 1995 n. 520); Sacra Arcidiocesi ortodossa d'Italia ed Esarcato per l'Europa meridionale (stipulata il 4 aprile 2007 e recepita con legge 30 luglio 2012 n. 126); Chiesa di Gesú Cristo dei Santi degli ultimi giorni (conclusa il 4 aprile 2007 ed approvata con legge 30 luglio 2012 n. 127); Chiesa apostolica in Italia (siglata il 4 aprile 2007 e trasfusa nella legge 30 luglio 2012 n. 128); Unione Buddhista italiana (stipulata il 4 aprile 2007 ed approvata con legge 31 dicembre 2012 n. 245); Unione Induista italiana, Sanatana Dharma Samgha (firmata il 4 aprile 2007 e recepita con legge 31 dicembre 2012 n. 246). Va precisato che anche con la Congregazione cristiana dei Testimoni di Geova in data 4 aprile 2007 è stata stipulata un'intesa, che tuttavia non ha ancora ottenuto l'approvazione da parte del legislatore. In dottrina, sui contenuti delle intese sinora stipulate, Alessandro Albisetti, *Il matrimonio delle confessioni religiose di minoranza*, Giuffrè, Milano, 2013; Id., *Il matrimonio di Buddhisti e Testimoni di Geova*, in *Dir. eccl*., 2000, I, pp. 1028-1042; Id., *Il matrimonio valdese oggi*, in *Quad. dir. pol. eccl*., 2004, n. 1, pp. 135-142; Id., *I matrimoni degli acattolici: Avventisti e Assemblee di Dio in Italia (ADI)*, *ivi*, 1998, pp. 83-92; Id., *I matrimoni degli acattolici: Battisti e Luterani*, in *Dir. eccl*., 1993, I, pp. 772-781; Id., *La disciplina del matrimonio nell'intesa tra Repubblica italiana e Tavola valdese*, in *Nuove leggi civ. comm*., 1984, pp. 1217-1223; Id., *Le intese fantasma*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), 5 marzo 2012, pp. 1-5; Id., *Le intese fantasma (a metà)*, *ivi*, n. 27/2012, 24 settembre 2012, pp. 1-6; Silvia Angeletti, *Brevi note di commento all'intesa con l'Unione Buddhista Italiana*, in *Dir. eccl*., 2001, n. 3, pp. 967-987; Id., *La nuova intesa con l'Unione Buddhista Italiana: una doppia conforme per il Sangha italiano*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), maggio 2008, pp. 1-9; Rita Benigni, *L'Intesa con l'Unione Induista Italiana Sanatana Dharma Samgha*, in *Quad. dir. pol. eccl*., 2007, n. 2, pp. 413-430; Raffaele Botta, *L'intesa con gli israeliti*, Cedam, Padova, 1988; Id., *L'intesa con gli israeliti*, in *Quad. dir. pol. eccl*., 1987, pp. 95-118; Marco Canonico, *Nuove leggi per vecchie intese*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 30/2012, 15 ottobre 2012, pp. 1-7; Carlo Cardia, *Intesa ebraica e pluralismo religioso in Italia*, *ivi*, dicembre 2009, pp. 1-5; Id., *Stato e confessioni religiose. Il regime pattizio*, Il Mulino, Bologna, 1988; Nicola Colaianni, *Le intese con i Buddhisti e i Testimoni di Geova*, in *Quad. dir. pol. eccl*., 2000, n. 2, pp. 475-494; Stefania Colombo, *I rapporti tra lo Stato e l'Unione Cristiana Evangelica Battista d'Italia*, in *www.olir.it*, dicembre 2003, pp. 1-46; Raffaele Coppola, *Le intese con l'Unione Avventista e le Assemblee di Dio in Italia, con particolare riguardo ai contenuti normativi*, nel vol. *Normativa ed organizzazione delle minoranze confessionali in Italia*,, a cura di Vittorio Parlato, Giovanni Battista Varnier, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 39-50; Francesco Finocchiaro, *Nuova disciplina del matrimonio concordatario e del matrimonio secondo le norme dell'ordinamento valdese*, in *Nuove leggi civ. comm*., 1986, pp. 13-16; Guido Fubini, *Il diritto ebraico. Le problematiche del rapporto con lo Stato in Italia*, nel vol. *Normativa ed organizzazione delle minoranze confessionali in Italia*, a cura di Vittorio Parlato, Giovanni Battista Varnier, cit., pp. 111-121; Id., *Prime considerazioni sull'«intesa ebraica»*, in *Dir. eccl*., 1988, I, pp. 127-138; Lucia Graziano, *Andando oltre la standardizzazione delle intese: la Chiesa apostolica in Italia e l'art. 8,3 della Costituzione*, in *Quad. dir. pol. eccl*., 2007, n. 2, pp. 353-370; Gianni Long, *Le confessioni religiose «diverse dalla cattolica». Ordinamenti interni e rapporti con lo Stato*, Il Mulino, Bologna, 1991; Id., *Le intese con l'Unione avventista e con le Assemblee di Dio in Italia*, in *Quad. dir. pol. eccl*., 1987, pp. 119-135; Anna Sveva Mancuso, *Il matrimonio celebrato secondo l'Intesa con l'Unione delle Comunità ebraiche*, in *Nuove autonomie*, 2006, n. 4-6, pp. 1-16; Id., *La rilevanza civile del matrimonio degli acattolici*, Ed. Nuova Cultura, Roma, 2013; Id., *L'attuazione dell'art. 8.3 della Costituzione. Un bilancio dei risultati raggiunti e alcune osservazioni critiche*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), febbraio 2010,

momento in cui parte della dottrina ritiene ormai esaurita la cosiddetta "*stagione delle intese*" e superato lo strumento previsto dall'art. 8, terzo comma, Cost. per la realizzazione dell'uguale libertà dei gruppi religiosi[3], e si reputa

---

pp. 24-36; Giancarlo Mori, *Ortodossia e intesa con lo Stato italiano: il caso della Sacra Arcidiocesi Ortodossa d'Italia ed Esarcato per l'Europa meridionale*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2007, n. 2, pp. 399-412; Luciano Musselli – Anna Favergiotti – Elisabetta Comerio, *Le intese con le Chiese avventiste e pentecostali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1990, pp. 444-493; Vincenzo Pacillo, *L'intesa con la Chiesa di Gesú Cristo dei Santi degli Ultimi Giorni: prime considerazioni*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2007, n. 2, pp. 371-397; Vittorio Parlato, *La legge n. 126 del 2012 relativa ai rapporti tra Italia e Sacra Arcidiocesi Ortodossa d'Italia e Malta*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 36/2012, 26 novembre 2012, pp. 1-19; Id., *Le intese con le confessioni acattoliche. I contenuti*, II ed., Giappichelli, Torino, 1996; Tiziano Rimoldi, *L'intesa con la Chiesa avventista del 7° giorno*, in *www.olir.it*, febbraio 2004, pp. 1-56; Giorgio Sacerdoti, *L'intesa del 1987-89: ebraismo italiano e ordinamento dello Stato*, in *Rass. mens. di Israel*, 2009, vol. 75, n. 3, pp. 29-50; Vittorio Tedeschi, *Il matrimonio secondo la «intesa con tra la Repubblica italiana e l'Unione delle comunità israelitiche»*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, pp. 263-279; Elisa Ziccardi, *Il matrimonio nelle confessioni religiose. Il matrimonio di culto cattolico, acattolico, islamico e il giudizio di nullità del matrimonio*, Experta ed., Forlì, 2006, pp. 373-426.

[3] Osserva Nicola Colaianni, *Le intese nella società multireligiosa: verso nuove disuguaglianze*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 19/2012, 28 maggio 2012, p. 7, che nella prassi "*la standardizzazione del contenuto delle intese è andata in effetti nel senso di inserire tutte le regolamentazioni bilaterali in un quadro di principi comuni, che ben potrebbero essere destinati a fare corpo unico in una legge comune. Invero, s'è avuta un'eterogenesi dei fini: nate come intese speciali, sono diventate intese comuni, non servono a tutelare le specificità delle identità confessionali ma solo ad estendere la disciplina comune*". Ed aggiunge che, dal momento che non tutte le confessioni riescono ad ottenerne la stipula, "*le intese hanno, quindi, assunto un carattere "premiale" dei soggetti "forti" del pluralismo confessionale, di guisa che l'uguale libertà è appannaggio degli appartenenti alle confessioni con intesa, risolvendosi in una libertà diseguale. L'intesa raggiunta solo con alcune di esse si risolve in una negazione della libertà delle altre e quindi presenta una esternalità negativa, una disutilità per i terzi*" (*Ibidem*, pp. 7-8). Più recentemente, traendo spunto dalla sentenza della Corte costituzionale n. 52 del 2016, ancora Nicola Colaianni, *La decadenza del "metodo della bilateralità" per mano (involontaria) degli infedeli*, *ivi*, n. 28/2016, 19 settembre 2016, pp. 22-23, osserva che nell'ambito dei rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose "*la legislazione unilaterale… ha preso decisamente il sopravvento, come risulta sfogliando un qualsiasi codice delle leggi in materia ecclesiastica, e, anche grazie alla vivacità della giurisprudenza, nazionale ed europea, sulla questioni di diritto unilaterale (come l'esposizione del crocifisso e simboli religiosi in genere) le questioni teoriche e interpretative, relative al concordato e alla legislazione di derivazione bilaterale, sono ormai polverose. Non può essere diversamente in quanto i patti in senso lato concordatari sono l'eredità di altri tempi, di lunghi secoli in cui Stato e chiese lottavano per l'egemonia sulle "materie miste", cioè su tutte quelle questioni portatrici di valori ritenuti propri esclusivi da ciascuna delle parti, e prediligevano le pattuizioni, la legge di derivazione bilaterale, piuttosto che le dichiarazioni di diritti, per quanto differenziati possano essere, che toccano tutti i cittadini… La novità costituzionale, a lungo negletta, è che necessaria, invero, è non la bilateralità (che è solo eventuale, nei casi in cui lo Stato ritenga trattarsi di effettivi "rapporti"), bensì la non bilateralità della legislazione, la sua unilateralità, in mancanza della quale si produrrebbe un'inammissibile discriminazione tra gruppi, confessionali e non, che un'immaginaria moltiplicazione delle intese, per limiti a queste strutturali come evidenziato dalla Corte, non varrebbe neppure a contenere…*". In termini analoghi, Valerio Tozzi, *Ripartizione delle competenze e limiti costituzionali della previsione delle intese fra confessioni religiose diverse dalla cattolica e Stato italiano*, *ivi*, n. 18/2012, 21 maggio 2012, pp. 11-12, parla di "*intese fotocopia*" e sottolinea che "è vero che alcune esigenze specifiche di una confessione religiosa possono essere prese in considerazione dal legislatore statale nell'intesa, purché nei limiti dell'uguale

da più parti necessaria l'introduzione di una normativa unilaterale a tutela della libertà religiosa, sostitutiva di quella rappresentata dall'anacronistica normativa sui culti ammessi (L. 24 giugno 1929 n. 1159 e R.D. 28 febbraio 1930 n. 289)[4], sebbene la legittimità di un intervento unilaterale in materia non

---

libertà, del principio di uguaglianza e nella pari dignità delle confessioni, come dei rispettivi seguaci (laicità). Ma se le confessioni religiose riconosciute, cioè quelle che hanno ottenuto l'intesa approvata, chiedono tutte le stesse cose, allora lo strumento intesa ha perso la sua funzione specifica e diviene il mezzo di distribuzione di privilegi a pioggia, in favore di soggetti preferiti". Osserva ancora Valerio Tozzi, *Le trattative per la stipulazione delle 'intese'*, in *Dir. eccl*., 2015, I, p. 59, che "*la politica della 'legislazione contrattata' ha acuito le disuguaglianze fra formazioni sociali a carattere religioso, a causa della sproporzione fra i benefici accordati alla Chiesa cattolica, rispetto alle altre confessioni religiose riconosciute e della discrezionalità politica cui è soggetto l'accesso all'intesa. L'accesso all'intesa, poi, ha segnato il privilegio per alcune formazioni sociali religiose, mentre molte altre non sono riconosciute. I più fortunati ottengono il riconoscimento di 'culto ammesso', restando assoggettati alla legge del 1929, le cui finalità generali non sono coerenti con i princìpi della Repubblica*". Pure Angelo Licastro, *La Corte costituzionale torna protagonista dei processi di transizione della politica ecclesiastica italiana?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 26/2016, 18 luglio 2016, p. 23, stigmatizza il "*modo in cui si è concretamente sviluppata la prassi delle intese (su cui aveva posto l'accento la Cassazione), poco sensibile alle esigenze identitarie delle confessioni e "standardizzata" su contenuti in gran parte omogenei*", con la conseguenza che "*le intese sembrerebbero ormai rappresentare singoli episodi di una trama normativa già interamente svolta, e al cui completamento mancherebbe solo l'acquisizione del consenso di tutti i (rimanenti) gruppi religiosi interessati*". In senso almeno in parte contrario sembra orientato Giovanni Battista Varnier, *Concordati e intese, diritto pattizio e diritto comune: le diverse possibili declinazioni dinanzi alle trasformazioni delle confessioni religiose e della società civile*, *ivi*, n. 16/2014, 5 maggio 2014, pp. 18-19, il quale ritiene che nell'attuale realtà italiana delle relazioni tra Stato e confessioni religiose "*i punti attorno ai quali muoversi consistono nella necessarietà ma anche nell'insufficienza dello strumento pattizio, in un riconoscimento delle differenze che non alteri il principio di uguaglianza e, da ultimo, nella inevitabile presa d'atto dell'interesse del fenomeno religioso per l'intervento in campo sociale. Da quanto sopra ricavo, per deduzione, l'inadeguatezza degli attuali sistemi di collegamento (siano essi concordato o intese) e nel contempo l'impossibilità di una loro revisione. Quindi, non resta che di necessità fare virtù e continuare a disciplinare problematiche nuove con norme antiche e costruire – a lato del sistema di rapporti di modello inter ordinamentale e proprio di una realtà sociale omogenea – un profilo di diritto comune che, con aggiustamenti, regoli il fenomeno religioso nella società plurale, anche andando oltre la realtà pattizia*".

[4] In dottrina auspicano l'emanazione di una legge generale sulla libertà religiosa, che dovrebbe tra l'altro comportare l'abrogazione della legge sui culti ammessi: Salvatore Berlingò, *L'affaire dell'U.A.A.R.: da mera querelle politica ad oggetto di tutela giudiziaria*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 4/2014, 3 febbraio 2014, p. 21; Nicola Colaianni, *Le intese nella società multireligiosa: verso nuove disuguaglianze*, cit., p. 13; Anna Sveva Mancuso, *L'attuazione dell'art. 8.3 della Costituzione. Un bilancio dei risultati raggiunti e alcune osservazioni critiche*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), febbraio 2010, p. 42; Alberto Melloni, *Appunti sulla libertà religiosa*, nel vol. *Libertà religiosa, diritti umani, globalizzazione*, a cura di Rita Benigni, Atti del Convegno Roma 5 maggio 2016, RomaTre-Press, Roma, 2017, p. 68; Marco Parisi, *Associazionismo ateista e accesso all'Intesa con lo Stato. Riflessioni a margine della sentenza n. 7068 del TAR Lazio*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 36/2014, 17 novembre 2014, pp. 18-19 e 21-22; Jlia Pasquali Cerioli, *Il diritto all'avvio delle trattative per la stipulazione delle intese ex art. 8, 3° comma, Cost. (brevi note a Cons. Stato, sez. IV, sent. 18 novembre 2011, n. 6083)*, *ivi*, n. 12/2012, 26 marzo 2012, pp. 16-17; Id., *Interpretazione assiologica, principio di bilateralità pattizia e (in)eguale libertà di accedere alle intese ex art. 8, terzo comma, Cost.*, *ivi*, n. 26/2016, 18 luglio 2016, pp. 16-17; Annamaria Poggi,

risulti da tutti condivisa[5].

Per giunta la nuova intesa e la relativa legge sopraggiungono in un contesto in cui il dibattito sulla bilateralità dei rapporti tra Stato e confessioni religiose ha trovato ampio spazio in ragione della vicenda che ha visto come protagonista l'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (UAAR)[6], associazione ateistica che da oltre vent'anni chiede al Governo italiano di intavolare trattative finalizzate alla stipulazione di un accordo ai sensi dell'art. 8, terzo com-

---

Una sentenza "preventiva" sulle prossime richieste di Intese da parte di confessioni religiose? (in margine alla sentenza n. 52 della Corte costituzionale), in *federalismi.it*, n. 6/2016, 23 marzo 2016, pp. 10-11; Valerio Tozzi, *Le trattative per la stipulazione delle 'intese'*, cit., p. 69; Id., *Ripartizione delle competenze e limiti costituzionali…*, cit., pp. 16-17; Valeria Vita, *Della non obbligatorietà dell'avvio delle trattative finalizzate alla conclusione di un'intesa. Riflessioni a margine della sentenza n. 52 del 2016*, in *Osservatorio costituzionale*, (*www.osservatorioaic.it*), n. 2/2016, 26 maggio 2016, pp. 10-11; Roberto Zaccaria, *Libertà di coscienza e religione. Ragioni e proposte per un intervento legislativo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 12/2017, 3 aprile 2017, pp. 1-3. In argomento, Valerio Tozzi, Gianfranco Macrì, Marco Parisi (a cura di), *Proposta di riflessione per l'emanazione di una legge generale sulle libertà religiose*, Atti del Seminario di studio Napoli e Fisciano 15-17 ottobre 2009, Giappichelli, Torino, 2010. L'ultima bozza di proposta di legge generale sulla libertà religiosa di cui si ha notizia è quella elaborata dal gruppo di studio della Fondazione Astrid coordinato dal Prof. Roberto Zaccaria, presentata nel corso del Seminario di studi *Libertà di coscienza e di religione. Ragioni e proposte per un intervento legislativo* tenutosi a Roma il 6 aprile 2017. Nella Rivista *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 20/2017, è pubblicato il testo delle relazioni introduttive di Sara Domianello, *La proposta di legge in materia di libertà religiosa nei lavori del gruppo di studio Astrid. Le scelte operate in materia matrimoniale e per la stipulazione delle intese* (pp. 1-8); Alessandro Ferrari, *La proposta di legge in materia di libertà religiosa nei lavori del gruppo di studio Astrid. Le scelte di fondo* (pp. 1-7); Pierangela Floris, *La proposta di legge in materia di libertà religiosa nei lavori del gruppo di studio Astrid. Le scelte operate nel campo della libertà collettiva* (pp. 1-8); Roberto Mazzola, *La proposta di legge in materia di libertà religiosa nei lavori del gruppo di studio Astrid. Le scelte operate nel campo della libertà individuale* (pp. 1-7). In calce a ciascun contributo è riportato il testo della bozza provvisoria di proposta di legge.

[5] Pongono in discussione la legittimità e l'opportunità di un intervento unilaterale generale del legislatore in materia religiosa: Alessandro Albisetti, *Le intese fantasma*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), 5 marzo 2012, pp. 6-8; Luca Buscema, *Atti politici e principio di giustiziabilità dei diritti e degli interessi*, in *Rivista AIC*, (*www.rivistaaic.it*), n. 1/2014, 21 febbraio 2014, pp. 44-46; Marco Canonico, *L'idea di una legge generale sulla libertà religiosa: prospettiva pericolosa e di dubbia utilità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), gennaio 2010, pp. 3-10, e in *Dir. famiglia*, 2010, pp. 1362-1369; Francesco Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico*, IX ed., Zanichelli, Bologna, 2003, p. 144.

[6] L'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti è un'associazione non riconosciuta, iscritta all'albo nazionale delle associazioni di promozione sociale, che si propone di diffondere le concezioni ateistiche, tutelare i diritti delle persone non appartenenti ad alcuna religione, affermare e difendere la laicità dello Stato. Sulla natura e le finalità dell'UAAR, Domenico Bilotti, *L'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (UAAR), membro associato della International Humanist and Ethical Union, come soggetto stipulante un'intesa con lo Stato, ex art. 8, III Cost.*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), luglio 2011, pp. 4-6; Sergio Lariccia, *Un passo indietro sul fronte dei diritti di libertà e di eguaglianza in materia religiosa [?]*, *ivi*, n. 20/2016, 6 giugno 2016, pp. 5-6.

ma, Cost. vedendosi frapporre un costante diniego[7], motivato dalla ritenuta mancanza della natura di confessione religiosa in capo all'entità richiedente[8],

---

[7] Per maggiori ragguagli sulle istanze inoltrate dall'UAAR per un negoziato in prospettiva di intesa e relativi sviluppi, Angelo Licastro, *La Corte costituzionale torna protagonista dei processi di transizione della politica ecclesiastica italiana?*, cit., p. 4, nota 11; Marco Parisi, *Associazionismo ateista e accesso all'Intesa con lo Stato*…, cit., pp. 5-12; Jlia Pasquali Cerioli, *Il diritto all'avvio delle trattative*…, cit., pp. 1-2.

[8] In effetti, stanti le dichiarate finalità di promozione della visione ateistica, l'UAAR non sembra a rigore qualificabile come confessione religiosa. In tal senso, Valeria Vita, *op. cit*., p. 5; Emanuele Rossi, *Le "confessioni religiose" possono essere atee? Alcune considerazioni su un tema antico alla luce di vicende nuove,* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 27/2014, 15 settembre 2014, p. 29, il quale esclude che l'UAAR possa essere considerata confessione religiosa "*poiché, malgrado la richiesta di intesa ai sensi dell'art. 8, comma 3, Cost., non si definisce come tale (bensì come "associazione di promozione sociale")… è evidente che anziché come un'organizzazione religiosa essa si definisca piuttosto come un'organizzazione* anti-religiosa…". Annamaria Poggi, *op. cit*., p. 9, considera l'UAAR "*un'associazione che nel proprio statuto dichiara di non essere una confessione religiosa e dunque rispetto alla quale la stessa auto-qualificazione ne escluderebbe a priori la possibilità di pretesa di addivenire ad una Intesa, ove si facesse valere il solo requisito dell'auto-qualificazione*"; ritiene tuttavia che tale conclusione "*andrebbe confrontata con l'art. 17 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea che, ai fini del mantenimento di "un dialogo aperto, trasparente e regolare", equipara alle "chiese" le organizzazioni "filosofiche e non confessionali"…*". In maniera analoga, anche Jlia Pasquali Cerioli, *Accesso alle intese e pluralismo religioso; convergenze apicali di giurisprudenza sulla "uguale libertà" di avviare trattative ex art. 8 Cost., terzo comma*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 26/2013, 15 luglio 2013, pp. 20-22, reputa che i gruppi di ispirazione ateistica non possano aspirare alla stipulazione di intese ai sensi dell'art. 8, terzo comma, Cost. Andrea Pin, *L'inevitabile caratura politica dei negoziati tra il Governo e le confessioni e le implicazioni per la libertà religiosa: brevi osservazioni a proposito della sentenza n. 52 del 2016*, in *federalismi.it*, n. 7/2016, 6 aprile 2016, p. 6, puntualizza che "*se, comprensibilmente, l'UAAR si dichiara "l'unica associazione nazionale che rappresenta le ragioni dei cittadini atei e agnostici", sembra invece più intricato sostenere che l'UAAR* rappresenti *gli atei e gli agnostici, nel senso che ne esprima una dimensione di aggregazione comunitaria, e che dunque l'attribuzione all'UAAR e ai suoi aderenti di particolari trattamenti si tramuti in uno spazio di libertà* per gli atei e per gli agnostici tout court*; e questo dubbio non deriva solo dalla circostanza che l'ateismo e l'agnosticismo possono avere una declinazione comunitaria meno accentuata dei culti, ma dalla medesima problematica rappresentatività dell'UAAR nei confronti di queste opzioni areligiose*". Non manca tuttavia chi ritiene che non debba essere considerata elemento discriminante la mancanza di un essere trascendente per l'ammissibilità alla stipulazione di intese. In simile prospettiva, Emanuele Rossi, *op. cit*., p. 6, rileva come in realtà lo Stato, avendo stipulato l'intesa con l'Unione Buddhista italiana, abbia in sostanza considerato confessione religiosa "*una fede che non riconosce l'esistenza di un essere soprannaturale (un "dio")… un "fenomeno religioso" che è (si ritiene) tale sebbene ateo: quello che sarebbe parso un ossimoro è una realtà con la quale dobbiamo confrontarci*". Il medesimo autore precisa tuttavia come l'Unione Buddhista sia comunque ascrivibile nel novero delle confessioni religiose "*ancorché non presupponga tra il proprio "credo" l'esistenza di un essere trascendente: giacché non vi è dubbio che essa percepisca se stessa come "religiosa" (nell'art. 2 dello statuto si definisce "ente di religione e di culto") e che come tale sia percepita storicamente e culturalmente, oltre ovviamente al fatto che essa si autodefinisce così*" (*Ibidem*, p. 29). In maniera analoga Marco Parisi, *Associazionismo ateista e accesso all'Intesa con lo Stato*..., cit., p. 13, evidenzia che "*appare essere non sempre dirimente (in termini relativi) l'esclusivo riferimento all'elemento del "divino" come parametro centrale per l'individuazione di una organizzazione confessionale, dal momento che l'esperienza contemporanea delle Intese ha consentito la conclusione di accordi con i buddisti (legge n. 245 del 2012) e gli induisti (legge n. 246 del 2012),*

che ha condotto ad una *querelle* giudiziaria trascinatasi con alterne affermazioni di principio dinanzi alla giustizia amministrativa, al giudice ordinario ed a quello costituzionale, con preannunciati possibili sviluppi anche di fronte alla Corte di Strasburgo[9].

Il primo rifiuto del Governo alla richiesta dell'UAAR di intavolare trattative finalizzate ad eventuale intesa era stato impugnato con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ed annullato per incompetenza, in quanto contenuto in una nota del Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio, in contrasto con il dettato normativo che richiede in materia la deliberazione del Consiglio dei Ministri (art. 2, terzo comma, lett. *l*, L. 23 agosto 1988 n. 400).

Le ulteriori istanze dell'associazione conducevano a nuovo diniego, contenuto nella nota della Presidenza del Consiglio dei Ministri 5 dicembre 2003 e motivato con l'assenza in capo all'entità interessata della natura di confessione religiosa richiesta dall'art. 8, terzo comma, Cost. Il provvedimento governativo veniva impugnato dinanzi al T.A.R. del Lazio, che con sentenza 31 dicembre 2008 n. 12539 dichiarava il proprio difetto di giurisdizione ai sensi dell'art. 31 R.D. 26 giugno 1924 n. 1054, ravvisando natura di atto politico, come tale non sindacabile in sede giurisdizionale, nella determinazione del Governo in risposta alla richiesta di trattative per eventuale intesa.

Avverso detta decisione l'UAAR proponeva ricorso dinanzi al Consiglio di Stato, che con sentenza 18 novembre 2011 n. 6083 escludeva la natura di atto politico riguardo alla scelta del Governo sull'avvio o meno di trattative volte all'intesa, sulla base del rilievo che l'art. 8, terzo comma, Cost. prevede la necessità dello strumento bilaterale nei rapporti tra Stato e confessioni religiose acattoliche, con conseguente limitazione dei contenuti dell'atto normativo che eventualmente recepisce l'intesa e dunque restrizione della sovranità legislativa del Parlamento. Tale restrizione veniva considerata "*difficilmente compatibile con la ritenuta afferenza delle relative scelte all'indirizzo politico generale dello Stato*", che costituisce requisito oggettivo per la qualifica di un provvedimento come atto politico. Veniva pertanto stabilito l'obbligo dell'Esecutivo di dare avvio alle trattative a seguito della richiesta in tal senso proveniente da soggetto legittimato, salva la facoltà del Governo di non pervenire alla stipula dell'intesa[10]. La sentenza impugnata veniva dunque annullata, con

---

caratterizzantesi come gruppi spirituali non individuanti un essere trascendente al centro della loro personale speculazione religiosa".

[9] Valeria Vita, *op. cit.*, p. 1, nota 1, ricorda che dopo il pronunciamento della Consulta con la sentenza n. 52 del 2016, ultimo atto della ricordata vicenda giudiziaria, "è Raffaele Carcano, segretario dell'UAAR, che nel comunicato stampa dell'11 marzo 2016, giorno successivo alla pubblicazione della sentenza, ha preannunciato la possibilità di un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo…".

[10] In realtà nella decisione in questione il Consiglio di Stato precisa che, oltre alla facoltà da parte

rinvio della causa al primo Giudice[11].

Avverso tale decisione il Presidente del Consiglio proponeva ricorso dinanzi alla Corte di cassazione invocando il difetto di giurisdizione sul rifiuto governativo di avviare trattative finalizzate all'intesa ex art. 8 Cost., reputato dall'Esecutivo atto politico e dunque insindacabile. Con sentenza 28 giugno 2013 n. 16305 le Sezioni unite civili della Cassazione rigettavano l'impugnazione, qualificando come frutto di discrezionalità tecnica, come tale sindacabile, la determinazione governativa circa il rifiuto di avviare trattative con una confessione religiosa per eventuale intesa, non valendo a farla considerare atto politico né la provenienza di detta determinazione dal Governo, difettando al riguardo il requisito oggettivo costituito dall'insussistenza in capo al soggetto richiedente l'intesa di un interesse protetto giustiziabile, né le previsioni dell'art. 2, terzo comma, lett. *l*, della legge n. 400 del 1988, che rimettono alla deliberazione del Consiglio dei ministri le scelte in materia di rapporti previsti dall'art. 8 Cost. Secondo le Sezioni unite la valutazione relativa alla qualificazione come confessione religiosa del soggetto che avanza richiesta di negoziato costituisce "*tutt'al più*" esercizio di discrezionalità tecnica da parte dell'amministrazione, soggetta in quanto tale a controllo in sede giurisdizionale. Inoltre per il Giudice di legittimità lo strumento delle intese vale ad assicurare una migliore realizzazione dell'uguale libertà di cui all'art. 8, primo comma, Cost., con la conseguenza che la possibilità per i culti di stipulare tali accordi non può dipendere dalle valutazioni assolutamente discrezionali dell'Esecutivo, le cui scelte finirebbero altrimenti per incidere sulla libertà cui le confessioni religiose hanno diritto[12].

---

statale di non addivenire all'intesa o di non tradurla in legge, residua comunque per il Governo "*la possibilità, nell'esercizio della discrezionalità tecnica… di escludere motivatamente che il soggetto interessante presenti le caratteristiche che le consentirebbero di rientrare fra le "confessioni religiose" (ciò che, del resto, è quanto avvenuto proprio nel caso di specie)*".

[11] In dottrina, sulla menzionata pronuncia del Consiglio di Stato, Francesco Bertolini, *Principio pattizio o obbligo del Governo di avviare le trattative per la stipula dell'intesa con la Confessione religiosa?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, (*www.forumcostituzionale.it*), 12 aprile 2012, pp. 1-9; Salvatore berlingò, *op. cit.*, pp. 7-11; Marco Canonico, *La stipulazione di intese con lo Stato: diritto delle confessioni religiose o libera scelta del Governo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 15/2012, 23 aprile 2012, pp. 1-12; Luca Fascio, *Le intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica tra atti politici e discrezionalità tecnica dell'amministrazione. Il caso dell'UAAR (Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti)*, in *Foro amm. – Cons. Stato*, 2012, n. 5, pp. 1204-1224; Jlia Pasquali Cerioli, *Il diritto all'avvio delle trattative…*, cit., pp. 1-17; Federico Petrangeli, *L'approvazione delle nuove intese con le confessioni religiose: un percorso accidentato forse prossimo a conclusione*, in *Rivista AIC*, (*www.rivistaaic.it*), n. 1/2012, 14 marzo 2012, pp. 5-8; Valerio Tozzi, *Ripartizione delle competenze e limiti costituzionali…*, cit., pp. 1-17.

[12] Sulla pronuncia delle Sezioni unite della Corte di cassazione, Salvatore berlingò, *op. cit.*, pp. 11-15; Nicola Colaianni, *Ateismo* de combat *e intesa con lo Stato*, in *Rivista AIC*, (*www.rivistaaic.it*), n. 4/2013, 6 dicembre 2013, pp. 1-18; Guido Di Muccio, *Atti politici e intese tra lo Stato e le confessioni*

A fronte di detta decisione, il Governo ha sollevato conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato dinanzi alla Corte costituzionale, che si è pronunciata con la sentenza 10 marzo 2016 n. 52 accogliendo il ricorso. Il Giudice delle leggi ha motivato la propria decisione specificando che, "*a prescindere dalla stipulazione di intese, l'eguale libertà di organizzazione e di azione è garantita a tutte le confessioni dai primi due commi dell'art. 8 Cost. … e dall'art. 19 Cost.*", sicché la mancanza di disciplina concordata non vale a pregiudicare la libertà dei gruppi religiosi, che resta comunque assicurata. Sotto altro profilo, secondo la Consulta "*il riferimento al metodo della bilateralità, immanente alla ratio del 3° comma dell'art. 8 Cost. … pretende una concorde volontà delle parti, non solo nel condurre e nel concludere una trattativa, ma anche, prima ancora, nell'iniziarla*", e dunque la sindacabilità del diniego di avviare le trattative, con conseguente possibile imposizione al Governo dell'obbligo di intraprenderle, introdurrebbe "*un elemento dissonante rispetto al metodo della bilateralità*". Si è inoltre affermato che "*un'autonoma pretesa giustiziabile all'avvio delle trattative non è configurabile proprio alla luce della non configurabilità di una pretesa soggettiva alla conclusione positiva di esse*", nel senso che per la Corte il procedimento volto alla stipulazione dell'intesa ha uno scopo unitario e pertanto, non esistendo un obbligo al perfezionamento di esso con la sottoscrizione dell'accordo, parimenti non può sussistere un dovere di avviare il procedimento medesimo. A ciò viene aggiunto il rilievo delle valutazioni di natura politica insite nella scelta dell'Esecutivo di avviare o meno il negoziato con una confessione in prospettiva di intesa, in quanto si rileva che, "*per il Governo, l'individuazione dei soggetti che possono essere ammessi alle trattative, e il successivo effettivo avvio di queste, sono determinazioni importanti, nelle quali sono già impegnate la sua discrezionalità politica, e la responsabilità che normalmente deriva in una forma di governo parlamentare*". In tale prospettiva, è stata dunque riconosciuta al Governo ampia discrezionalità "*il cui unico limite è rintracciabile nei principi costituzionali*", con la precisazione che "*scelte del genere, per le ragioni che le motivano, non possono costituire oggetto di sindacato da parte del giudice*", salva la responsabilità politica del potere esecutivo di fronte al Parlamento. Sulla base di tali assunti, diversamente dalle conclusioni cui erano pervenuti il Consiglio di Stato e le Sezioni unite della Corte di cassazione, la Consulta ha ritenuto che "*non sia configurabile – in capo ad una associazione che ne faccia richiesta, allegando la propria natura di confessione religiosa – una*

---

religiose non cattoliche: brevi note a Corte di cassazione, sez. unite civ., sentenza 28 giugno 2013, n. 16305, in *federalismi.it*, n. 20/2013, 9 ottobre 2013, pp. 1-18; Jlia Pasquali Cerioli, *Accesso alle intese e pluralismo religioso…*, cit., pp. 1-22 ; Emanuele Rossi, *op. cit.*, pp. 14-19.

pretesa giustiziabile all'avvio delle trattative ex art. 8, terzo comma, Cost.", mentre compete "*al Consiglio dei ministri valutare l'opportunità di avviare trattative con una determinata associazione, al fine di addivenire, in esito ad esse, alla elaborazione bilaterale di una speciale disciplina dei reciproci rapporti*"[13].

---

[13] Annotazioni riguardo alla sentenza costituzionale n. 52 del 2016 possono rinvenirsi in Giovanni Amoroso, *Le pronunce della Corte di cassazione oggetto di conflitto di attribuzione innanzi alla Corte costituzionale*, in *Foro it*., 2016, I, cc. 1951-1957; Marco Canonico, *Libera scelta del Governo l'avvio di trattative finalizzate alla stipulazione di intesa con confessione religiosa ai sensi dell'art. 8, terzo comma, Cost*., in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 30/2016, 7 ottobre 2016, pp. 1-18; Vincenzo Cocozza, *La garanzia dell'«intesa» nell'art. 8 Cost., terzo comma*, *ivi*, n. 11/2017, 27 marzo 2017, pp. 1-9; Renzo Dickmann, *La delibera del Consiglio dei ministri di avviare o meno le trattative finalizzate ad una intesa di cui all'art. 8, terzo comma, Cost. è un atto politico insindacabile in sede giurisdizionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, (*www.forumcostituzionale.it*), 21 marzo 2016, pp. 1-8; Giovanni Di Cosimo, *Carta bianca al Governo sulle intese con le confessioni religiose (ma qualcosa non torna)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 2/2017, 23 gennaio 2017, pp. 1-8; Antonio Ferrara, *Corte cost. n. 52 del 2016, ovvero dello svuotamento delle intese Stato-Confessioni religiose e dell'upgrading del giudizio concernente il diniego all'avvio delle trattative*, in *federalismi.it*, n. 8/2016, 20 aprile 2016, pp. 1-7; Nicola Fiorita – Pierluigi Consorti, *La libertà religiosa nell'era della sicurezza*, in *il Mulino*, (*www.rivistailmulino.it*), 19 aprile 2016; Pierangela Floris, *Le intese tra conferme e ritocchi della Consulta e prospettive per il futuro*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 28/2016, 19 settembre 2016, pp. 2-22; Sergio Lariccia, *op. cit*., pp. 1-33; Stefania Leone, *L'aspettativa di avviare con lo Stato una trattativa finalizzata alla stipula di un'intesa ex art. 8, comma terzo, Cost. non è assistita da enforcement giudiziario. Ma il diniego governativo non pregiudica, ad altri fini, la posizione giuridica dell'istante (Corte cost. n. 52/2016)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, (*www.forumcostituzionale.it*), 1° aprile 2016, pp. 1-5; Angelo Licastro, *La Corte costituzionale torna protagonista dei processi di transizione della politica ecclesiastica italiana?*, cit., pp. 1-34; Ida Nicotra, *Le intese con le confessioni religiose: in attesa di una legge che razionalizzi la discrezionalità del Governo*, in *federalismi.it*, n. 8/2016, 20 aprile 2016, pp. 1-8; Michele Pappone, *L'apertura delle trattative per la stipula di intese costituisce attività politica non sindacabile in sede giurisdizionale*, in *Osservatorio costituzionale*, (*www.osservatorioaic.it*), n. 2/2016, 9 maggio 2016, pp. 1-8; Marco Parisi, *Principio pattizio e garanzia dell'eguaglianza tra le confessioni religiose: il punto di vista della Consulta nella sentenza n. 52 del 2016*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 13/2017, 10 aprile 2017, pp. 1-13; Jlia Pasquali Cerioli, *Interpretazione assiologica, principio di bilateralità pattizia e (in)eguale libertà di accedere alle intese ex art. 8, terzo comma, Cost*., *ivi*, n. 26/2016, 18 luglio 2016, pp. 1-17; Andrea Pin, *op. cit*., pp. 1-8; Annamaria Poggi, *op. cit*., pp. 1-12; Daniele Porena, *Atti politici e prerogative del Governo in materia di confessioni religiose: nota a prima lettura sulla sentenza della Corte costituzionale n. 52/2016*, in *federalismi.it*, n. 7/2016, 6 aprile 2016, pp. 1-14; Francesco Rimoli, *Laicità, eguaglianza, intese: la Corte dice no agli atei (pensando agli islamici)*, in *Giur. cost*., 2016, pp. 637-639, 642-647; Antonio Ruggeri, *Confessioni religiose e intese tra* iurisdictio *e* gubernaculum*, ovverosia l'abnorme dilatazione dell'area delle decisioni politiche (a prima lettura di Corte cost. n. 52 del 2016)*, in *federalismi.it*, n. 7/2016, 30 marzo 2016, pp. 1-10; Caterina Tomba, *Il principio di laicità: mero strumento rafforzativo del principio di eguaglianza "senza distinzione di religione" ovvero obbligo positivo nei confronti dei pubblici poteri? Riflessioni a prima lettura delle sentenze n. 63 e n. 52 del 2016*, in *Osservatorio costituzionale*, (*www.osservatorioaic.it*), n. 2/2016, 26 maggio 2016, pp. 1-9; Aldo Travi, *Avvio della procedura per un'intesa con una confessione acattolica e tutela giurisdizionale*, in *Foro it*., 2016, I, cc. 1957-1957; Valeria Vita, *op. cit*., pp. 1-11. Ulteriori note di commento sono contenute nella sezione dedicata alla decisione in questione all'interno del fascicolo

Nel frattempo, con sentenza 3 luglio 2014 n. 7068, il T.A.R. del Lazio, prendendo in esame il merito della questione a seguito del rinvio disposto dal Consiglio di Stato, aveva respinto il ricorso dell'UAAR escludendo l'illegittimità della valutazione governativa circa la mancata qualifica di confessione religiosa in capo alla predetta associazione[14].

La vicenda dell'UAAR, a prescindere dalle peculiarità del caso e dalle variegate soluzioni adottate non solo dalla giurisprudenza ma anche dalla dottrina in ordine alla configurabilità di un diritto delle confessioni all'avvio delle trattative[15], ha il merito di avere risvegliato il confronto in ordine al ruolo delle

---

1-4 dell'annata 76 (2015) della Rivista *Il Diritto ecclesiastico*, con contributi di Nicola Colaianni, *La decadenza del 'metodo della bilateralità' per mano (involontaria) degli infedeli* (pp. 85-105); Pierangela Floris, *Le intese tra conferme e ritocchi della Consulta e prospettive per il futuro* (pp. 107-125); Angelo Licastro, *La Corte costituzionale torna protagonista dei processi di transizione della politica ecclesiastica italiana?* (pp. 127-154); Marco Parisi, *Discrezionalità politica del Governo e bilateralità pattizia: più ombre che luci nella sentenza n. 52 del 2016* (pp. 155-173); Jlia Pasquali Cerioli, *Interpretazione assiologica, principio di bilateralità pattizia e (in)eguale libertà di accedere alle intese ex art. 8, terzo comma, Cost.* (pp. 175-189); Francesco Patruno, *Esiste un "diritto" all'avvio delle trattative per la stipulazione delle intese ex art. 8, comma 3, Cost.? La Corte costituzionale pone fine a una delicata* querelle *giurisprudenziale e dottrinale* (pp. 237-259); Marcello Toscano, Mala tempora currunt (sed peiora parantur?) *per le confessioni religiose senza intesa. Note a margine della sentenza n. 52/2016 della Corte costituzionale* (pp. 191-235); Giovanni Battista Varnier, *L'art. 3, terzo comma della Costituzione e la sentenza della Corte costituzionale n. 52/2016 tra valutazioni politiche e nuove presenze religiose* (pp. 73-83).

[14] Sulla sentenza del T.A.R. del Lazio n. 7068 del 2014, Luigi Barbieri, *Una proposta a geometria variabile. Qualche riflessione sulla sentenza del TAR Lazio n. 7068 del 3 luglio 2014 e sul caso U.A.A.R.*, in *Osservatorio AIC*, (*www.osservatorioaic.it*), settembre 2014, pp. 1-38; Marco Croce, *La nozione di confessione religiosa alla prova dell'ateismo organizzato nel contenzioso U.A.A.R.–Governo in merito alla richiesta di un'intesa ex art. 8, comma 3, Cost.*, in *www.academia.edu*, pp. 3-8; Giovanni Di Cosimo, *Gli atei come i credenti? I giudici alle prese con un'atipica richiesta di intesa fra Stato e confessioni religiose*, in *Rivista AIC*, (*www.rivistaaic.it*), n. 1/2015, 20 gennaio 2015, pp. 5-12; Marco Parisi, *Associazionismo ateista e accesso all'Intesa con lo Stato…*, cit., pp. 1-22; Davide Ponte, *Senza l'elemento della «confessione religiosa» l'Uaar non può chiedere di aprire le trattative*, in *Guida al diritto*, 2014, n. 31, 26 luglio 2014, pp. 75-79.

[15] In dottrina, propende per la libertà dell'Esecutivo nella scelta di avviare o meno trattative con la confessione cattolica Carlo Cardia, *Manuale di Diritto ecclesiastico*, II ed., Il Mulino, Bologna, 1996, p. 224, il quale osserva in proposito che *"…l'Intesa ha un indubbio valore politico perché investe la responsabilità dell'Esecutivo sia all'atto della scelta di trattare con una determinata confessione, sia nel corso del negoziato e sino alla sua conclusione*". Nello stesso senso, Renzo Dickmann, *op. cit.*, pp. 6-8; Stefania Leone, *op. cit.*, pp. 2-4; Ida Nicotra, *op. cit.*, pp. 6-7; Michele Pappone, *op. cit.*, p. 7; Andrea Pin, *op. cit.*, pp. 6-7; Mario Tedeschi, *Manuale di Diritto ecclesiastico*, V ed., Giappichelli, Torino, 2010, p. 96; Valerio Tozzi, *Il progetto costituzionale di politica ecclesiastica*, nel vol. Luciano Musselli – Valerio Tozzi, *Manuale di Diritto ecclesiastico. La disciplina del fenomeno religioso*, Laterza, Bari, 2000, pp. 74-76; Id., *Ripartizione delle competenze e limiti costituzionali della previsione delle intese fra confessioni religiose diverse dalla cattolica e Stato italiano*, cit., pp. 8-9, 13-14; Enrico Vitali, *La Costituzione italiana e il fenomeno religioso*, nel vol. Enrico Vitali – Antonio Giuseppe Chizzoniti, *Manuale breve di Diritto ecclesiastico*, II ed., Giuffrè, Milano, 2007, p. 38. Ritengono al contrario che sussista un obbligo da parte statale di intraprendere il negoziato a fronte di richiesta in tal senso avanzata da soggetto legittimato in quanto avente natura di confessione religiosa Francesco

intese ed all'importanza di tale strumento nella disciplina del fenomeno religioso secondo il modello previsto dalla Costituzione. Sulla base degli artt. 7 e 8 di tale fonte normativa la disciplina dei rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose è improntata al principio di bilateralità, risultando in tale ambito preclusa al legislatore ordinario l'emanazione di una normativa in maniera unilaterale. La finalità perseguita dal costituente era quella di impedire la possibile imposizione da parte dello Stato di trattamenti legislativi in grado di pregiudicare, oltre alla libertà, la specificità e peculiarità di ciascuna comunità religiosa. Per salvaguardare il patrimonio culturale e le particolari esigenze di ogni singolo gruppo confessionale la Costituzione stabilisce dunque che ogni atto normativo riguardante la materia in questione debba trovare fondamento in un previo accordo con la comunità interessata. Tale accordo, denominato intesa per quanto concerne i culti acattolici, viene in tal modo a rappresentare un presupposto di legittimità costituzionale di qualsiasi legge destinata a regolare la condizione giuridica dei confessioni religiose, altrimenti soggette alla normativa di diritto comune costituita dalla sopra richiamata legge sui culti ammessi e relativo regolamento di attuazione. Dunque l'intesa rappresenta lo strumento che consente alla confessione acattolica di ottenere una disciplina calibrata sulle proprie specifiche esigenze, permettendo nel contempo alla comunità interessata di emanciparsi dall'applicazione dell'anacronistica legislazione del 1929-30[16].

Il caso UAAR, per quanto incentrato sulla questione del diritto o meno all'avvio delle trattative finalizzate all'intesa, ha rimarcato e confermato il ruolo

---

Alicino, *Le intese con le confessioni religiose alla prova delle organizzazioni ateistiche*, in *Dir. eccl.*, 2013, n. 1-2, pp. 69-71; Luca Buscema, *op. cit.*, pp. 31-46; Fabio Corvaja, *Rimedi giuridici contro il diniego di intesa con le confessioni religiose*, in *Quad. cost.*, 2002, n. 2, pp. 234-237; Jlia Pasquali Cerioli, *Il diritto all'avvio delle trattative…*, cit., p. 9; Annamaria Poggi, *op. cit.*, pp. 8-10; Daniele Porena, *op. cit.*, pp. 6-14; Antonio Ruggeri, *op. cit.*, p. 8; Caterina Tomba, *op. cit.*, p. 9; Valeria Vita, *op. cit.*, p. 8. Per alcuni la violazione dell'obbligo in questione resterebbe sindacabile, pur dopo la decisione della Consulta, in quanto il soggetto richiedente le trattative a fronte del diniego governativo sarebbe legittimato a sollevare conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato ai sensi dell'art. 134 Cost. In tal senso, Antonio Ferrara, *op. cit.*, pp. 5-7; Andrea Guazzarotti, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato quale strumento di garanzia per le confessioni religiose non ammesse alle intese*, *in Giur. cost.*, 1996, n. 6, pp. 3920-3949; Antonio Ruggeri, *op. cit.*, p. 7. *Contra*, Valeria Vita, *op. cit.*, p. 10, secondo cui l'ipotesi del conflitto di attribuzione sollevato dalla confessione religiosa "*incontra un ostacolo nella legittimazione ad essere parte di un conflitto, attribuita dalla l. 87 del 1953 agli organi competenti a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartengono, essendo la confessione religiosa un soggetto esterno allo Stato-apparato ed essendovi un precedente in tal senso solo nei confronti del comitato promotore del referendum*".

[16] Parte della dottrina sostiene che, essendo le intese lo strumento per far valere le peculiarità di ciascuna confessione, la mancata stipulazione di tali accordi si risolva in pregiudizio dell'uguale libertà dei gruppi religiosi. In tal senso, Michele Pappone, *op. cit.*, p. 7; Annamaria Poggi, *op. cit.*, p. 10; Antonio Ruggeri, *op. cit.*, p. 8; Valeria Vita, *op. cit.*, p. 12.

fondamentale di tale strumento per il pieno riconoscimento delle libertà in materia religiosa alle confessioni acattoliche ed ai loro aderenti, al di là di quanto la normativa comune, costituzionale ed ordinaria, possa garantire con le sue previsioni generali, inevitabilmente deficitarie rispetto alle specifiche esigenze delle poliedriche e multiformi realtà ormai presenti sullo scenario dei fenomeni religiosi. Uno strumento che veniva ormai considerato per certi versi desueto e superato, comunque inidoneo a svolgere adeguatamente la funzione assegnatagli dalla Costituzione, con le discussioni scaturite nella vicenda sopra ricordata ha dimostrato la sua perdurante importanza ed efficacia nell'ottica di una regolamentazione del fenomeno religioso che voglia effettivamente rispettare peculiarità e specificità dei diversi gruppi confessionali[17]. In questa prospettiva va letta la stipulazione di ogni accordo con le comunità religiose diverse dalla cattolica[18] e dunque anche l'intesa con l'Istituto Buddista Italiano Soka Gakkai, l'ultima in ordine di tempo ad essere stata recepita dal legislatore.

---

[17] Maria Cristina Folliero, *Dialogo interreligioso e sistema italiano delle Intese: il principio di cooperazione al tempo della post-democrazia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), giugno 2010, pp. 15-16, osserva in proposito che nel momento attuale la possibilità di stipulare un'intesa, almeno per i nuovi gruppi religiosi, è "*destinata ad aumentare, o diminuire, a seconda della affidabilità dei gruppi religiosi richiedenti e della loro adesione ai valori del nostro ordinamento. Con una limitata, ma significativa variante rispetto a quanto previsto già dall'art. 8, secondo comma, Cost. Il fatto nuovo è che la compatibilità tra i singoli credi, l'ordinamento costituzionale italiano e talune componenti culturali-identitarie del Paese come il cristianesimo, viene co-decisa dallo Stato* assieme *alle Chiese insediate. Forti di un ritrovato ruolo pubblico e sollecitate ogni giorno a promuovere sempre più larghe ed estese forme di cooperazione interna e internazionale. Le Intese eventuali e future, preimpostate a trattamenti giuridici differenzianti, più che uno strumento per rimarcare le identità, rappresentano il superamento di un test di affidabilità da parte delle neo-Chiese. Oltre questa soglia i "paradisi" dei ticket della sub-negoziazione con lo Stato su singole materie, larghe misure di favore fiscale e l'accesso alle risorse economico-finanziarie di provenienza pubblica (*8xmille; 5xmille; discipline ONLUS e INLUS*)*".

[18] Secondo Vittorio Parlato, *La legge n. 126 del 2012 relativa ai rapporti tra Italia e Sacra Arcidiocesi Ortodossa d'Italia e Malta*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 36/2012, 26 novembre 2012, pp. 3-4, la stipulazione di accordi con le confessioni non contrasta con il principio di laicità, in quanto "*lo Stato italiano non si presenta come agnostico, ma pluralista, pluri-confessionale e neutrale. Esso non mira alla laicizzazione integrale delle istituzioni pubbliche, ma persegua una neutralità nei confronti del pluralismo confessionale che gli permette di tutelare, come valore autonomo, il sentimento religioso; lo Stato tiene conto da un lato che i principî del cattolicesimo fanno parte del patrimonio storico del popolo italiano, che la Chiesa romano-cattolica, soprattutto nel suo aspetto istituzionale, ha una significativa presenza nella società italiana, ma è anche consapevole della crescente pluralità di realtà religiose presenti nella società italiana cui ritiene opportuno, se non doveroso, assicurare, entro certi limiti, specifici diritti di libertà religiosa individuale e collettiva, non solo sul piano formale, ma anche sostanziale, così da giustificare collaborazione per la realizzazione di tali diritti, come anche prevedere aiuti economici indiretti. Nel concetto di Stato laico da me utilizzato, i termini: pluralismo, pluri-confessionismo e neutralità ben si inquadrano nello Stato laico odierno, in linea con la Costituzione, anzi ne sono gli elementi caratterizzanti. Di qui le intese con alcune confessioni di minoranza trasformate in legge ai sensi dell'art. 8, 3 comma, della Costituzione*".

2. I contenuti e le peculiarità della normativa oggetto d'esame

Le materie oggetto di regolamentazione nell'intesa stipulata dallo Stato con l'IBISG, e nella legge che ne recepisce l'articolato, a parte le eccezioni di cui si dirà, non si presentano diverse in linea di massima da quelle considerate negli altri accordi sinora siglati con altre confessioni acattoliche. Ed anche i contenuti, negli ambiti effettivamente disciplinati, ricalcano per lo più quanto comunemente disposto nelle intese sinora stipulate, salve le particolarità che verranno evidenziate.

Ed infatti, analogamente a quanto avviene nella generalità degli accordi in essere con le confessioni acattoliche, nella normativa oggetto di considerazione in questa sede in primo luogo si proclama e si riconosce l'autonomia e la libertà organizzativa della comunità religiosa interessata (art. 2.1 della legge), con specifico riferimento alla nomina dei ministri di culto, all'organizzazione comunitaria ed agli atti in materia spirituale e disciplinare (art. 2.2), oltre alla libera comunicazione dell'Istituto con la Soka Gakkai internazionale avente sede in Giappone (art. 2.3); si prevede la libertà dell'IBISG di "*svolgere la sua missione religiosa, spirituale, educativa, culturale e umanitaria*" (art. 3.1) e viene garantita all'Istituto, nonché agli organismi da esso rappresentati ed agli aderenti, "*la piena libertà religiosa, di riunione e di manifestazione del pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di comunicazione*" (art. 3.2); viene assicurato ai ministri di culto il libero esercizio del loro ministero (art. 4.1), con riconoscimento ai medesimi del "*segreto d'ufficio su quanto appreso nello svolgimento della propria funzione*" (art. 4.3), del diritto di assegnazione a richiesta al servizio civile nell'ipotesi di ripristino dell'obbligo del servizio militare (art. 4.4) e prioritaria destinazione a servizi civili o sanitari in caso di mobilitazione generale (art. 4.5).

Ulteriori previsioni concernono il riconoscimento dell'assistenza spirituale a favore degli aderenti all'IBISG allorché "*siano impegnati nel servizio militare, oppure siano ricoverati in strutture sanitarie, socio-sanitarie e sociali*" (art. 5.1), ovvero risultino "*detenuti in istituti penitenziari*" (art. 5.3). Il servizio, svolto con oneri ad esclusivo carico della confessione interessata (art. 5.5), deve essere prestato da ministri di culto iscritti in apposito elenco trasmesso dall'IBISG alle competenti autorità civili (art. 5.4). A tali ministri è riconosciuto il libero accesso alle strutture interessate per lo svolgimento del proprio ministero. Si contempla altresì, per gli appartenenti alla confessione di cui trattasi che prestino servizio militare, la possibilità di "*ottenere, compatibilmente con le esigenze di servizio, opportuni permessi al fine di partecipare alle attività religiose della Soka Gakkai nella sede dell'Istituto geografica-*

mente più vicina" (art. 5.6)[19] e, nel caso di decesso in servizio, viene assicurato che "*le esequie siano celebrate nel rispetto della volontà del defunto e della sua famiglia*" (art. 5.7).

In tema di istruzione l'art. 6.1 della legge, ribadendo quanto già stabilito in generale dalla normativa che prevede l'insegnamento della religione cattolica nella scuola pubblica[20], riconosce agli alunni delle scuole pubbliche il diritto di non avvalersi di insegnamenti religiosi, precisando che "*tale diritto è esercitato ai sensi delle leggi dello Stato dagli alunni e da coloro cui compete la responsabilità su di essi*". La previsione va dunque coordinata con la disciplina comune, secondo cui l'esercizio della scelta in questione è attribu-

---

[19] Va al riguardo sottolineato come analoga facoltà non risulti prevista a favore dei soggetti detenuti o sottoposti a misure di prevenzione, senza che tuttavia, alla luce delle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale, possa essere considerata discriminatoria tale differenza di trattamento delle due situazioni. In passato era stata infatti ipotizzata l'illegittimità delle disposizioni di legge che consentono alla persona sottoposta alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, con obbligo di soggiorno in un determinato comune di residenza o dimora abituale, di ottenere dal giudice l'autorizzazione ad allontanarsi dal comune medesimo esclusivamente per ragioni di salute e non anche per l'esercizio del culto qualora nel comune di residenza obbligata non esista una comunità di fedeli del medesimo credo religioso. La Corte costituzionale, con sentenza 7 ottobre 2003 n. 309, ha tuttavia escluso il contrasto dell'art. 7*–bis* L. 27 dicembre 1956 n. 1423 (*Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità*) con l'art. 19 Cost., rilevando che "*la misura della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno è finalizzata alla prevenzione dell'attività criminosa, prevenzione la quale, insieme con la repressione di reati, costituisce indubbiamente, secondo la Costituzione, un compito primario della pubblica autorità… Le misure che la legge, nel rispetto dell'art. 13 Cost., autorizza a prendere per lo svolgimento di questo compito, possono comportare limitazioni direttamente sulla libertà personale e, come nel caso in esame, anche sulla libertà di circolazione e soggiorno del soggetto considerato socialmente pericoloso, ripercuotendosi inevitabilmente su altri diritti del cui esercizio esse costituiscono il presupposto*". Inoltre secondo la Consulta "*la possibile limitazione all'esercizio della libertà religiosa in forma organizzata non si differenzia da tutte le altre «normali conseguenze» (sentenza n. 75 del 1966) che possono discendere dall'imposizione di limiti alla libertà personale e alla libertà di circolazione e soggiorno e che possono riguardare non solo il diritto previsto dall'art. 19 Cost., ma anche, ad esempio, quelli previsti nell'art. 4, nell'art. 32 e nell'art. 33 Cost.*". Per la Corte dunque "*la sospensione degli obblighi del sorvegliato speciale con obbligo di soggiorno per consentire la partecipazione periodica e continuativa a cerimonie religiose sarebbe in insuperabile contraddizione con le esigenze in vista delle quali la misura di prevenzione è adottata, come risulta evidente sia dalla circostanza che l'autorizzazione dovrebbe valere in generale per tutta la durata della misura, sia dall'ovvia impossibilità di assicurare idonee misure di pubblica sicurezza nei luoghi di culto e durante la celebrazione di cerimonie religiose*". Per un commento alla richiamata pronuncia, Silvia Angeletti, *Il diritto individuale all'esercizio del culto di fronte alle misure di prevenzione: un difficile bilanciamento tra valori costituzionali*, in *Dir. eccl.*, 2005, II pp. 11-23.

[20] L'art. 9.2 dell'Accordo di Villa Madama, reso esecutivo con legge 25 marzo 1985 n. 121, dopo aver stabilito che "*la Repubblica italiana, riconoscendo il valore della cultura religiosa e tenendo conto che i princìpi del cattolicesimo fanno parte del patrimonio storico del popolo italiano, continuerà ad assicurare, nel quadro delle finalità della scuola, l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche non universitarie di ogni ordine e grado*", aggiunge che, "*nel rispetto della libertà di coscienza e della responsabilità educativa dei genitori, è garantito a ciascuno il diritto a scegliere se avvalersi o non avvalersi di tale insegnamento…*".

ito ai genitori o quanti abbiano la potestà sugli alunni per quanti frequentano scuole sino alla media inferiore, mentre compete direttamente agli interessati, quand'anche minorenni, nella scuola secondaria superiore[21].

A proposito di insegnamento si registra la prima peculiarità della disciplina pattizia in esame, che consente all'IBISG di fruire "*delle possibilità offerte dalla legislazione italiana vigente per rispondere alle richieste provenienti dagli alunni e dalle loro famiglie in ordine alla conoscenza e allo studio della dottrina religiosa della Soka Gakkai*" (art. 6.2). Nella generalità delle intese sinora stipulate si prevede più genericamente il diritto della confessione interessata di "*rispondere alle eventuali richieste provenienti dagli alunni, dalle loro famiglie o dagli organi scolastici in ordine allo studio del fatto religioso e delle sue implicazioni*"[22], con riferimento dunque alla possibilità di un insegnamento non di carattere confessionale e catechetico ma piuttosto incentrato sul valore e l'importanza del sentimento religioso, senza specifico orientamento dottrinale. Solo nella disciplina relativa alle Comunità ebraiche si dispone, analogamente a quanto considerato nell'intesa in esame, che oggetto dell'insegnamento erogato su richiesta sia proprio lo "*studio dell'ebraismo*" (art. 11.4 L. 8 marzo 1989 n. 101), ovvero debba trattarsi di insegnamento di tipo catechetico sulla dottrina ebraica anziché di un'educazione genericamente intesa e qualificabile come cultura religiosa, secondo le previsioni contenute nelle altre intese. In tutte le ipotesi, peraltro, gli oneri economici relativi all'insegnamento facoltativo sono comunque a carico della confessione religiosa interessata, restando l'impegno dello Stato limitato al dovere di mettere

---

[21] L'art. 1.1 della legge 18 giugno 1986 n. 281 dispone che "*gli studenti della scuola secondaria superiore esercitano personalmente all'atto dell'iscrizione, a richiesta dell'autorità scolastica, il diritto di scegliere se avvalersi o non avvalersi dell'insegnamento della religione cattolica*". Il comma successivo precisa che "*viene altresì esercitato personalmente dallo studente il diritto di scelta in materia di insegnamento religioso in relazione o quanto previsto da eventuali intese con altre confessioni*".

[22] Il testo riportato è tratto dall'art. 10 L. 11 agosto 1984 n. 449, che disciplina il rapporto dello Stato con le chiese rappresentate dalla Tavola valdese. Disposizioni analoghe, con espresso riferimento allo "*studio del fatto religioso e delle sue implicazioni*", si rinvengono nell'art. 12.1 L. 22 novembre 1988 n. 516 (*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione italiana delle Chiese cristiane avventiste del 7° giorno*), nell'art. 9.1 L. 22 novembre 1988 n. 517 (*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e le Assemblee di Dio in Italia*), nell'art. 9.1 L. 12 aprile 1995 n. 116 (*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione Cristiana Evangelica Battista d'Italia*), nell'art. 11.1 L. 29 novembre 1995 n. 520 (*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa Evangelica Luterana in Italia*), nell'art. 7.4 L. 30 luglio 2012 n. 126 (*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e la Sacra arcidiocesi ortodossa d'Italia ed Esarcato per l'Europa Meridionale*), nell'art. 12.3 L. 30 luglio 2012 n. 127 (*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa di Gesú Cristo dei Santi degli ultimi giorni*), nell'art. 10.1 L. 30 luglio 2012 n. 128 (*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa apostolica in Italia*), nell'art. 6.2 L. 31 dicembre 2012 n. 245 (*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione Buddhista Italiana*), nell'art. 6.4 L. 31 dicembre 2012 n. 246 (*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione Induista Italiana, Sanatana Dharma Samgha*).

a disposizione le strutture, senza gravami di sorta per quanto concerne il pagamento degli insegnanti incaricati in tal senso.

Sempre in tema di educazione, viene affermato a favore dell'IBSG il diritto, già previsto in generale dall'art. 33.3 Cost., di istituire scuole ed istituti di educazione, con possibile parificazione rispetto alla scuola pubblica e trattamento equipollente degli alunni (art. 7).

L'art. 8 della legge tratta degli edifici di culto, che in quanto aperti al culto pubblico "*non possono essere requisiti, occupati, espropriati o demoliti se non per gravi ragioni e previo accordo con l'Istituto*" (primo comma), né può entrarvi la forza pubblica se non previo avviso ed accordi con il ministro responsabile dell'edificio interessato (secondo comma). Ulteriori disposizioni concernono la libertà di affissione e distribuzione di pubblicazioni ad oggetto religioso all'interno di detti edifici e relative pertinenze, nonché l'esenzione da autorizzazioni, ingerenze e tributi per le raccolte di denaro effettuate nei medesimi luoghi (terzo comma). Ma soprattutto si prevede che per un verso le competenti autorità confessionali informino la Prefettura – Ufficio territoriale del Governo circa gli edifici di culto già esistenti nella realtà territoriale provinciale (quarto comma), e d'altra parte l'autorità civile tenga conto "*delle esigenze religiose delle popolazioni fatte presenti dall'IBISG per quanto concerne la costruzione di nuovi edifici di culto dell'Istituto*" (quinto comma)[23].

---

[23] In tema di edilizia di culto, materia ora demandata alla competenza delle Regioni e degli enti locali (art. 94.2, lett. *d*, D. Lgs. 31 marzo 1998 n. 112), l'art. 1.1 della legge 18 aprile 1962 n. 167 (*Disposizioni per favorire l'acquisizione di aree fabbricabili per l'edilizia economica e popolare*) obbliga i Comuni con popolazione superiore ai 50.000 abitanti o che siano capoluoghi di Provincia a "*formare un piano delle zone da destinare alla costruzione di alloggi a carattere economico o popolare nonché alle opere e servizi complementari, urbani e sociali, ivi comprese le aree a verde pubblico*". L'adozione di tale piano può inoltre essere imposta dal Ministro per i lavori pubblici, sentito il parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici, ai Comuni che siano limitrofi a quelli già obbligati per legge; o abbiano una popolazione di almeno 20.000 abitanti; o siano riconosciuti stazioni di cura, soggiorno o turismo, ovvero abbiano un indice di affollamento superiore ad 1,5 secondo i dati ufficiali dell'Istituto centrale di statistica; o presentino un incremento demografico straordinario; o abbiano una percentuale di abitazioni malsane superiore all'8 per cento (art. 1.3 legge cit.). Fra gli altri elementi, detto piano zonale deve comprendere "*la delimitazione degli spazi riservati ad opere ed impianti di interesse pubblico, nonché ad edifici pubblici o di culto*" (art. 4, lett. *a*, legge cit.). Nonostante gli obblighi imposti dalle menzionate disposizioni e l'adozione da parte delle Regioni di normative specifiche per disciplinare la costruzione degli edifici di culto, non mancano profili problematici, tanto che con sentenza 23 febbraio 2016 n. 63 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità delle disposizioni contenute nella legge della Regione Lombardia 11 marzo 2005 n. 12 (*Legge per il governo del territorio*) che, ai fini della costruzione di edifici di culto, imponevano requisiti differenziati per la Chiesa cattolica e le confessioni che avessero stipulato intese con lo Stato ed ottenuto l'approvazione con legge delle stesse, rispetto ai culti acattolici privi di disciplina su base pattizia, per i quali soltanto si pretendeva una "*presenza diffusa, organizzata e consistente a livello territoriale*" ed "*un significativo insediamento nell'ambito del comune nel quale vengono effettuati gli interventi*" (art. 70, comma 2-*bis*, lett. *a*) e statuti che esprimessero il carattere religioso degli enti stessi "*e il rispetto dei principi e dei valori della Costituzione*" (art. 70, comma 2-*bis*, lett. *b*), oltre a richiedere che nel corso del procedimento per la

Altra particolarità della normativa di cui trattasi si rinviene nella disciplina sul trattamento delle salme. L'art. 9 della legge stabilisce che "*agli appartenenti all'IBISG è assicurato il rispetto delle regole della propria tradizione per quanto riguarda il trattamento delle salme, in conformità alle norme vigenti in materia*" (comma primo) e che a favore della confessione di cui trattasi "*possono essere previste nei cimiteri aree riservate ai sensi della normativa vigente*" (comma secondo). Si prevede altresì che "*la dichiarazione individuale rilasciata all'IBISG dai suoi appartenenti di voler essere cremato è equiparata alle dichiarazioni ritenute valide, dalle leggi vigenti, ai fini delle*

---

predisposizione del piano per le attrezzature religiose venissero acquisiti "*i pareri di organizzazioni, comitati di cittadini, esponenti e rappresentanti delle forze dell'ordine oltre agli uffici provinciali di questura e prefettura al fine di valutare possibili profili di sicurezza pubblica, fatta salva l'autonomia degli organi statali*" (art. 70, comma 4) ed esigere per ciascun edificio di culto "*la realizzazione di un impianto di videosorveglianza esterno all'edificio, con onere a carico dei richiedenti, che ne monitori ogni punto di ingresso, collegato con gli uffici della polizia locale o forze dell'ordine*" (art. 72, comma 7, lett. *e*). In dottrina, su tale pronuncia, Stefania Cantisani, *Luci e ombre nella sentenza Corte costituzionale n. 63 del 2016 (e nella connessa sentenza n. 52) tra affermazioni di competenza ed esigenze di sicurezza*, in *Consulta online*, 2017, n. 1, 31 gennaio 2017, pp. 1-28; Marco Croce, *La giurisprudenza costituzionale in materia di edilizia di culto fra esigenze di eguale libertà e bisogno crescente di sicurezza*, in *Giur. cost*., 2016, pp. 647-655; Id., *L'edilizia di cultio dopo la sentenza n. 63/2016: esigenze di libertà, ragionevoli limitazioni e riparto di competenze fra Stato e Regioni*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, (*www.forumcostituzionale.it*), 3 maggio 2016, pp. 1-5; Alberto Fabbri, *la Corte costituzionale di fronte alla "legge anti-moschee" della Lombardia*, in *Newsletter OLIR.it*, anno XIII, n. 4/2016; Andrea Guazzarotti, *Diritto al luogo di culto ed eguaglianza tra Confessioni religiose: il rebus delle competenze*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, (*www.forumcostituzionale.it*), 9 settembre 2016, pp. 1-12; Angelo Licastro, *La Corte costituzionale torna protagonista dei processi di transizione della politica ecclesiastica italiana?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 26/2016, 18 luglio 2016, pp. 17-21; Anna Lorenzetti, *La Corte costituzionale e l'edilizia di culto: alla ricerca di un difficile equilibrio, fra riparto di competenze, libertà religiosa e il "convitato di pietra" dell'emergenza terrorismo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, (*www.forumcostituzionale.it*), 30 maggio 2017, pp. 1-15; Stefano Magnani, *L'esercizio pubblico del culto. Le preoccupazioni della Corte costituzionale nel suo ruolo di custode "tutelatrice" dei diritti fondamentali*, in *Osservatorio costituzionale*, (*www.osservatorioaic.it*), n. 1/2017, 31 gennaio 2017, pp. 1-16; Giuseppe Monaco, *Confessioni religiose: uguaglianza e governo del territorio (brevi osservazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 63/2016)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, (*www.forumcostituzionale.it*), 2 luglio 2016, pp. 1-8; Francesca Oliosi, *La Corte Costituzionale e la legge regionale lombarda: cronaca di una morte annunciata o di un'opportunità mancata?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 33/2016, 24 ottobre 2016, pp. 1-29; Marco Parisi, *Uguaglianza nella libertà delle confessioni religiose e diritto costituzionale ai luoghi di culto. In merito agli orientamenti della Consulta sulla legge regionale lombarda n. 2/2015*, in *Dir. e rel*., vol. XXII, 2016, n. 2, pp. 208-223; Francesco Rimoli, *op. cit*., pp. 639-642; Giuseppe Tucci, *La Corte costituzionale e le leggi regionali anti-moschee*, in *Giur. it*., 2016, pp. 1070-1075. Più di recente, la Consulta è di nuovo intervenuta nella materia considerata con la sentenza 7 aprile 2017 n. 67, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 della legge della Regione Veneto 12 aprile 2016 n. 12 nella parte in cui disponeva che, nella convenzione contenente impegno fideiussorio che i soggetti richiedenti la concessione per la costruzione di un edificio di culto sono tenuti a stipulare con il Comune, potesse essere previsto l'impegno ad utilizzare la lingua italiana per tutte le attività svolte nelle attrezzature di interesse comune per servizi religiosi non strettamente connesse alle pratiche rituali di culto.

autorizzazioni alla cremazione" (terzo comma)[24]. Solo nelle intese relative alle Comunità ebraiche (art. 16 L. 8 marzo 1989 n. 101), alla Chiesa di Gesú Cristo dei Santi degli ultimi giorni (art. 25 L. 30 luglio 2012 n. 127), all'Unione Buddhista (art. 9 L. 31 dicembre 2012 n. 245) ed all'Unione Induista (art. 10 L. 31 dicembre 2012 n. 246) la materia risulta contemplata, non riscontrandosi previsioni di sorta per le altre confessioni religiose.

Disposizioni meritevoli di considerazione si hanno ancora in materia di enti. In tale ambito, ferma restando la personalità giuridica della confessione unitariamente considerata, dietro apposita domanda si consente il riconoscimento di enti costituiti dall'IBISG ed aventi sede in Italia, a condizione che gli stessi abbiano finalità di religione o di culto (art. 11.1), finalità che viene poi definita, agli effetti civili, con riferimento alle attività "*dirette al rito del Gongyo e al culto del Gohonzon, alle cerimonie religiose, allo studio dei testi buddisti e in particolare di quelli di Nichiren Daishonin, all'assistenza spirituale, alla formazione dei ministri di culto, alla diffusione dei principi buddisti di nonviolenza e di rispetto e compassione per tutte le forme di vita esistenti*" (art. 12.1, lett. a). Il requisito del fine di religione o di culto si ritrova anche nell'intesa con le Chiese avventiste[25] e con le Comunità ebraiche[26], mentre in altri accordi si parla del medesimo fine, solo o congiunto con altre finalità[27].

---

[24] Il riferimento è da intendere all'art. 79 del D.P.R. 10 settembre 1990 n. 285 (*Approvazione del regolamento di polizia mortuaria*), secondo cui la cremazione di un cadavere "*deve essere autorizzata dal sindaco sulla base della volontà testamentaria espressa in tal senso dal defunto. In mancanza di disposizione testamentaria, la volontà deve essere manifestata dal coniuge e, in difetto, dal parente più prossimo individuato secondo gli articoli 74 e seguenti del codice civile e, nel caso di concorrenza di più parenti nello stesso grado, da tutti gli stessi*" (primo comma). Si prevede tuttavia che "*per coloro, i quali, al momento della morte risultino iscritti ad associazioni riconosciute che abbiano tra i propri fini quello della cremazione dei cadaveri dei propri associati, è sufficiente la presentazione di una dichiarazione in carta libera scritta e datata, sottoscritta dall'associato di proprio pugno o, se questi non sia in grado di scrivere, confermata da due testimoni, dalla quale chiaramente risulti la volontà di essere cremato. La dichiarazione deve essere convalidata dal presidente dell'associazione*" (terzo comma). In virtù di quanto stabilito nell'art. 9 della legge in esame, le dichiarazioni aventi ad oggetto la volontà di cremazione del proprio cadavere rilasciate all'IBISG sono dunque considerate valide per autorizzare tale trattamento senza necessità di ulteriori attestazioni.

[25] L'art. 21.1 della legge 22 novembre 1988 n. 516 postula tra l'altro, per il riconoscimento degli enti, il "*fine di religione o di culto*", ed il successivo articolo specifica che agli effetti civili si considerano "*attività di religione o di culto quelle dirette all'esercizio del culto e alla cura delle anime, alla formazione dei ministri di culto, a scopi missionari e di evangelizzazione, all'educazione cristiana*".

[26] Per gli enti delle Assemblee di Dio si considera la "*finalità di culto*" (art. 14.1 della legge 22 novembre 1988 n. 517).

[27] Per gli enti delle Assemblee di Dio vale la "*finalità di culto*" (art. 14.1 della legge 22 novembre 1988 n. 517). Per l'Unione Cristiana Evangelica Battista l'art. 11.2 della legge 12 aprile 1995 n. 116 richiede il "*fine di culto, solo o congiunto con quelli di istruzione o assistenza*". Fa riferimento a "*fine di culto, solo o congiunto con quelli di istruzione o beneficenza*" l'art. 19.1 della legge 29 novembre 1995 n. 520 per la Chiesa Evangelica Luterana ed in maniera analoga dispone l'art. 12.1 della legge

A destare particolare interesse è tuttavia l'ulteriore requisito, previsto dall'art. 11.4 della legge di approvazione dell'intesa, in cui si dispone che "*l'ente non può essere riconosciuto se non è rappresentato giuridicamente e di fatto da un cittadino italiano o cittadino di uno Stato membro dell'Unione europea avente domicilio in Italia*"[28]. Al riguardo va precisato che risulta quanto meno discutibile distinguere in un testo normativo fra rappresentanza giuridica e di fatto, anche in ragione delle difficoltà che si possono presentare per stabilire in concreto se il soggetto interessato operi effettivamente in nome e per conto della compagine che risulta rappresentare o sia un semplice prestanome. Se poi la previsione del requisito del domicilio in Italia non sembra porre difficoltà sotto il profilo giuridico e può anzi apparire opportuna al fine di assicurare la reperibilità, almeno sotto il profilo formale, del soggetto che rappresenta l'ente, valutazione di opposto tenore sembra doversi operare per la prerogativa della cittadinanza. Va infatti sottolineato come, postulando simile requisito, ovvero imponendo che il legale rappresentante sia cittadino italiano o di uno Stato membro dell'Unione europea, la menzionata disposizione vada a stabilire una specifica limitazione alla possibilità di riconoscimento in sede civile degli enti appartenenti alla confessione di cui trattasi, ostacolando dunque l'attribuzione della personalità giuridica agli enti dell'IBISG, in contrasto quanto meno con lo spirito, se non con il dettato, dell'art. 20 della Costituzione volto ad impedire la previsione di speciali limitazioni legislative per il riconoscimento degli enti ecclesiastici. È pur vero che la disposizione

---

31 dicembre 2012 n. 245 per l'Unione Buddhista, che postula il "*fine di religione o culto, solo o congiunto con quelli di istruzione o beneficenza*". In altri casi si postula un fine di culto, solo o congiunto con quelli di istruzione, assistenza e/o beneficenza (art. 14.1 della legge 30 luglio 2012 n. 126 per la Chiesa ortodossa, art. 17.1 della legge 30 luglio 2012 n. 127 per la Chiesa di Gesú Cristo dei Santi degli ultimi giorni, art. 15.1 della legge 30 luglio 2012 n. 128 per la Chiesa apostolica, art. 13.1 della legge 31 dicembre 2012 n. 246 per l'Unione Induista). Nella disciplina per la Tavola valdese per il riconoscimento degli enti si richiede la presenza congiunta dei fini di culto, istruzione e beneficenza (art. 12.1 della legge 11 agosto 1984 n. 449).

[28] Norma di analogo tenore si rinviene nell'art. 14.4 della legge 30 luglio 2012 n. 126 relativa alla Chiesa ortodossa, secondo cui ai fini del riconoscimento è necessario che l'ente sia "*rappresentato giuridicamente e di fatto da un cittadino italiano o di un Paese dell'Unione europea avente domicilio in Italia*". Ancor più limitativo risulta il disposto dell'art. 24.2 della legge 22 novembre 1988 n. 516 e dell'art. 15.4 della legge 30 luglio 2012 n. 128 che, con identico tenore letterale, impediscono rispettivamente il riconoscimento di un ente delle Chiese avventiste e della Chiesa apostolica se questo "*non è rappresentato giuridicamente e di fatto da un cittadino italiano avente domicilio in Italia*". Una previsione simile, sebbene non riferita alla generalità degli enti, è contenuta nell'art. 3.3 dell'Accordo di Villa Madama del 18 febbraio 1984 tra la Repubblica italiana e la Santa Sede, reso esecutivo con legge 25 marzo 1985 n. 121, in cui con riferimento alla nomina di parroci, vescovi diocesani, coadiutori, abati e prelati con giurisdizione territoriale e comunque dei titolari di uffici ecclesiastici rilevanti per l'ordinamento dello Stato, si dispone che, "*salvo che per la diocesi di Roma e per quelle suburbicarie, non saranno nominati agli uffici, di cui al presente articolo, ecclesiastici che non siano cittadini italiani*".

in questione è frutto di concertazione con la confessione interessata e l'art. 8, terzo comma, Cost., prevedendo la possibilità di discipline specifiche per i singoli gruppi religiosi, legittima previsioni differenziate nei contenuti concreti, senza che ciò debba dar luogo a discriminazioni sotto il profilo formale. Resta tuttavia il fatto che il requisito della cittadinanza per la rappresentanza legale dell'ente ecclesiastico non risulta previsto neppure dalla legge sui culti ammessi, emanata in regime dittatoriale, ispirata a principi non certo liberali e diretta piuttosto a contenere e controllare esistenza ed attività dei culti acattolici, a fronte del regime di favore all'epoca attribuito alla religione qualificata ufficiale.

Gli enti di cui si discute che ottengano la personalità giuridica nell'ordinamento dello Stato assumono la qualifica di enti dell'IBISG civilmente riconosciuti (art. 11.5), con conseguente obbligo di iscrizione nel registro delle persone giuridiche (art. 15.1)[29] e gestione scevra da ingerenze da parte dello Stato (art. 14).

Il regime tributario, analogamente a quanto previsto per le altre confessioni, prevede l'equiparazione delle attività di religione e di culto a quelle di beneficenza o istruzione, mentre le attività diverse eventualmente svolte dagli enti dell'IBISG civilmente riconosciuti "*sono soggette, nel rispetto della struttura e delle finalità di tali enti, alla normativa europea e alle leggi dello Stato concernenti tali attività e al regime tributario previsto per le medesime*" (art. 13).

In caso di mutamento che determini nell'ente la perdita di uno dei requisiti necessari per il riconoscimento, si procederà da parte statale alla revoca del riconoscimento medesimo "*con decreto del Ministro dell'interno, sentito l'IBISG*" (art. 16.2)[30].

Gli artt. 17-20 della legge trattano del sistema di finanziamento della confessione contemplando, dopo la presa d'atto "*che l'IBISG si sostiene finanziariamente con i contributi volontari dei suoi fedeli*" (art. 17.1), la deducibilità dal reddito imponibile nella misura di euro 1.032,91 delle erogazioni liberali in denaro effettuate dalle persone fisiche a favore del medesimo soggetto (art.

---

[29] L'art. 15.2 specifica al riguardo che "*nel registro delle persone giuridiche, oltre alle indicazioni prescritte dalle norme vigenti in materia, devono risultare le norme di funzionamento e i poteri degli organi di rappresentanza dell'ente*".

[30] La normativa dispone altresì che "*la soppressione di un ente aderente all'IBISG, civilmente riconosciuto, o la sua estinzione per altra causa hanno efficacia civile mediante l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche del provvedimento del competente organo dell'IBISG che sopprime l'ente o ne dichiara l'avvenuta estinzione. L'iscrizione è disposta con decreto del Ministro dell'interno*" (art. 16.3) e che "*la devoluzione dei beni dell'ente soppresso o estinto avviene secondo quanto prevede il provvedimento dell'IBISG, salvi comunque la volontà dei disponenti, i diritti dei terzi e le disposizioni statutarie*" (art. 16.4).

17), nonché la partecipazione dell'IBISG alla ripartizione della quota dell'otto per mille del gettito IRPEF effettuata sulla base delle scelte dei contribuenti (art. 18), con somme destinate nel primo caso alla realizzazione delle finalità istituzionali della confessione ed alle attività di religione e di culto e nel secondo caso, oltre agli scopi anzidetti, "*anche ad interventi sociali e umanitari in Italia e all'estero, nonché ad iniziative per la promozione della pace, del rispetto e difesa della vita in tutte le forme esistenti, nonché per la difesa dell'ambiente*"[31].

In materia di beni culturali, oltre al generale impegno delle parti a collaborare per la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale di proprietà dell'Istituto e dei suoi enti, sancito in tutti gli accordi sinora intercorsi con le confessioni religiose, si prevede anche la possibile istituzione a tal fine di apposita Commissione mista (art. 21), in maniera analoga a quanto contenuto in altre intese[32].

Altro tema oggetto di disciplina è costituito dalle festività religiose, argomento tipico della normativa ecclesiastica di origine pattizia[33]. Nel caso di specie si riconosce agli appartenenti all'IBISG, a loro richiesta, nel quadro della flessibilità dell'organizzazione lavorativa e salve le imprescindibili esigenze dei servizi essenziali, "*il diritto di osservare le festività del 16 febbraio, che celebra la nascita del Budda Nichiren Daishonin, e del 12 ottobre, che celebra l'iscrizione del Dai Gohonzon, vero oggetto di culto per gli appartenenti all'IBISG, da parte dello stesso Nichiren Daishonin*" (art. 22).

L'articolato si chiude con le previsioni concernenti l'impegno statale, nell'emanazione delle norme di attuazione dell'intesa, di tenere conto delle esigenze rappresentate dall'IBISG ed avviare, ove richieste, opportune consultazioni (art. 23); la prevista cessazione di efficacia, nei confronti dell'Istituto, suoi enti e suoi appartenenti, della normativa sui culti ammessi e delle norme contrastanti con le disposizioni pattizie (art. 24); la necessità del ricorso a nuove intese per eventuali modifiche dell'accordo intercorso, con obbligo da

---

[31] In proposito si stabilisce che l'IBISG trasmetta annualmente al Ministero dell'interno la rendicontazione relativa all'effettiva utilizzazione delle somme ricevute dallo Stato (art. 20) e si prevede la possibile revisione, su richiesta di una delle parti, dell'importo deducibile e della quota IRPEF "*ad opera di un'apposita Commissione paritetica nominata dall'autorità governativa e dall'IBISG*" (art. 19).

[32] L'istituzione di apposita commissione bilaterale per armonizzare la tutela dei beni culturali è espressamente prevista, per quanto concerne le confessioni acattoliche, dall'art. 17 della legge 11 agosto 1984 n. 449 relativa alla Tavola valdese, dall'art. 17 della legge 8 marzo 1989 n. 101 per le Comunità ebraiche e dall'art. 16 della legge 29 novembre 1995 n. 520 per la Chiesa Evangelica Luterana.

[33] La materia delle festività religiose, oltre che nell'art. 6 dell'Accordo di Villa Madama relativo alla Chiesa cattolica, è oggetto di regolamentazione nella disciplina relativa alle Chiese avventiste (art. 17), alle Comunità ebraiche (artt. 4 e 5), alla Chiesa ortodossa (art. 10), all'Unione Buddhista (art. 24) ed all'Unione Induista (art. 25).

parte italiana di promuovere previamente le pattuizioni del caso "*in occasione di disegni di legge relativi a materie che coinvolgano rapporti dell'IBISG con lo Stato*" (art. 25); la copertura finanziaria, relativa all'impegno economico assunto dallo Stato in virtù della ripartizione della quota del gettito IRPEF (art. 26).

3. *Considerazioni conclusive*

Alla luce del quadro sopra delineato, si può rilevare come le materie trattate all'interno dell'accordo intervenuto con l'IBISG non si discostino da quelle comuni alle altre intese sinora siglate, se si eccettua il fatto che nella disciplina oggetto d'esame mancano previsioni in tema di matrimonio, analogamente a quanto del resto avviene anche nell'accordo con l'Unione Buddhista Italiana[34]. Del resto risulta fisiologico che gli accordi tra Stato e confessioni religiose concernano materie di comune interesse le quali, almeno in via tendenziale, non possono che essere le medesime nonostante la varietà dei soggetti di volta in volta interessati.

Anche in ordine ai contenuti si ravvisa una sostanziale omogeneità rispetto alle normative derivanti dalle pattuizioni intercorse con le altre confessioni religiose, salvi i rilievi sopra esposti in merito al possibile insegnamento religioso facoltativo di impronta catechetica; alla presenza, non comune a tutte le intese, di previsioni sul trattamento delle salme; alla specifica natura delle finalità richieste ai fini del riconoscimento degli enti; al peculiare, per quanto non esclusivo della disciplina in questione, requisito della cittadinanza italiana o europea in capo al legale rappresentante degli enti; alla mancanza di disposizioni in tema di matrimonio, a differenza di quanto disciplinato nella generalità delle normative di derivazione pattizia. Anche sotto tale profilo, tuttavia, va detto che sarebbe difficile trovare contenuti del tutto originali perché da un lato, sebbene suscettibili di essere soddisfatte in forme differenti, risultano comunque analoghe le esigenze di cui sono portatrici le confessioni che hanno sinora stipulato intese, e dall'altro lato lo Stato, nell'accogliere le richieste avanzate dai gruppi religiosi, non potrebbe in ogni caso dare spazio a pretese in contrasto con le garanzie costituzionali ed i principi di ordine pubblico. Ne consegue una tendenziale uniformità di materie e contenuti delle

---

[34] Rileva in proposito Alessandro Albisetti, *Le intese fantasma*, cit., p. 4, che, a differenza di quanto avviene in altre intese, "*nessun tipo di celebrazione nuziale è invece previsto nell'Intesa con l'*Unione Buddhista Italiana*, in encomiabile sintonia col fatto che nella cultura buddhista è del tutto assente una struttura istituzionale o sacrale del matrimonio stesso*".

varie intese che, alla luce di quanto sopra descritto, si conferma valida anche riguardo all'accordo riguardante l'IBISG, situazione che tuttavia, al pari di quanto avviene nelle altre pattuizioni intervenute tra Stato e confessioni religiose, non esclude la presenza di disposizioni peculiari, diverse da quelle comunemente riscontrabili negli accordi sinora stipulati. L'esistenza di previsioni particolari, accanto a quelle che si possono ormai considerarsi generali e comuni a tutte le intese, vale per un verso a testimoniare la specificità della confessione di cui trattasi, come di qualsiasi altro gruppo religioso, e dall'altro lato serve a soddisfarne in maniera adeguata le proprie particolari esigenze, che in quanto peculiari non potrebbero trovare adeguata tutela e disciplina in una legge generale, applicabile in quanto tale a tutti i culti. Viene in tal modo a rivelarsi ancora giustificato ed opportuno l'uso dello strumento pattizio previsto dall'art. 8, terzo comma, Cost., nonostante la sostanziale ripetitività dei contenuti sinora concretamente adottati. Per quanto infatti possa apparire obsoleta, l'intesa rappresenta ancora l'unico mezzo che le confessioni acattoliche hanno a loro disposizione per sottrarsi all'applicazione dell'anacronistica ed illiberale normativa sui culti ammessi ed ottenere una disciplina in grado di rispettare la specificità e le peculiari esigenze di ciascun gruppo religioso, altrimenti soggetto ad un diritto comune che, proprio perché generico ed indifferenziato, rischia inevitabilmente di non risultare adeguato alle particolari necessità di ciascuna realtà confessionale. In simile prospettiva lo strumento pattizio delineato dalla Costituzione, benché da più parti vituperato, dimostra invece la sua perdurante utilità: prova ne è il fatto che non solo i soggetti legittimati continuano a stipulare intese per disciplinare i loro rapporti con lo Stato, ma anche entità neppure qualificabili come confessioni religiose, quale l'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti, aspirano a giungere a simile obiettivo, segno che l'intesa viene ancora considerata dai diretti interessati uno strumento valido ed opportuno.

Eguaglianza delle libertà e obiezione di coscienza all'aborto

Caterina Gagliardi

1. *L'attuazione della Legge n. 194 del 1978 nell'esercizio delle libertà garantite*

La legge n. 194 del 1978[1], contenente «*Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*», mira a garantire il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, evidenziando il valore sociale della maternità e la tutela della vita umana sin dal suo inizio[2]. In questo senso, questa forma di obiezione è stata definita come un vero e proprio «dovere nei confronti della vita umana più fragile»[3], o ancora, sul presupposto che il diritto alla vita di ogni essere umano costituisce il principio primo e fondamentale, come «obiezione di legalità»[4]. Come è stato asserito dal *Comitato Nazionale per la Bioetica* (*CNB*), si tratta di perseguire il difficile equilibrio delle libertà coinvolte: da una parte la libertà della donna di rivolgersi al medico professionista, dall'altra parte la libertà di quest'ultimo di seguire i dettami della propria coscienza anche quando contrastino con le istanze allo stesso rivolte[5].

Il *Codice deontologico dei medici italiani*, all'art. 22, statuisce che «il me-

---

[1] Fra i molti, si rinvia alle riflessioni di Geraldina Boni, *La legge n. 194 del 1978: "Derive" applicative di una legislazione da rivedere*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, Giuffré, Milano, 2, 2008, pp. 821-879; Daniela Milani, *Quando l'interruzione volontaria della gravidanza solleva ancora discussioni nello Stato e nella Chiesa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica *statoechiese.it*, 31, 2012.

[2] E' quanto enuncia l'art. 1 della legge n. 194/1978.

[3] Rafael Navarro Valls, Javier Martinez Torron, *Le obiezioni di coscienza. Profili di diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 101 ss.

[4] *Ibidem*, p. 109.

[5] In questo modo, si è espresso il Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), *Obiezione di coscienza e bioetica*, in *www.governo.it,* 12 luglio 2012, p. 6.

dico al quale vengano richieste prestazioni che contrastino con la sua coscienza o con il suo convincimento clinico, può rifiutare la propria opera, a meno che questo comportamento non sia di grave e immediato nocumento per la salute della persona assistita e deve fornire al cittadino ogni utile informazione e chiarimento».

In specie la legge n. 194 del 1978, nel disciplinare modalità, tempi e soggetti professionali ed istituzionali coinvolti nelle procedure di interruzione volontaria della gravidanza (*IVG*), all'art. 9 enuclea il diritto soggettivo all'obiezione di coscienza in favore del personale sanitario ed ausiliario nelle sole attività specificamente e necessariamente dirette alla pratica abortiva, con esclusione delle attività di tipo diagnostico ed assistenziale, precedenti e successive all'intervento.

Specifica che deve trattarsi di una scelta compiuta in via generale e dichiarata in anticipo, i cui effetti sono immediati senza che ne venga richiesta alcuna indicazione dei motivi. Con altrettanto effetto immediato, l'obiezione si intende revocata allorquando chi l'ha sollevata prende parte alle procedure o agli interventi specificamente diretti all'interruzione della gravidanza, al di fuori del caso di pericolo imminente per la vita della donna.

Tuttavia, l'obiezione medica anti-abortiva ha posto diverse problematiche nella sua concreta attuazione. Ad essere discusso è l'ambito di operatività rispetto al quale l'esercizio del diritto all'obiezione di coscienza può essere invocato. In particolare, è una lettura combinata di quanto disposto dal primo e dal terzo comma dell'art. 9 della legge n. 194/1978 ad aver generato dubbi interpretativi in merito alla possibilità di estendere l'esonero anche alle fasi antecedenti e successive all'intervento. Infatti, se per un verso si dispensa il medico ed il personale ausiliario obiettore dal prendere parte alle attività di cui agli artt. 5 e 7 della citata legge[6], per altro verso si specifica che l'obiezione di

[6] Secondo l'art. 5 della legge n. 194 del 1978, «il consultorio e la struttura socio-sanitaria, oltre a dover garantire i necessari accertamenti medici, hanno il compito in ogni caso, e specialmente quando la richiesta di interruzione della gravidanza sia motivata dall'incidenza delle condizioni economiche, o sociali, o familiari sulla salute della gestante, di esaminare (…) le possibili soluzioni dei problemi proposti, di aiutarla a rimuovere le cause che la porterebbero alla interruzione della gravidanza (…). Quando il medico del consultorio o della struttura socio-sanitaria, o il medico di fiducia, riscontra l'esistenza di condizioni tali da rendere urgente l'intervento, rilascia immediatamente alla donna un certificato attestante l'urgenza (…). Se non viene riscontrato il caso di urgenza, al termine dell'incontro, il medico del consultorio o della struttura socio-sanitaria, o il medico di fiducia, di fronte alla richiesta della donna di interrompere la gravidanza sulla base delle circostanze di cui all'art. 4, le rilascia copia di un documento, firmato anche dalla donna, attestante lo stato di gravidanza e l'avvenuta richiesta (…)». Ai sensi dell'art. 7 della legge, il medico della struttura ospedaliera ove deve praticarsi l'intervento è tenuto ad accertare l'esistenza del grave pericolo per la vita della donna ovvero i processi patologici relativi a malformazioni o anomalie del nascituro che determinano un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna.

coscienza esonera il personale sanitario dal compimento delle sole procedure ed attività necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza.

Nell'articolazione delle diverse tesi che tentano di risolvere tale antinomia normativa, particolare attenzione è stata riservata alle funzioni tipicamente espletate nei consultori familiari. In merito, è stato affermato che il medico obiettore non è esonerato dallo svolgimento delle attività consultoriali poiché prive di un qualsivoglia nesso di causalità con l'evento abortivo. Nei consultori familiari «non si pratica materialmente l'interruzione della gravidanza (…) bensì (…) attività e funzioni che qualsiasi medico (obiettore e non) è in grado di svolgere ed è altresì tenuto ad espletare senza che possa invocare l'esonero (…)»[7]. Tuttavia, tanto non pare potersi ritenere circa l'attività di certificazione qualora, accertata l'esistenza di una gravidanza, il medico obiettore riscontri la sussistenza di circostanze che ne rendano urgente l'interruzione oppure certifichi la richiesta della donna di procedere all'intervento interruttivo in ragione dell'incidenza delle proprie condizioni sociali, economiche e familiari sul rispettivo stato di salute fisica o psichica. Secondo un orientamento della giurisprudenza amministrativa[8], in entrambe le ipotesi il medico è coinvolto specificamente e necessariamente nella determinazione di accedere alla pratica abortiva.

Altrettanto problematica si considera l'elevata percentuale del personale medico e sanitario che esercita il diritto all'obiezione di coscienza. In proposito, si è espresso *il Comitato Europeo dei Diritti Sociali* il quale sostiene che la numerosità degli obiettori non può condizionare in senso negativo la salute riproduttiva della donna, oltre che la dignità sul luogo di lavoro dei non obiettori[9].

Già nel 2012, l'organismo del *Consiglio d'Europa* ha evidenziato il concretizzarsi di una forma di discriminazione fra donne residenti in diverse aree del territorio nazionale in merito al diritto di accesso all'interruzione volontaria della gravidanza[10].

---

[7] *Tar Puglia*, Sez. II, 14 settembre 2010, n. 3477. Per ulteriori approfondimenti, si rinvia a Davide Paris, *Medici obiettori e consultori pubblici. Nota a T.A.R. Puglia (Bari), sez. II, 14 settembre 2010, n. 3477*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica *statoechiese.it*, 2011.

[8] *Consiglio di Stato*, 5 febbraio 2015.

[9] Comitato europeo dei diritti sociali, *Confederazione Generale Italiana del Lavoro c. Italia*, 11 aprile 2016, reclamo n. 91/2013.

[10] Comitato Europeo dei Diritti Sociali, *International Parenthood Federation European Network c. Italia*, n. 87/2012. In dottrina, Stefano Rodotà in *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006, p. 56, ha parlato di un vero e proprio turismo abortivo con riferimento all'esigenza di molte donne di recarsi altrove per l'esercizio del proprio diritto.

Il sempre più crescente ricorso all'istituto dell'obiezione di coscienza sembra agevolato anche dalla previsione della *cd*. "obiezione di coscienza sopravvenuta", vale a dire l'esercizio di tale diritto a prescindere dalla precedente partecipazione ad interventi di interruzione volontaria della gravidanza.

Peraltro, complesso diviene accertare se la dichiarata obiezione sia sempre *coscienziosa*, non essendo contemplata alcuna procedura finalizzata ad accertarne l'effettiva attendibilità.

Secondo alcuni studi, risolutiva della evidente sproporzione tra chi obietta e chi non obietta potrebbe ritenersi la previsione di una prestazione alternativa per il personale medico obiettore[11]. Sono state avanzate anche altre soluzioni quali: l'istituzione di una commissione preposta alla procedura selettiva delle richieste che risultano effettivamente fondate; l'introduzione di sanzioni penali per chi, partecipando a procedure abortive chirurgiche o farmacologiche, viene meno alla prova di coerenza richiesta dall'esercizio del diritto all'obiezione; la previsione di un'indennità economica per i medici non obiettori che compensi il carico di lavoro aggiuntivo su di essi gravante[12].

A quanto rilevato si aggiunga che spesso obiettori di coscienza sono coloro che intendono piuttosto «difendere la loro professione dalle disorganizzazioni sanitarie, dal rischio di specializzarsi solo come "interruttori" e dall'essere esclusi da qualsiasi possibilità di carriera professionale»[13]. Al fine di garantire un'effettiva attuazione della normativa vigente, è stata anche proposta una liberalizzazione dell'obiezione, ritenendo opportuno collegarla di volta in volta al caso specifico che si pone all'attenzione dell'obiettore[14].

---

[11] In merito, secondo un orientamento pienamente condivisibile, Salvatore Prisco, *Fedeltà alla repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato laico*, Jovene, Napoli, 1986, p. 150 ss., asserisce che l'imposizione di un carico di lavoro sostitutivo a chi solleva l'obiezione sia giuridicamente necessaria, determinandosi altrimenti un evidente squilibrio tra chi obietta e chi non obietta. Anche Fabio Cembrani, *Il Comitato europeo dei diritti sociali, lo stato di attuazione della legge italiana sulla tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza e la sostenibilità pubblica dell'obiezione di coscienza*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, in Rivista telematica *statoechiese.it*, 27, 2016, p. 16, afferma: «Il *non facere* astensivo coscienziale dovrebbe essere, infatti, bilanciato dalla (legittima) pretesa di una prestazione sostitutiva che, oltre a dare autenticità e robustezza alla scelta individuale, non essendo consentita alcuna intrusione sulla *privacy* personale come era stato inizialmente previsto per il rifiuto al servizio di leva, dovrebbe perseguire proprio quelle attività che l'obiettore ritiene incompatibili e inconciliabili con il suo foro interiore. Dedicando, ad esempio, il tempo richiesto dall'atto interruttivo della gravidanza (…) alle attività dei Consultori familiari, all'educazione sessuale dei giovani fatta nelle scuole e alla prevenzione delle gravidanze indesiderate».

[12] Tali soluzioni sono state avanzate nella proposta di modifica della legge n. 194/1978 del Consiglio Regionale della Puglia n. 226-X.

[13] Ivan Cavicchi, *Il ginecologo costretto a fare l'opportunista*, in *Il Manifesto*, 30 aprile 2014.

[14] Raffaele Botta, *Manuale di diritto ecclesiastico. Valori religiosi e società civile*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 240.

Di particolare rilievo il documento «*Obiezione di coscienza e bioetica*» del *Comitato Nazionale per la Bioetica*, ove si raccomanda che «l'obiezione di coscienza deve essere disciplinata in modo tale da non discriminare né gli obiettori né i non obiettori e quindi di non far gravare sugli uni o sugli altri, in via esclusiva, i servizi particolarmente gravosi»[15]. E nell'intento di equilibrare il numero degli obiettori e dei non obiettori, si propone un'organizzazione delle mansioni e del reclutamento che possa prevedere forme di mobilità del personale e di reclutamento differenziato.

2. *Il caso del bando di concorso per i non obiettori*

In occasione di alcuni bandi di concorso riservati ai soli medici non obiettori di coscienza nell'intento di sopperire ad esigenze più che altro organizzative, sono riemerse le problematiche inerenti l'effettiva applicazione della legge n. 194 del 1978.

Se discriminatoria e lesiva della libertà di coscienza e del principio di uguaglianza è stata ritenuta la prassi amministrativa consistente nell'inserire la clausola di esclusione degli obiettori nei bandi di concorso[16], analoghe considerazioni dovrebbero essere estese – a parere di chi scrive – all'esplicita previsione del vincolo di "non essere obiettori" nella procedura selettiva del personale sanitario, poiché produttiva dei medesimi effetti.

Tale ultima ipotesi si ricollega al provvedimento con cui la Regione Lazio[17] ha autorizzato l'ospedale "San Camillo Forlanini" di Roma a pubblicare un bando di concorso, in deroga al blocco del *turn over*, espressamente finalizzato al reclutamento di due dirigenti medici, specializzati in ostetricia e ginecologia, non obiettori di coscienza[18]. Il bando in questione era in realtà già stato preceduto da una misura d'urgenza che ne prevedeva l'assunzione a tempo determinato. Provvedimento amministrativo che, diversamente dal successivo preposto all'assunzione a tempo indeterminato, non ha suscitato particolare attenzione.

Ad ogni modo, l'obiettivo perseguito è quello di reperire le figure profes-

---

[15] Comitato Nazionale per la Bioetica, *op. cit.*, p. 18.

[16] Mario Tedeschi, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 179.

[17] Bollettino Ufficiale della Regione Lazio n. 48. Decreto del Commissario *ad Acta* 8 giugno 2015, n. U00227. Azienza Ospedaliera San Camillo Forlanini - Autorizzazione all'assunzione in deroga al blocco del *turn over* - anno 2015.

[18] È al punto n. 7 dell'art. 1 del pubblico avviso che si specifica, tra i requisiti specifici per la partecipazione, anche quello di non essere obiettore di coscienza.

sionali necessarie a garantire le prestazioni sanitarie contemplate dalla legge n. 194 del 1978 in tutto il territorio regionale. Peraltro, nel bollettino della Regione Lazio si precisa che l'Azienza Ospedaliera "San Camillo Forlanini" eroga prestazioni anche a livello nazionale a seguito della chiusura di taluni servizi, oltre che nei casi particolarmente complessi. Ad essere messa in rilievo è proprio l'emergenza sanitaria che rende assoluta la necessità di autorizzare il Direttore Generale della struttura all'indizione dello specifico bando[19].

Su tali presupposti le figure professionali atte ad evitare l'interruzione del pubblico servizio sono state considerate indispensabili e la clausola espulsiva è stata ritenuta «non solo proporzionata ma legislativamente obbligata»[20].

Si è affermato che la preclusione soggettiva prevista dal bando pubblico in questione debba reputarsi conforme alla Carta Costituzionale in quanto volta alla tutela di un diritto fondamentale, quale quello all'interruzione volontaria della gravidanza meritevole di una privilegiata protezione nell'attuale contesto sociale. La difesa del diritto all'obiezione di coscienza, quindi, «non può trasformarsi in uno strumento di offesa degli interessi collettivi tutelati dalla legge (…)»[21].

Autorevole dottrina ritiene che il diritto all'obiezione di coscienza deve essere interpretato «in modo costituzionalmente orientato, in modo cioè da bilanciare ragionevolmente gli interessi in gioco e non di far prevalere la concezione del bene, che ognuno di noi legittimamente coltiva, con l'annientamento delle altre»[22]. Ne consegue che, così intesa, l'obiezione di coscienza non può divenire ostacolo al funzionamento del pubblico servizio e implicare la lesione di un diritto fondamentale costituzionalmente garantito[23].

---

[19] In proposito, è bene rilevare come – pur ritenendosi i profili professionali ricercati tali da giustificare l'indizione di un concorso riservato – le problematiche rilevate non sembrano destare particolare attenzione da parte delle istituzioni. Difatti, nelle relazioni del Ministro della salute sull'attuazione della legge n. 194 del 1978 si afferma che la numerosità dei punti IVG appare più che adeguata, così come il numero degli obiettori a livello regionale sembra congruo rispetto al numero di IVG effettuate, ritenendo piuttosto che sono da attribuirsi ad una inadeguata organizzazione territoriale gli eventuali problemi di accesso alla pratica abortiva.
Al fine di monitorare l'applicazione della legge n. 194/1978, anche in relazione all'obiezione di coscienza, sono stati applicati tre parametri relativi all'offerta del servizio IVG in relazione al numero assoluto di strutture disponibili, in rapporto alla popolazione femminile e ai punti nascita, in riferimento al numero medio settimanale di IVG effettuate da ogni ginecologo non obiettore. Rispetto a tali statistiche, tuttavia, è stato affermato che il numero degli obiettori di coscienza pare congruo a causa della notevole riduzione delle nascite. I dati sono disponibili sul sito ufficiale del Ministero.

[20] Nicola Colaianni, *Il concorso per medici non obiettori all'IVG e il signor Traps*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, *www.statoechiese.it*, 8, 2017, p. 4.

[21] Andrea Buratti, *Sui bandi di concorso per medici non obiettori: problemi applicativi e ricadute sul rapporto di lavoro*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2017, pp. 357-359.

[22] Nicola Colaianni, *op. cit.*, p. 12.

[23] Simona Attolino, *Obiezione di coscienza e interruzione volontaria della gravidanza: la prevalenza di un'interpretazione restrittiva*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica

La soluzione del bando "riservato" concorda anche con la meno recente pronuncia del Tar dell'Emilia Romagna n. 289/1982, ove si afferma che «la clausola che condiziona l'assunzione di un sanitario alla non presentazione dell'obiezione di coscienza ai sensi dell'art. 9 risponde all'esigenza di consentire l'effettuazione del servizio pubblico per il quale il dipendente è assunto, secondo una prospettiva non estranea alle intenzioni del legislatore del 1978»[24].

Eppure, per quanto le fonti legislative richiamate dal decreto regionale possano ritenersi risolutive dei dubbi sollevati dal bando, è difficile concordare con chi ritiene che il concorso riservato possa apparire una soluzione ragionevole[25]. Difatti, il contenuto "strategico" del bando di concorso pubblico pone all'attenzione tre principali questioni.

Innanzitutto, il considerato concorso pubblico contempla requisiti di partecipazione non conformi alle disposizioni di un testo legislativo in vigore. Opportuna piuttosto poteva ritenersi la risoluzione dei problemi organizzativi che effettivamente ostano all'attuazione della legge n. 194 del 1978[26], senza la necessità di misure amministrative che escludessero aprioristicamente il diritto di accesso al lavoro a chi è obiettore di coscienza. Se da una parte è vero che occorre operare il giusto bilanciamento tra il diritto alla salute della donna e il diritto all'obiezione di coscienza, d'altra parte la ricerca di un simile equilibrio non può implicare una compressione della libertà di coscienza del singolo medico, espressione di quel foro interiore in forza del quale è prevista *secundum legem* una deroga all'interposizione legislativa[27].

Si conferma, poi, l'inidoneità del meccanismo di fungibilità previsto dall'art. 9, co. 4, della legge n. 194 del 1978 in forza del quale gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate hanno l'obbligo, in ogni caso, di assicurare l'effettuazione dei processi patologici propedeutici alla richiesta e del relativo

---

statoechiese.it, 33, 2013, p. 3.

[24] *Tar Emilia Romagna*, Sez. Parma, 13 dicembre 1982, n. 289, in *Foro amm*., 1983, p. 735 ss.

[25] Nicola Colaianni, *op. cit*., p. 11: «Il concorso riservato appare la soluzione più ragionevole perché non impedisce l'esercizio dell'obiezione di coscienza ma chiede di anticiparla al momento precedente all'assunzione, salvo recesso dell'Amministrazione in caso di obiezione successiva, in modo da non creare disservizio e, come s'è detto, ulteriore spesa sanitaria improduttiva».

[26] In merito, il *Comitato Europeo dei Diritti Sociali,* nella pronuncia relativa al caso *International Parenthood Federation European Network v. Italy* n. 87/2012, evidenzia l'incapacità delle autorità italiane competenti di «adottare le misure necessarie per compensare le carenze di fornitura del servizio causata dal personale sanitario che sceglie di esercitare il proprio diritto all'obiezione di coscienza».

[27] Diversamente Nicola Colaianni, *ult. op. cit*., p. 5, afferma che mentre il diritto alla salute e la libertà della cura rientrano tra i diritti e le libertà fondamentali, tanto non può dirsi per il diritto all'obiezione di coscienza che non gode di una tutela illimitata ma commisurata alla necessità che il diritto alla salute e la libertà della cura non risultino irragionevolmente compressi.

intervento, anche attraverso la mobilità del personale. Il decreto autorizzativo della Regione Lazio rileva come il bando in questione sia finalizzato a sopperire alla necessità di assumere «specifiche figure professionali, le cui competenze non sarebbero facilmente rinvenibili tramite il mero scorrimento di graduatorie di concorsi pubblici in corso di validità»[28]. Infatti, è bene evidenziare come lo stesso decreto autorizzi l'assunzione a tempo indeterminato dei medici non obiettori soltanto dopo l'infruttuoso avviso pubblico nazionale di mobilità.

Infine, la soluzione adottata dall'ente regionale potrebbe aprire la strada all'assunzione di altre simili misure le quali, seppur adottate nell'ottica di garantire l'applicazione della legge, ne causerebbero in realtà uno snaturamento.

Il caso dei bandi riservati, infatti, ha già interessato anche altre fattispecie di obiezione di coscienza in campo sanitario[29]. In particolare, il *Centro di procreazione medicalmente assistita* dell'Asl di Trecenta ha pubblicato un bando finalizzato all'assunzione di due biologhe non obiettrici[30]. Al fine di assicurare la continuità del servizio pubblico, l'ente ospedaliero ha deliberato che l'eventuale esercizio del diritto di obiezione costituisce giusta causa di recesso dell'azienda poiché diverrebbe inesigibile la prestazione lavorativa.

La misura amministrativa adottata denota che l'ampliamento delle modalità e delle tipologie di tecniche applicabili ha ampliato il ricorso all'istituto[31]. Nondimeno la legge che riconosce il diritto di obiezione di coscienza alla procreazione medicalmente assistita, pur riprendendo in gran parte la regolamentazione normativa dell'obiezione di coscienza all'aborto, non prevede diversamente l'obbligo a carico delle strutture preposte e delle regioni di garantire in ogni caso il servizio.

---

[28] Bollettino Ufficiale della Regione Lazio n. 48. Decreto del Commissario *ad Acta* 8 giugno 2015, n. U00227. Azienza Ospedaliera San Camillo Forlanini - Autorizzazione all'assunzione in deroga al blocco del *turn over* - anno 2015.

[29] In tempi più recenti si parla di obiezione di coscienza in materia bioetica, ritenuta da Carlo Cardia, *Tra il diritto e la morale. Obiezione di coscienza e legge*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica *statoechiese.it*, maggio 2009, p. 23: «La novità più autentica e rilevante dell'epoca contemporanea, e sembra destinata a svolgere un ruolo prospettico e dinamico da diversi punti di vista».

[30] È l'art. 16, comma 1, della legge n. 40 del 19 febbraio 2004 che riconosce al personale sanitario ed esercente attività sanitarie ausiliarie il diritto di astenersi dal prendere parte alle procedure per l'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita allorquando sollevi obiezione di coscienza con preventiva dichiarazione. In particolare, ai sensi del comma 3 del medesimo disposto normativo l'esonero riguarda il compimento delle attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'intervento di procreazione medicalmente assistita e non dall'assistenza antecedente e conseguente l'intervento.

[31] Il riferimento è alla sentenza n. 162 del 2014 e alla sentenza n. 96 del 2015 con cui la Corte Costituzionale ha ampliato le tipologie e le modalità di tecniche applicabili, oltre che le categorie di coppie che possono accedervi.

Ne consegue che le problematiche applicative dell'art. 16 della legge n. 40 del 2004[32], per come già verificatosi con riguardo all'art. 9 della legge n. 198 del 1978, si riflettono sul diritto di formare una famiglia con figli, sul diritto alla salute fisica e psichica della coppia e sul diritto all'obiezione di coscienza che diventa ancora una volta causa di licenziamento.

3. *Libertà di coscienza e tutela delle identità*

Non v'è dubbio che il bando riservato ai non obiettori rimetta in discussione il bilanciamento che la legge n. 194 del 1978 ha inteso operare, come si è già detto, tra due diritti fondamentali: il diritto della donna di praticare l'interruzione della gravidanza all'interno di una struttura pubblica e il diritto del medico di esercitare l'obiezione di coscienza alle pratiche abortive.

In realtà, il reclutamento di soli dirigenti medici ginecologi destinati alle pratiche di interruzione volontaria della gravidanza pare accentuare quell'ordine di preferenza che già emerge dal testo legislativo in vigore. È, in particolare, il dettato normativo di cui all'art. 9 della legge n. 194 del 1978 ad evidenziare una subordinazione della tutela del diritto all'obiezione di coscienza alla tutela del diritto alla salute della donna. Si statuisce, infatti, che «gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate sono tenuti in ogni caso ad assicurare (…) l'effettuazione degli interventi di interruzione della gravidanza richiesti (…)». La legge in vigore sembra già garantire appieno il diritto della donna di praticare l'aborto. Probabilmente non altrettanto appieno può dirsi garantita l'applicazione effettiva della previsione legislativa, non risultando adeguati gli strumenti all'uopo preposti. In una prospettiva che può dirsi di carattere preventivo, oltre che strategico[33], nella garanzia di una piena ed effettiva attuazione della legge, sul versante politico si è insistito anche sulla piena centralità che debbono ricoprire i consultori familiari affinché «le federazioni nazionali degli ordini professionali del personale sanitario si adoperino per garantire uniformità sul territorio nazionale in ordine agli indirizzi deontologici relativi all'esercizio dell'obiezione di coscienza»[34].

Il ricorso quasi generalizzato all'istituto dell'obiezione di coscienza finisce

---

[32] La notizia è reperibile su *Ansa.it*, 24 febbraio 2017.

[33] Alessandra Pioggia, *L'obiezione di coscienza nei consultori pubblici*, in *Istituzioni del Federalismo*, 1, 2015, p. 127: «(…) In questo senso diviene strategico soffermarsi proprio sul rapporto fra obiezione di coscienza ed effettività dei servizi che precedono la vera e propria pratica abortiva e, in particolare, su quelli offerti dalle amministrazioni sanitarie regionali attraverso i consultori».

[34] *Ibidem*, p. 126.

per riflettersi inevitabilmente sul diritto che la legge n. 194/1978 riconosce alla donna[35]. Per altro verso, la tutela del diritto all'obiezione di coscienza sembra condizionata dalla gestione dei costi che la stessa comporta per la sanità pubblica. Si fa riferimento, infatti, nel bollettino ufficiale della Regione Lazio all'ottimizzazione delle risorse umane per il contenimento della spesa tra gli obiettivi da perseguire. Peraltro, a parere dell'ente regionale, l'assunzione dei medici obiettori di coscienza «contrasterebbe con le disposizioni stabilite dal Piano di rientro dal disavanzo del settore sanitario previste per la Regione Lazio, in quanto comporterebbe l'assunzione di professionalità non necessarie alle esigenze della struttura sanitaria richiedente, comportando un inutile aggravio di costo a carico del SSR»[36].

In riferimento all'esercizio del diritto all'obiezione di coscienza è possibile ritenere che le problematiche attuative del testo legislativo implicano un duplice ordine di discriminazioni.

Quel che sembra emergere è una compressione della libertà di coscienza dell'operatore sanitario, tenuto sostanzialmente ad anticiparne l'esercizio al momento dell'assunzione. In caso di "obiezione sopravvenuta", peraltro, il medico si vedrebbe destinatario di un'azione di recesso dell'Amministrazione sanitaria. In proposito è bene rilevare che, se esercitata nel periodo di prova in cui l'amministrazione pubblica gode di un'ampia discrezionalità di decisione, l'azione di recesso è da ritenersi legittima. Diversamente, qualora il licenziamento automatico del medico che obietta venisse contemplato dal contratto sottoscritto con l'amministrazione sanitaria, lo stesso dovrebbe ritenersi illegittimo. Ciò non solo perché si concretizza una violazione della legge che contempla un nucleo di diritti e principi vincolanti il contratto di lavoro, ma anche perché rappresenterebbe una misura eccessiva rispetto alla necessità di assicurare la continuità del servizio di interruzione della gravidanza.

Effetti discriminatori conseguono altresì dall'esclusione aprioristica degli obiettori di coscienza, in considerazione della palese violazione del principio costituzionale di eguaglianza e delle pari opportunità di accesso al lavoro,

---

[35] Alcuni parlano non più di obiezione di coscienza, bensì di obiezione di massa. In tal senso Michele Ainis, *Dall'obiezione di coscienza all'obiezione di massa*, in *Quaderni costituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 903 ss.

[36] L'art. 1, comma 75, della legge regionale n. 14 dell'11 agosto 2008 prescrive che: «Alle aziende ed enti del servizio sanitario regionale, in caso di mancato conseguimento degli obiettivi di risparmio di spesa previsti dalle norme di cui al comma 73, è fatto divieto di procedere ad assunzioni di nuovo personale, fatti salvi l'eventuale reclutamento di profili infungibili e indispensabili al fine del mantenimento dei livelli essenziali di assistenza (LEA) preventivamente autorizzati dal Comitato *ad acta* per il piano di rientro dal disavanzo sanitario e la mobilità infraregionale tra le aziende e gli enti del servizio sanitario regionale».

garantite dal nostro ordinamento giuridico[37].

Più conforme ai principi costituzionali la soluzione indicata dalla sentenza del *Tar* Puglia del 14 settembre 2010 n. 3477, consistente nella predisposizione di un bando che contempli un numero eguale di posti sia per i medici obiettori sia per i non obiettori[38].

4. *Riflessioni conclusive*

Alla luce di quanto rilevato le soluzioni adottate nell'intento di tutelare il diritto all'aborto della donna sembrano riflettersi, condizionandone l'effettivo esercizio, sul diritto all'obiezione di coscienza del medico professionista.

Nella ricerca di un adeguato bilanciamento delle libertà garantite non si può prescindere dall'osservare come l'obiezione all'aborto, nella garanzia del «bene-valore soggettivo»[39] costituito dalla coscienza personale, si ripercuota necessariamente sulla tutela di un altrettanto «bene-valore soggettivo» rappresentato dal benessere-vita umana. Diversamente, se si prendono in considerazione le ipotesi di obiezione di coscienza al servizio militare[40] ed alla sperimentazione animale[41], la scelta di avvalersi della dispensa ricade principalmente sul soggetto obiettore senza incidere sulla tutela di alcun diritto fondamentale di soggetti terzi.

Inoltre, le problematiche emerse in merito alla necessità di tutelare l'"eguaglianza" delle libertà garantite dalla legge n. 194 del 1978 hanno generato

---

[37] Secondo Cesare Mirabelli, l'obiezione di coscienza è «un diritto fondamentale riconosciuto alla persona e non può essere un requisito la rinuncia a questo diritto per partecipare a concorsi pubblici. Non si può discriminare tra chi esercita questo diritto e chi non lo fa». La notizia è reperibile su *Repubblica.it*, 22 febbraio 2017.

[38] La pronuncia del *Tar Puglia*, *Sez*. II, 14 settembre 2010, n. 3477 è relativa alla delibera della Regione Puglia n. 735 del 2010, avente ad oggetto il reclutamento selettivo di medici non obiettori nei consultori. I giudici del *Tar* confermano la possibilità di predisporre bandi che prevedano «una riserva di posti del 50% per medici specialisti che non abbiano prestato obiezione di coscienza ed al tempo stesso una riserva di posti del restante 50% per medici specialisti obiettori». Si statuisce, infatti, che «una procedura selettiva che escluda aprioristicamente i medici specialisti obiettori dall'accesso ai Consultori appare (…) discriminatoria oltre che irrazionale poiché non giustificata da alcuna plausibile ragione oggettiva»

[39] Si riprende l'espressione di Vincenzo Turchi, *I nuovi volti di Antigone. Le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, p. 80 ss.

[40] È la legge n. 230/1998 che disciplina l'obiezione di coscienza al servizio militare. Pur essendo oramai vigente un regime militare su base volontaria, è bene rilevare come non manchino i casi di obiezione di coscienza sopravvenuta.

[41] La legge n. 413/1993 riconosce il diritto di obiezione di coscienza verso ogni atto connesso con la sperimentazione animale in favore di medici, ricercatori, personale sanitario e studenti universitari.

ulteriori perplessità in merito alla mancata previsione di un onere alternativo in capo a colui che obietta. Se, infatti, la previsione di una opzione alternativa nelle fattispecie di obiezione al servizio militare e alla sperimentazione animale ha contribuito all'assenza di carenze del personale tali da pregiudicare il raggiungimento degli obiettivi[42], ci si chiede perché un'analoga soluzione non possa essere adottata anche in merito all'obiezione di coscienza in campo sanitario.

Diversamente, lesiva della libertà di coscienza dell'obiettore all'aborto si porrebbe l'adozione di misure d'urgenza preposte a fissare criteri e procedure di valutazione delle ragioni sottese all'obiezione di coscienza. Sicuramente, escluderne l'esercizio nei casi in cui siano motivazioni opportunistiche a fondamento della scelta di obiettare si prospetterebbe come una soluzione ragionevole. Ma ciò significherebbe indagare anche sui valori e convincimenti più intimi e personali, in violazione di quella identità che il nostro ordinamento giuridico si preoccupa di tutelare.

Ad ogni modo, la ricerca di risoluzioni alle problematiche che pone quello che è stato definito il «vizio occulto»[43] della legge esige che l'opera mediatrice del legislatore tenga conto di quanto complessa continui ancora a porsi la garanzia del diritto di pochi innanzi agli interessi della collettività.

Nell'attuale esperienza contemporanea, l'obiezione di coscienza all'aborto rimane un tema particolarmente sensibile, manifestandosi sempre più forte l'esigenza di tutelare l'eguaglianza delle libertà.

---

[42] Quale opzione alternativa al servizio militare è stato istituito il servizio civile volontario che, come è stato affermato in dottrina, deve la sua origine proprio all'applicazione della legge n. 772 del 1972 prima e della legge n. 230 del 1998 poi. Cfr. Emanuele Rossi, *Alcune indicazioni per un servizio civile serio ed efficace, in Le prospettive del servizio civile in Italia: dalla legge n. 64/2001 ai decreti attuativi* (a cura di Emanuele Rossi e Francesco Dal Canto), *Centro Studi e Formazione Sociale "Emanuela Zancan*, Fondazione Zancan, Padova, 2002, pp. 27-40. Quanto all'obiezione di coscienza alla sperimentazione animale, è previsto per i lavoratori il diritto di essere destinati ad attività che non contemplino la sperimentazione animale, conservando la medesima qualifica e il medesimo trattamento economico. Per gli studenti universitari è facoltativa la partecipazione alle esercitazioni di laboratorio che comprendono la sperimentazione animale. In particolare, ai fini del superamento degli esami universitari gli organi universitari sono tenuti ad attivare corsi che non contemplino interventi di tal fatta.

[43] Nicola Colaianni, *op. cit.*, p. 1.

Le esenzioni fiscali alla Chiesa cattolica sono compatibili con il diritto dell'UE? Brevi considerazioni a margine di una recente sentenza della Corte di giustizia UE

Giovanni Luchena

1. *La domanda di pronuncia pregiudiziale giunta alla Corte di giustizia*

Con la sentenza del 27 giugno 2017, la Corte di giustizia UE ha deciso in ordine alla questione pregiudiziale promossa dal giudice amministrativo spagnolo volta a verificare se l'art. 107, n. 1, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) osti all'esenzione della Chiesa cattolica dall'imposta su costruzioni, impianti e opere per quel che concerne lavori effettuati su immobili destinati all'esercizio di attività economiche non aventi finalità strettamente religiose[1].

La Congregazione delle Scuole Pie della Provincia Betania (Comunità della Casa delle Scuole Pie di Getafe, Frati Scolopi) ha richiesto al Comune di Getafe il rimborso di una somma di danaro versata a titolo di imposta sulle costruzioni, sugli impianti e sulle opere (denominata ICIO), come previsto dalla normativa spagnola in materia, ritenendo che i lavori di trasformazione ed ampliamento di una parte dell'edificio adibito a scuola rientrassero fra quelle esentabili in quanto aventi finalità di carattere religioso.

Il Comune, dal canto suo, non solo rigettava la richiesta, ritenendo tali attività prive del requisito della suddetta finalità, ma sollevava il dubbio che potesse trattarsi di un caso di incompatibilità con l'art. 107, n. 1 TFUE che stabilisce il divieto di concessione degli aiuti statali alle imprese.

La questione sottoposta al giudice comunitario, dunque, attiene alla qualificazione della misura in questione quale aiuto di Stato che, come da giurisprudenza consolidata in materia e da prassi della Commissione, emerge qualora vi sia un intervento dello Stato o se sia effettuato per il tramite delle

[1] Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal *Juzgado Contencioso Administrativo no 4 de Madrid* (Spagna) il 10 febbraio 2016 – *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania/ Ayuntamiento de Getafe*, causa C-74/16, in GUUE C 145/21 del 25 aprile 2016.

risorse statali, si riscontri un vantaggio selettivo in favore del beneficiario, si determini l'incidenza sugli scambi fra gli Stati membri e falsi o minacci di falsare la concorrenza[2].

2. *L'interpretazione dell'art. 107, n. 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*

2.1. *L'attività economica*

In tema di concorrenza, un elemento di valutazione molto importante concerne la qualificazione di attività economica svolta in forma d'impresa.

Con riferimento alla nozione di impresa[3], da intendersi in senso funzionale, non rileva, ai fini del diritto dell'Unione europea, né lo stato giuridico né le modalità di finanziamento[4]. Un elemento strutturale di tale nozione concerne l'attività svolta, per cui, ad esempio, soltanto quando l'attività non rivesta carattere economico, può ragionevolmente negarsi la qualificazione del soggetto agente come impresa[5]. Il criterio pertinente per considerare un determinato ente come impresa ai fini dell'interpretazione dell'art. 107 TFUE è l'esercizio dell'attività economica. Inoltre, per attività economica, secondo il giudice comunitario, deve intendersi «qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato»[6].

Va notato che, anche se l'offerta di beni e servizi viene svolta senza scopo

---

[2] Sulla nozione di aiuto di Stato, v., tra gli altri, Tito Ballarino, Leonardo Bellodi, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1997, p. 24 ss.; Gian Michele Roberti, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario,* Cedam, Padova, 1997, p. 83 ss.; Cinthia Pinotti, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza,* Cedam, Padova, 2000, p. 21 ss.; Giovanni Luchena, *La nozione giuridica di aiuto di Stato nell'ordinamento sopranazionale tra "intransigenza" e "resistenza",* in Francesco Gabriele, Gaetano Bucci, Cosimo Pietro Guarini (a cura di), *Il Mercato: le imprese, le istituzioni, i consumatori,* Cacucci, Bari, 2002, p. 287 ss.; Benedetta Lubrano, *Le sovvenzioni nel diritto amministrativo. Profili teorici ed evoluzione storica nel contesto del diritto europeo,* Giappichelli, Torino, 2008, p. 11 ss.; Ennio Triggiani, *Aiuti di Stato (dir. Un. Eur.),* in *Enc. Dir. - Annali*, vol. VI, 2013, p. 19 ss.

[3] Sentenze della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2007, *ETI e a.,* C-280/06, punto 381; del 1 luglio 2008, *MOTOE*, C-49/07, punto 20; e del 5 marzo 2015, *Commissione e a./Versalis e a.,* C-93/13 P e C-123/13 P, punto 88).

[4] Sentenza della Corte di giustizia del 23 aprile 1991, *Höfner ed Elser*, C-41/90, punto 21; sentenza della Corte di giustizia del 12 settembre 2000, *Pavlov e altri,* cause riunite da C-180/98 a C-184/98, punto 74.

[5] Valeria di Comite, *La nozione d'impresa nell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, in *Giurisprudenza italiana*, 2005, p. 2034.

[6] Sentenza della Corte giustizia del 10 gennaio 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze e a.*, C-222/04, punto 108.

di lucro, il soggetto che svolge tale attività viene qualificato come impresa considerato che si pone in concorrenza con soggetti che svolgono attività con finalità di lucro. Insomma, il «movente soggettivo», cioè l'assenza dello scopo di lucro, non vale ad escludere che possano verificarsi casi di alterazione della concorrenza[7]. Soltanto quando l'attività viene svolta esclusivamente in funzione sociale, viene negata l'esistenza di un'impresa[8].

L'attività economica assume un significato ampio tale da far rientrare in tale nozione una pluralità di attività onde consentire, innanzi tutto alla Commissione, di svolgere la sua funzione di controllo avendo a disposizione una serie di indicatori che possono consentire una valutazione fondata prevalentemente sugli effetti economici prodotti dalla misura agevolativa.

Oltre tutto, siccome la distinzione fra attività economiche e non economiche ha quale suo presupposto una scelta di carattere politico, non è ritenuto *funzionale*, in particolare ai fini dell'art. 107, n. 1, TFEU, redigere un elenco che possa contenere tutte le possibili attività qualificabili come di natura economica.

Lo svolgimento dell'attività di insegnamento quale servizio prestato dietro corrispettivo, deve considerarsi, quindi, attività economica indipendentemente dal fatto che il finanziamento sia garantito dai genitori, dato che quest'ultimo non incide sul carattere economico dell'attività in questione.

Nell'ambito di un medesimo ente, peraltro, possono svolgersi più attività, purché queste abbiano una contabilità separata, onde evitare il rischio che si profili una *cross-subsidisation*, cioè un sovvenzionamento trasversale o incrociato ritenuto poco trasparente. Tale circostanza sembra affiorare anche nell'ambito della Congregazione, all'interno della quale viene svolta una pluralità di attività, fra cui certamente quella a carattere religioso, ma anche ulteriori attività fra le quali quella dell'insegnamento (sia sovvenzionato dallo Stato sia libero), della ristorazione e del trasporto.

A tale riguardo, dunque, l'attività di trasformazione dell'immobile non rientra né tra quelle aventi carattere religioso (come, del resto, la stessa Congregazione ha dichiarato in sede di udienza[9]) né tra quelle complementari sopra richiamate. Dunque, «le attività di insegnamento della Congregazione non sovvenzionate dallo Stato spagnolo, rientranti nell'insegnamento prescolare, extrascolare e post-obbligatorio, sembrano soddisfare» i criteri per qualificare

---

[7] Luca Peverini, *La nozione di impresa* in Livia Salvini (a cura di), *Aiuti di Stato in materia fiscale*, Cedam, Padova, 2007, p. 171-172.

[8] Luca Peverini, *op. cit.*, p. 172.

[9] Sentenza della Corte di Giustizia del 27 giugno 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania c. Ayuntamiento de Getafe*, causa C-74-16, punto 53.

tali attività come economiche[10], situazione, peraltro, che dovrà essere accertata dal giudice rimettente.

Quanto alla *forma* dell'aiuto, cioè l'esenzione fiscale, quale categoria del più ampio *genus* della agevolazione fiscale[11], il giudice comunitario specifica che essa può ricadere nel divieto di cui all'art. 107, n. 1, TFUE solo se una parte delle attività d'insegnamento ricadano nell'accezione di attività economica e se le opere effettuate siano destinate a siffatte attività[12].

2.2. *La selettività materiale e l'incidenza sugli scambi*

Nel caso in esame, la prova della selettività sostanziale della misura appare di tutta evidenza considerando che l'esenzione in parola produrrebbe un vantaggio in favore del beneficiario alleviando gli oneri del suo bilancio[13]. La *selettività* scaturisce in via diretta per effetto della predisposizione di norme giuridiche valevoli soltanto per un determinato beneficiario, in deroga al regime generale.

L'aiuto in questione è imputabile allo Stato (accezione da intendersi in senso ampio, comprensiva, quindi, sia delle articolazioni territoriali sia dei soggetti, pubblici o privati, incaricati dallo Stato ai fini della gestione dell'aiuto[14]) che ha approvato il decreto che prevede l'esenzione fiscale in base all'accordo internazionale tra il Regno di Spagna e la Santa Sede del 3 gennaio 1979.

È pacifico altresì che le risorse ingenerino un vantaggio ingiustificato in favore della Congregazione in termini sia di eliminazione di un onere che, di norma, dovrebbe gravare su un'impresa sia di diminuzione delle entrate del Comune[15].

Con riferimento all'incidenza sugli scambi, va subito posto in luce che il

---

[10] Sentenza della Corte di Giustizia del 27 giugno 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania c. Ayuntamiento de Getafe*, cit., punto 57.

[11] Federico Rasi, *I confini della nozione*, in Livia Salvini (a cura di), *Aiuti di Stato in materia fiscale*, cit., 72.

[12] Sentenza della Corte di Giustizia del 27 giugno 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania c. Ayuntamiento de Getafe*, cit., punto 63.

[13] Sentenza della Corte di Giustizia del 27 giugno 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania c. Ayuntamiento de Getafe*, cit., punto 68.

[14] Mario Aulenta, *Gli aiuti di Stato,* in Antonio Felice Uricchio, Mario Aulenta, Gianluca Selicato (a cura di), *La dimensione promozionale del fisco,* Cacucci, Bari, 2015, p. 91.

[15] Sentenza della Corte di Giustizia del 27 giugno 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania c. Ayuntamiento de Getafe*,, cit., punto 76. V., altresì, sentenza della Corte di giustizia del 1 marzo 1994, *Banco Exterior de España e Ayuntamiento de Valencia*, C-387/92, punto 14.

regime c.d. *de minimis* di cui al Regolamento UE n. 1998 del 2006[16] prevede la presunzione di compatibilità con il diritto UE qualora il contributo economico sia di 200.000 euro nell'arco di tre anni, soglia che deve essere verificata dal giudice nazionale al fine di stabilire l'ammissibilità al regime in questione. Il massimale di 200.000 euro, fra l'altro, è rimasto invariato anche a seguito del Regolamento UE n. 1407 del 2013 (art. 3)[17], di modifica del citato Regolamento n. 1998 del 2006.

3. *Nota conclusiva*

Va detto, dunque, che, alla luce della pronuncia esaminata, non tutti gli aiuti concessi alla Chiesa cattolica sono da considerarsi vietati ma soltanto quelli che eccedono la soglia stabilita per i cosiddetti aiuti *de minimis* (così divenendo potenzialmente distorsivi della concorrenza) e che comportano una diminuzione delle entrate fiscali del Comune (finanziamento tramite "risorse statali").

Inoltre, benché l'art. 17 TFUE obblighi l'Unione europea a rispettare lo *status* delle Chiese nei singoli Stati membri e a non pregiudicarlo, concretizzando quanto stabilito dal precedente art. 4, del medesimo Trattato, con riferimento all'obbligo del rispetto delle identità nazionali, la disposizione che attribuisce alla Chiesa cattolica esenzioni fiscali in deroga non può porsi al di fuori del diritto dell'UE in particolare quando si tratta di applicare le norme che fanno riferimento ad attività d'impresa.

In definitiva, la sentenza in esame potrebbe costituire un precedente molto significativo per situazioni simili.

Sembra riaprirsi, infatti, il tema degli aiuti pubblici concessi dagli Stati alla Chiesa cattolica, come è il caso, a questo assimilabile, relativo alle esenzioni fiscali (si ricordi, ad esempio, la questione dell'esenzione dal versamento dell'ICI) concesse dallo Stato italiano alle scuole paritarie a carattere confessionale che la Corte di cassazione ha ritenuto illegittime considerandolo onere finanziario a carico dello Stato e, come tale, in contrasto con l'art. 33 Cost.[18].

---

[16] Regolamento (CE) n. 1998/2006 della Commissione, del 15 dicembre 2006, relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato CE agli aiuti d'importanza minore («de minimis»), GU L 379 del 28 dicembre 2006.

[17] Regolamento (UE) n. 1407/2013 della Commissione del 18 dicembre 2013 relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti «*de minimis*», in GUUE L 352/1 del 24 dicembre 2013.

[18] Giovanni Luchena, *Le esenzioni fiscali alle scuole paritarie e il dibattito sulla clausola costituzionale «senza oneri per lo Stato»*, in *Diritto e religioni*, n. 2, 2015, p. 266 ss.

Anche in questa vertenza, sulla quale la Commissione ha espresso il suo giudizio in termini di aiuto di Stato, si fa riferimento alle attività d'insegnamento non sovvenzionate dallo Stato, le quali sono considerate aventi carattere economico.

Resterebbe, tuttavia, aleatorio l'eventuale recupero in caso di condanna perché, come è stato sottolineato, «le banche date fiscali e catastali non consentivano di identificare né il tipo di attività svolta negli immobili di proprietà degli enti ecclesiastici, né di calcolare in modo oggettivo l'imposta da recuperare»[19].

[19] Rosanna Palladino, *L'operatività del divieto di aiuti di Stato in ipotesi di esenzioni fiscali a beneficio degli enti ecclesiastici: la sentenza della Corte di giustizia Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania c. Ayuntamiento de Getafe*, in *www.eurojus.it*, 8 agosto 2017.

Il fattore religioso nella scuola pubblica italiana: con uno sguardo al pluralismo e all'Europa[*]

Marco Parisi

1. *Introduzione*

Lo spazio comune rappresentato dagli istituti d'istruzione pubblica sembra segnare, oggi più che mai, un terreno di scontro dove trovano il loro svolgimento grandi battaglie ideologiche e culturali, spesso contraddistinte da livelli non trascurabili di asprezza. In quest'ambito, si contendono il primato visioni (diversamente) religiose e non religiose dell'esistenza umana, che - di frequente - richiamano a proprio sostegno, senza però procedere ad una loro identificazione netta, tesi ascrivibili sia alla corrente politica comunitarista che a quella liberale. Interagiscono, poi, con simili argomentazioni teoriche, esercitando sulle stesse un'influenza variabile e imprevedibile, da un lato, chiare tendenze di matrice culturale assimilazionistica[1], miranti ad uniforma-

---

[*] Intervento, corredato di note, al Convegno di Studi *Diritti umani e libertà religiosa: il terribile e appassionante cammino verso la felicità*, in ricorrenza del trentesimo anniversario dell'approvazione dell'intesa avventista, tenutosi presso l'Unione delle Chiese Cristiane Avventiste del Settimo Giorno, Firenze, 17 febbraio 2018.

[1] Attualmente, tra le democrazie occidentali caratterizzate da una significativa presenza di immigrati, la Francia è forse l'unico Stato che aderisce in modo puntuale al modello assimilazionista. Tale modello si ispira ad una logica di assoluta uguaglianza formale, di asettica neutralità dello Stato di fronte alle differenze culturali. Esso si basa, infatti, sulla scelta di non attribuire, negli spazi pubblici, alcun rilievo all'eventuale appartenenza del soggetto a gruppi di immigrati con radici culturali anche profondamente diverse da quelle dello Stato di accoglienza. Quale espressione estrema di tale modello si pensi alla recente legge francese del 15 marzo 2004 n. 228, che vieta l'ostensione di simboli religiosi all'interno della scuola. Questo provvedimento normativo, che rappresenta l'ultima e più evidente conferma dell'idea francese di eguaglianza assimilatrice, impone a tutti, al di là dell'origine culturale, etnica, religiosa, di essere formalmente uguali nello spazio pubblico costituito dalla scuola. In sostanza, nei confronti degli immigrati la Francia ha adottato una politica di inclusione nella cultura nazionale guidata dall'idea di una società caratterizzata da un'omogeneità culturale destinata a sostituirsi alle culture originarie. La comunità di riferimento è quella nazionale ed è rappresentata come una comunità unitaria, i cui principi e valori devono essere riconosciuti e rispettati da tutti gli individui. Ciò non significa, ovviamente, che nel privato l'individuo non sia libero di seguire le proprie appartenenze, ma

re gli individui al modello di ordine etico e sociale dominante, e, dall'altro, ricorrenti sollecitazioni di riconoscimento pubblico delle differenze e dei particolarismi etnico-culturali[2].

Sotto questo profilo, il principale oggetto della disputa è costituito dall'insegnamento della religione, che, nella sua incessante problematicità, costituisce un elemento di continuità della scuola pubblica italiana. Pur attraverso il succedersi dei Governi e delle stesse forme di Stato (da quella liberale ottocentesca a quella totalitaria, fino all'attuale Stato di democrazia pluralista), questa particolarissima disciplina cultural-confessionale non è mai venuta meno, ben potendosi dire che essa, dall'unità d'Italia (1861) ad oggi ha sempre caratterizzato il progetto educativo e formativo dell'istruzione nazionale.

La quasi ininterrotta presenza dell'insegnamento religioso nell'offerta educativa pubblica italiana tra origine da specifiche motivazioni religiose, storiche e culturali. Le motivazioni religiose sono quelle che possono essere individuate nella radicata diffusione del cattolicesimo nel Paese, e, quindi, nella (almeno presuntiva) appartenenza ad esso della gran parte della popolazione[3]. Quanto alle giustificazioni storiche, esse vengono riferite alla so-

---

esse non devono emergere nella sfera pubblica, né possono essere considerate rilevanti giuridicamente. Nel diritto francese, così, non è previsto un trattamento speciale riservato alle minoranze o gruppi etnici, trovando quasi sempre applicazione il diritto comune. In questo modello, integrazione significa eguaglianza come identità di trattamento, con una specifica corrispondenza nella neutralità e laicità dello Stato. Si veda Alessandra Facchi, *I diritti nell'Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione*, Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 13 e ss.

[2] Si tratterebbe del modello multiculturalista, che si caratterizza per un impegno pubblico verso il mantenimento delle tradizioni comunitarie, delle specificità culturali ed etniche. Questa strategia di approccio al fenomeno immigratorio, inveratasi soprattutto in Gran Bretagna a partire dagli anni settanta del secolo scorso, è finalizzata alla realizzazione dell'armonia sociale sulla base di un trattamento paritetico delle minoranze. Si tratta di una politica che riconosce e protegge le varie identità culturali presenti sul territorio nazionale, consentendo l'attuazione concreta delle modalità di vita prescritte da norme religiose e tradizionali, sulla base del conferimento di un ruolo sociale e politico importante alle comunità etniche e alle associazioni di immigrati. Coerentemente a tale impostazione, l'appartenenza a un gruppo etnico può costituire il presupposto di un trattamento giuridico differenziato attuato non solo sul piano giudiziario, ma anche su quello legislativo. L'adesione a tale modello comporta, quindi, il riconoscimento e l'accettazione delle diversità culturali, anche nella scuola a mezzo di tecniche ben precise: la riforma dei *curricula* scolastici (vale a dire la revisione dei programmi di storia e letteratura delle scuole statali per garantire maggior riconoscimento ai contributi storici e culturali delle minoranze etnoculturali, nonché l'introduzione di programmi di educazione bilingue per i figli degli immigrati nella scuola primaria); l'adattamento dei programmi di pubblica istruzione, come ad esempio le campagne di educazione antirazzista; l'adozione di strategie di sviluppo culturale, quali il finanziamento di festival e di programmi di studio etnici, nonché l'offerta di corsi di alfabetizzazione nella propria lingua madre per immigrati adulti; l'adozione di *affermative actions*/azioni positive, come, ad esempio, il trattamento preferenziale per garantire alle minoranze l'accesso all'istruzione. Per ulteriori riferimenti cfr. Francesco Pompeo, *La società di tutti. Multiculturalismo e politiche dell'identità*, Meltemi Editore, Roma, 2007, pp. 22 e ss.

[3] La credenza che gli italiani si riconoscano, nella loro ampia maggioranza, nella religione cattolica è

stanziale coincidenza dell'identità storica e culturale italiana, forgiatasi nel corso dei secoli sempre a stretto contatto con la dottrina cattolica e la vita della Chiesa di Roma[4]. Infine, in merito alle ragioni culturali, si è da sempre sostenuta la necessità di una minima conoscenza dei principi del cattolicesimo ai fini di una sufficiente comprensione dell'enorme valore dell'ineguagliabile patrimonio artistico e letterario italiano, accogliente tesori in grandissima parte a soggetto religioso cattolico-cristiano[5].

Ciò detto, è evidente come la questione dell'educazione religiosa nelle scuole pubbliche sia particolarmente rilevante, non solo per l'importanza che una alfabetizzazione spirituale di base riveste per la formazione dei giovani cittadini, ma anche perché essa risulta essere indicativa dell'atteggiamento assunto dalle istituzioni pubbliche in spazi di elevata visibilità sociale, come

---

il prodotto di una costruzione sociale affermatasi negli anni della duplice egemonia della Democrazia Cristiana e della Chiesa di Roma, proponenti una rappresentazione del Paese come sostanzialmente identificato nell'istituzione religiosa cattolica. Il che ha giustificato, per molti anni, l'impressione di essere di fronte ad un pluralismo religioso 'a sovranità limitata', nel quale alla Chiesa è riconosciuto l'esercizio di una funzione sociale (educativa, morale, di tutela dell'identità collettiva e di memoria della Nazione) e alle altre organizzazioni confessionali è attribuita una percezione molto debole quali soggetti minoritari sostanzialmente ininfluenti. Ciò nella logica per cui l'esistenza delle altre visioni di fede è reale, ma collocata entro il medesimo orizzonte sociale e giuridico del cattolicesimo, quasi chiamato a giustificare l'alterità delle esperienze religiose di segno diverso. Cfr. Enzo Pace, *La laicità come orizzonte di senso comune*, in Roberto De Vita, Fabio Berti, Lorenzo Nasi (a cura di), *Democrazia, laicità e società multireligiosa*, Franco Angeli, Milano, 2005, pp. 43-45.

[4] Nell'opera di individuazione di valori portanti, la Chiesa si è sempre proposta come portatrice di senso e, di conseguenza, ha contribuito alla definizione dell'identità storica e culturale degli italiani. Sotto questo profilo, in particolare, hanno collaborato molto i simboli del cristianesimo di matrice cattolica, come il crocifisso, che con il loro significato religioso e culturale hanno modellato nei secoli la *humanitas*, ovvero il pensiero, le arti e i sentimenti degli italiani. In questo continuo rapporto 'fede-storia', la Chiesa propone ai propri membri la manifestazione pubblica delle dottrine e dei valori cristiani veicolati dalla sua secolare tradizione culturale. Cfr. Franco Garelli, *La rilevanza concreta e pubblica del cattolicesimo italiano*, in *Il Mulino*, 2005, 5, pp. 826-828.

[5] Più della metà del patrimonio artistico e culturale presente in Italia è costituito da beni ecclesiastici cattolici, tali per origine storica e per proprietà attuale, che sono a testimonianza dell'identità storica e culturale del Paese. In virtù della strumentalità della fruizione di tali importanti opere artistiche al perfezionamento della personalità umana, si è registrata una crescente attenzione della società civile, del legislatore e della dottrina per i beni culturali di interesse religioso. Un'attenzione che, rispetto a questi ultimi, dal punto di vista legislativo, ha significato il riconoscimento del ruolo da essi svolto in quanto testimonianza avente valore di civiltà e come mezzo di sviluppo economico, per le ricadute che una loro migliore valorizzazione può significare tanto per l'industria del turismo, in genere, quanto per quella della cultura. Si è trattata di una presa di coscienza che ha interessato, se pur su versanti distinti, sia le istituzioni statali, sia quelle religiose, finalmente divenute consapevoli che la nostra Costituzione culturale ha assegnato alla Repubblica il compito di tutelare, sostenere e promuovere (dal punto di vista del suo concreto godimento) il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione. In proposito Antonio G. Chizzoniti, *Profili giuridici dei beni culturali di interesse religioso*, Libellula Edizioni, Tricase (Le), 2008, pp. 12 e ss.; Nicola Colaianni, *La tutela dei beni culturali di interesse religioso tra Costituzione e convenzioni con le confessioni religiose*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 11 giugno 2012, 21/2012, pp. 1 e ss.

nel caso degli istituti d'istruzione, nei confronti delle visioni del mondo ispirate da verità di fede. Tali dottrine, proponendo in modo assertivo un metodo dogmatico ed autoritativo di acquisizione della 'vera' conoscenza, sono contraddistinte da una propria osservazione etica e morale, che non può che presentare tratti di parzialità e di autoreferenzialità.

La laicità delle istituzioni formative italiane è stata, così, messa a dura prova dalla presenza di un insegnamento di religione cattolica che, nella configurazione assunta a partire dalla revisione concordataria del 1984 (art. 9 della legge 25 marzo 1985 n. 121), si caratterizza per l'essere obbligatorio nella sua istituzione da parte delle scuole di ogni ordine e grado, con il solo temperamento della facoltatività della frequenza da parte dei discenti[6]. Tuttavia, con l'affermarsi di una società multiculturale, multirazziale e multireligiosa si sono rese evidenti le esigenze sollevate dagli allievi di fede religiosa acattolica[7], a cui ha fatto seguito, con l'attivazione della cosiddetta 'stagione delle intese[8]', la naturale e legittima rivendicazione da parte di diversi gruppi confessionali, di ottenere nella scuola pubblica l'offerta di un'educazione religiosa a carattere identitario, nella cornice costituzionale del pluralismo e dell'eguaglianza nella fruizione delle libertà fondamentali.

---

[6] Una scelta necessitata, peraltro, in ragione della vigente legalità costituzionale, dato che la Carta del 1948 pone a suo fondamento l'eguaglianza dei cittadini senza distinzione di religione (art. 3, comma I°). Tale precisa direttiva costituzionale ha imposto un adeguamento dell'accordo concordatario del 1984 ai fondamentali principi di democrazia, determinando il passaggio dell'insegnamento di religione cattolica da obbligatorio a facoltativo. Cfr. Clotilde Pontecorvo, *Laicità e istruzione*, in Giovanni Boniolo (a cura di), *Laicità. Una geografia delle nostre radici*, Einaudi, Torino, 2006, p. 130.

[7] L'assetto comunitario che contraddistingue la realtà contemporanea risponde ad un modello diverso rispetto a quello pregresso, «(…) baricentrato su una società monoculturale (a quasi esclusiva impronta cattolica), su un equilibrio politico fondato sull'unità dei cattolici, sul monopolio statale della sovranità e delle competenze rilevanti per la vita dei gruppi religiosi, sulla scarsa incidenza del fattore religioso nelle dinamiche geo-politiche internazionali. Il modello di oggi deve misurarsi con una realtà ben diversa. La società è multiculturale e multi religiosa, il cattolicesimo non orienta più la maggioranza degli italiani (i sociologi parlano piuttosto di una appartenenza selettiva o di una credenza senza appartenenza) e ha visto fortemente diminuito lo scarto con altre proposte religiose alternative (*in primis* Islam, Testimoni di Geova e nuovi movimenti religiosi)». Così Marco Ventura, *Un diritto per il fenomeno religioso. Strumenti e idee in un nuovo contesto*, in Roberto De Vita e Fabio Berti (a cura di), *Pluralismo religioso e convivenza multiculturale. Un dialogo necessario*, Franco Angeli, Milano, 2003, p. 478.

[8] Negli anni Ottanta del secolo scorso si è assistita ad una svolta decisiva nella storia dei rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose, con l'applicazione concreta del III° comma dell'art. 8 della Carta costituzionale. Si è dato corso ad un cambio di rotta della politica ecclesiastica italiana, a mezzo della definzione di una rete di relazioni tra lo Stato e un numero limitato di culti acattolici, beneficiari di una progressiva affermazione della loro specifica aspettativa di libertà religiosa e di autonomia gestionale.

2. *L'educazione religiosa nelle intese con i gruppi confessionali acattolici: un banco di prova per il pluralismo ideale nell'istruzione pubblica*

Come si è accennato, a partire dal 1984, contestualmente alla stipula di un nuovo testo concordatario, si è data attivazione (con colpevole ritardo) all'indicazione costituzionale di cui al III° comma dell'art. 8, procedendo alla conclusione di accordi specifici con diverse rappresentanze confessionali, nella finalità primaria di dare atto della autonomia e della indipendenza degli ordinamenti religiosi diversi da quello cattolico. Sostanzialmente, ognuna delle intese finora intervenute contiene disposizioni dirette a disciplinare i rapporti tra lo Stato e la particolare confessione religiosa stipulante, con la previsione di norme 'speciali', spesso miranti a tutelare aspetti peculiari del gruppo religioso. Si possono, tuttavia, individuare, in una logica di tendenziale uniformizzazione delle soluzioni legislative[9], alcuni elementi ricorrenti, dato che quasi tutti gli accordi conclusi recano disposizioni per l'assistenza spirituale nelle cosiddette 'strutture obbliganti' (caserme, ospedali, case di cura e di riposo, penitenziari), per l'insegnamento della religione nelle scuole, per il matrimonio, per il riconoscimento di enti con fini di religione, istruzione e beneficenza, per il regime degli edifici di culto e per i rapporti finanziari con lo Stato nella ripartizione dell'8 per mille del gettito Irpef e, infine, per le festività confessionali. In generale, come è intuibile e come è agevolmente constatabile, tali disposizioni concorrono a definire un regime più indipendente rispetto a quello valido per le confessioni prive di intesa, ancora sottoposte alla penalizzante ed anacronistica legislazione fascista sui 'culti ammessi nello Stato' (legge n. 1159 del 24 giugno 1929 e Regio Decreto n. 289 del 28 febbraio 1930).

Rispetto al tema problematico dell'educazione religiosa nelle scuole, le in-

---

[9] La prassi seguita ha dato luogo, sostanzialmente, a degli 'accordi-fotocopia', al punto da potersi individuare l'esistenza di un 'diritto comune delle intese', in virtù della tendenza alla standardizzazione dei contenuti di merito dei patti conclusi con le organizzazioni confessionali acattoliche. Gli esiti, fin qui osservati, della attuazione del comma III° dell'art. 8 Cost. dovrebbero essere in grado di produrre effetti anche sui rapporti dei pubblici poteri con le confessioni prive di intesa, dato che la realtà ordinamentale dell'operatività di un pacchetto di norme comuni nella definizione delle materie di interesse bilaterale può condurre, sulla base degli ordinari criteri di ermeneutica giuridica, alla definizione delle relazioni con gli altri gruppi religiosi applicando i principi enucleabili dagli accordi già stipulati. Sarebbe effettivamente auspicabile, di fronte alle incertezze del legislatore, favorire un riequilibrio della condizione giuridica dei soggetti ancora esclusi dalla tecnica negoziale con i pubblici poteri a mezzo di una generalizzazione delle norme 'speciali', così da rendere palese l'operatività di un disciplina comune delle confessioni religiose. Cfr. Giuseppe Casuscelli, *Libertà religiosa, e nuove intese con le minoranze confessionali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, marzo 2008, pp. 10 e ss.; Nicola Colaianni, *Confessioni religiose e intese. Contributo all'interpretazione dell'art. 8 della Costituzione*, Cacucci, Bari, 1990, pp. 236-258.

tese approvate dal Parlamento, oltre a potenziare le garanzie per gli alunni non avvalentisi dell'insegnamento di religione cattolica, hanno creato le premesse per un ampliamento del pluralismo ideale nell'offerta formativa della scuola pubblica italiana. A testimonianza di tale intento starebbe il comma I° dell'art. 12 della legge 22 novembre 1988 n. 516 (*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione Italiana delle Chiese Cristiane Avventiste del Settimo Giorno*), che, nella impostazione pluralistica della scuola, assicura agli incaricati designati dalle autorità confessionali «(…) il diritto di rispondere a eventuali richieste provenienti dagli alunni, dalle loro famiglie o dagli organi scolastici, in ordine allo studio del fatto religioso e delle sue implicazioni», con la collocazione di tali attività nell'ambito delle attività culturali previste dall'ordinamento scolastico.

Come si evince chiaramente da tale formulazione, inserita nell'accordo con la Tavola Valdese del 1984 e poi ripresa dalle altre intese raggiunte fino ad oggi[10], non si tratta di insegnamenti religiosi strutturati, speculari a quello di religione cattolica, ma di opportunità lasciate alla libera iniziativa dei diretti interessati. Secondo quanto stabilito in sede pattizia, queste attività formative, oltre a dover essere inserite, in sostanza, nel novero dell'offerta educativa complementare, restano finanziariamente a carico della singola confessione acattolica, evidenziando con ciò un'indubbia asimmetria rispetto alla condizione disegnata per l'educazione spirituale cogestita tra Stato e Chiesa cattolica[11]. Ciò, molto probabilmente non tanto per disinteresse o difficoltà da parte dei culti acattolici ad assicurare una loro presenza più stabile e organizzata

---

[10] Il riferimento è all'art. 10 della legge 11 agosto 1984 n. 449 (*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e le Chiese rappresentate dalla Tavola valdese*), che presenta minime variazioni lessicali, e poi costantemente ripetuta nei successivi accordi. Ovvero, si tratta dell'art. 9 della legge 22 novembre 1988, n. 517 (*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e le Assemblee di Dio in Italia*), dell'art. 9 della legge 12 aprile 1995 n. 116 (*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione Cristiana Evangelica Battista d'Italia*), dell'art. 11 della legge 29 novembre 1995 n. 520 (*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa Evangelica Luterana in Italia*), dell'art. 7, comma IV°, della legge 30 luglio 2012 n. 126 (*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e la Sacra arcidiocesi ortodossa d'Italia ed Esarcato per l'Europa Meridionale*), dell'art. 12, comma III°, della legge 30 luglio 2012 n. 127 (*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli ultimi giorni*), dell'art. 10 della legge 30 luglio 2012 n. 128 (*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa apostolica in Italia*), dell'art. 6, comma II°, della legge 31 dicembre 2012 n. 245 (*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione Buddhista Italiana*), dell'art. 6, commi IV e V, della legge 31 dicembre 2012 n. 246 (*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione Induista Italiana, Sanatana Dharma Samgha*), dell'art. 6. commi II° e III°, della legge 28 giugno 2016 n. 130 (*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Istituto Buddista Italiano Soka Gakkai*).

[11] Marco Parisi, *Il diritto alla scelta di insegnamenti di religione nella scuola pubblica*, in Sara Domianello (a cura di), *Diritto e religione in Italia. Rapporto nazionale sulla salvaguardia della libertà religiosa in regime di pluralismo confessionale e culturale*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 148.

all'interno della scuola pubblica, ma in ragione della perdurante volontà politica di continuare a garantire alla confessione socialmente maggioritaria la fruizione di un vero e proprio privilegio istituzionale[12].

Alla base di questo assetto normativo possono individuarsi, in modo abbastanza chiaro, due divergenti visioni del ruolo della religione nella società e nell'istruzione delle giovani generazioni, che a loro volta sono speculari alla più ampia distinzione tra cattolici e laici. Secondo la logica concordataria, la religione cattolica, come si è già accennato, appartenendo al patrimonio culturale della società italiana, avrebbe pieno diritto ad uno spazio qualificato nelle scuole pubbliche a mezzo di un insegnamento *ad hoc*; secondo la generale impostazione presente nelle intese, invece, la religione costituirebbe un fatto individuale e collettivo, riconducibile alle coscienze dei consociati, senza che essa debba esplicare un ruolo nello spazio pubblico nella misura in cui l'educazione religiosa viene ad essere una specifica competenza delle famiglie e delle Chiese[13]. In virtù di tali opposte letture, si è determinato un compromesso normativo consistente nel riconoscimento del primato della coscienza

---

[12] Barbara Randazzo, *Diversi ed eguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 312, evidenzia come, alla luce dei principi costituzionali vigenti, la condizione legale dell'insegnamento di religione cattolica si contraddistingua come privilegiaria a fronte dello *status* riconosciuto alle altre dottrine confessionali. In questo senso, il nocciolo della questione è se la laicità della scuola venga ad essere compromessa dalla presenza strutturale nell'offerta didattica di un insegnamento della religione cattolica, prestando le strutture pubbliche alla realizzazione di un servizio educativo a beneficio dell'attività proselitica di uno specifico orientamento spirituale. I caratteri di laicità della scuola, infatti, vengono ad essere valorizzati solo nella misura in cui si conferisce spazio alla religione come mero fatto culturale, esulando dal riferimento a giudizi di valore (o in termini di 'verità') in favore di un particolare credo. Nella misura in cui negli istituti pubblici d'istruzione continua a trovare spazio un insegnamento della religione di carattere monoconfessionale, conforme nei contenuti alla dottrina cattolica e con l'ausilio di testi approvati dalle gerarchie ecclesiastiche, sussistono fondati dubbi che possa essere reso un servizio di cultura religiosa nel rispetto dell'eguaglianza e della libertà degli alunni e delle loro famiglie. Si è, invece, in presenza di un beneficio concesso alla Chiesa, che potrebbe minare l'ispirazione laica e neutrale dell'istruzione pubblica.

[13] Secondo Paolo Cavana, *L'insegnamento religioso nella scuola pubblica italiana: una tradizione da rinnovare*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 11 luglio 2016, 25/2016, p. 14, la mancanza di interesse da parte delle rappresentanze confessionali acattoliche per una possibile istituzionalizzazione della loro presenza negli istituti educativi del nostro Paese sarebbe testimoniata dall'indicazione riportata nell'art. 9 dell'intesa valdese, poi replicata negli ulteriori testi concordati tra lo Stato e i gruppi religiosi di minoranza. In tale norma (e nelle altre di simile tenore) si paleserebbe l'indifferenza dei movimenti acattolici per lo svolgimento nelle scuole pubbliche dell'insegnamento religioso o per la realizzazione di pratiche di culto, dato che verrebbe affermata la convinzione secondo cui l'educazione e la formazione spirituale delle giovani generazioni afferiscono alla specifica competenza delle famiglie e delle organizzazioni confessionali. Conformemente a questa interpretazione, non sussisterebbe alcuna discriminazione rispetto alla condizione vissuta dalla Chiesa cattolica, dato che la presenza episodica (e non strutturale) dei culti acattolici nelle scuole risponderebbe alla loro volontà di veder rispettate le peculiari tradizioni e convinzioni in tema di educazione religiosa.

(sostanziantesi nell'accennato diritto di non avvalersi[14]) e nella organizzazione di attività alternative fruibili, in forma volontaria, da parte degli studenti diversamente credenti. L'intento perseguito avrebbe dovuto essere quello di instaurare un regime di effettiva concorrenza tra le due offerte disciplinari[15], sostanzialmente vanificato da una costante azione governativa (indifferente al mutare delle maggioranze politiche) di rafforzamento dell'insegnamento religioso cattolico e di annacquamento della possibilità di scelta degli impegni didattici alternativi.

Un quadro nel quale è, purtroppo, ancora operativa la disposizione di cui all'art. 24 del citato Regio Decreto n. 289/1930, in attuazione della illiberale legge n. 1159/1929, per la quale laddove il numero degli alunni lo giustifichi e quando per fondati motivi non possa esservi adibito il tempio, i genitori professanti un culto diverso dalla religione cattolica (allora qualificata come religione dello Stato[16]) possono ottenere che sia messo a loro disposizione qualche locale scolastico per l'insegnamento religioso dei loro figli. Il tenore della norma è chiaramente discriminatorio, nella misura in cui l'esercizio di una aspettativa importante di libertà – come quella dell'educazione religiosa delle giovani generazioni – è rimessa alla assoluta discrezionalità amministra-

---

[14] Tale diritto rientrerebbe nel novero delle cosiddette 'norme protettive speciali', finalizzate a tutelare con varie modalità la sfera della coscienza di una parte dei soggetti dell'ordinamento. Esse si contraddistinguono per l'attitudine ad apprestare una più intensa tutela di alcuni convincimenti interiori, e godono di piena legittimità costituzionale in virtù della loro funzionalizzazione alla salvaguardia piena del principio della dignità della coscienza. Cfr. Giovanni Di Cosimo, *Coscienza e Costituzione. I limiti del diritto di fronte ai convincimenti interiori della persona*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 124-127.

[15] Cfr. Nicola Colaianni, *Diritto pubblico delle religioni. Eguaglianze e differenze nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 203.

[16] Nel Ventennio della dittatura fascista, con l'approvazione del Concordato lateranense e della legislazione sui 'culti ammessi', si ebbe anche la reviviscenza del principio della religione di Stato, di cui allo Statuto Albertino del 1848. Una scelta di politica legislativa volutamente discriminatoria nei confronti delle altre religioni, considerate meno inclini rispetto alla Chiesa cattolica nel condividere la politica governativa e tenute in una posizione di grave limitazione di libertà. Va ricordato come, nella legislazione fascista e negli Accordi del Laterano, le libertà spirituali della persona, senza possibilità di dissenso, erano limitate alla mera partecipazione alla vita delle strutture autorizzate dal regime, che erano state munite di diritti limitati e controllati, per apprezzamento essenzialmente discrezionale e politico del regime. La libertà religiosa degli italiani, perciò, restava limitata alla mera obbedienza e coincidenza di pensiero con la gerarchia cattolica. Si introdusse, anche nella disciplina del fenomeno religioso, il modello dei 'diritti riflessi', per cui le leggi attribuivano poteri pubblici alla Chiesa e la libertà dei singoli consisteva solo nella possibilità di obbedire alle regole di quest'ultima. L'autorità ecclesiastica, infatti, mentre era espressione di una sovranità distinta da quella statale, aveva di fatto il ruolo di funzione pubblica dello Stato, coinvolta nei compiti politici di controllo sociale, in collaborazione con il regime fascista. Molti aspetti della vita dei cittadini erano regolati dalla Chiesa, e il diritto canonico, mediante i richiami della legge statale, divenne nuovamente, in molti rapporti sociali, regola giuridica vincolante per i sudditi del regime. Cfr. Valerio Tozzi, *150 anni di Unità dell'Italia. Breve storia e problemi attuali della libertà religiosa*, in *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, XXVIII, 2012, pp. 687-689.

tiva, è deprivata dell'aspetto formale (e sostanziale) di vero e proprio diritto, ed è definita in termini penalizzanti a danno dei soli consociati aderenti ad organizzazioni confessionali non aventi un rapporto privilegiato con i pubblici poteri.

Lo squilibrio esistente, esemplificato dalla perdurante vigenza della legislazione del periodo fascista, non sembra, tuttavia, essere attenuato dalle previsioni della stessa legislazione bilateralmente convenuta che, in modo ricorrente nelle varie intese concluse, riconoscendo il diritto degli studenti di non avvalersi di qualsivoglia insegnamento religioso, stabilisce l'obbligo per l'ordinamento scolastico di prevedere la collocazione delle attività educative di contenuto spirituale in orari tali da non sortire effetti discriminanti per i discenti e il divieto di forme di insegnamento religioso diffuso nella realizzazione dei programmi di studio di altre materie. Quest'ultimo inciso pare rispondere ad una linea d'azione di carattere 'difensivo', dettata dalla preoccupazione che, a causa della forte presenza del cattolicesimo nella società italiana, anche le materie strettamente 'secolari' possano in qualche modo risentire di un implicito orientamento ideologico, se non di una vera e propria diffusa veicolazione di dottrine religiose. Proprio l'esistenza di queste disposizioni di carattere tutorio è rivelatrice della fondatezza dei timori di un indottrinamento politico, socio-culturale, etico-morale e religioso che venga a realizzarsi a mezzo della rete scolastica pubblica, ad onta della sostanziale deconfessionalizzazione dell'ordinamento giuridico[17], della neutralizzazione dell'istruzione pubblica[18], della funzionalizzazione delle attività educative al

---

[17] L'entrata in vigore della nuova Carta costituzionale, dopo la caduta del fascismo, ha favorito la reciproca autonomia delle strutture del potere politico da quelle del potere religioso, con la definizione, da un lato, della aconfessionalità e neutralità dell'ordinamento giuridico e, dall'altro, della piena autonomia del cittadino in materia religiosa. La sostanziale laicizzazione dell'ordine politico-istituzionale, pur avendo contribuito a segnare una svolta nella politica ecclesiastica italiana e ad attuare un programma di riforme in materia religiosa abbastanza coerente con la volontà innovatrice implicita nel mutamento istituzionale verificatosi in Italia, continua, tuttavia, a scontrarsi con la vigenza di disposizioni normative conformi ai principi ispiratori del sistema fascista. Così, pure a fronte di un quadro di significativa deconfessionalizzazione degli apparati istituzionali e della produzione legislativa, come si è segnalato, restano ancora diversi impedimenti per l'attuazione di una politica ecclesiastica che tenga conto, in pieno, dei principi di libertà e di democrazia contenuti nella Costituzione del 1948. In dottrina ne è persuaso Sergio Lariccia, *Costituzione e fenomeno religioso*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 26 gennaio 2015, 3/2015, pp. 4 e ss.

[18] Il sistema d'istruzione, dopo un periodo di sostanziale monopolio ecclesiastico (realizzatosi nel Ventennio della dittatura, in coerenza con la configurazione tipicamente confessionista di tale regime) e di antagonismo tra Stato e Chiesa (determinatosi in epoca repubblicana, con la battaglia per il conseguimento delle libertà civili negli anni Settanta), pare oggi contrassegnato da una equilibrata interazione tra organizzazione pubblica e strutture private (religiose o eticamente orientate), nel contesto della laicità tipica dello Stato post-confessionale. Cfr. Fortunato Freni, *L'identità degli istituti d'istruzione confessionali. Riforme e scuole non statali*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 11-12.

libero e pieno sviluppo della personalità umana[19], della generalizzata condivisione dei principi democratici di convivenza, dell'ampio rispetto delle libertà fondamentali.

Probabilmente, è da ascriversi all'esistenza in sé di un insegnamento curricolare, pur se facoltativo, di religione cattolica il dubbio che vengano a determinarsi indebiti condizionamenti della libertà dell'individuo e a materializzarsi freni al dispiegarsi di un pieno e maturo pluralismo ideale. A conferma di ciò può valere la volontà manifestata dalla Tavola Valdese, nel comma III° dell'art. 9 dell'accordo, a che venga rispettato il diritto degli alunni non solo di non avvalersi di insegnamenti religiosi, ma anche di non partecipare a qualsivoglia pratica cultuale, con la richiesta esplicita che esse non abbiano luogo in occasione dell'insegnamento di altre materie, né secondo orari che abbiano per i discenti effetti discriminatori di qualsiasi tipo[20].

---

[19] Il diritto all'istruzione, come è ben noto, è un diritto fondamentale della persona umana, riconosciuto come tale dalla *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo* del 1948 (art. 26), da tutte le Carte costituzionali dei Paesi democratici, e dalla Costituzione italiana (artt. 33 e 34). Tra i diritti fondamentali, il diritto all'istruzione è un diritto prioritario, in quanto consente l'effettiva attuazione di altri diritti inalienabili della persona umana. In quanto diritto fondamentale e prioritario, il diritto all'istruzione non può essere considerato come un bene o un servizio da erogare su domanda e a pagamento, ma come un diritto che va garantito a tutte le persone (uomini e donne), in modo diffuso, a prescindere dalla condizione economica e socio-culturale di partenza e dalla localizzazione territoriale più o meno svantaggiata. Sotto questo profilo, il sistema scolastico pubblico – validato dall'autorità statale, sostenuto dalla fiscalità generale, diffuso su tutto il territorio attraverso una rete capillare di scuole – ha mostrato nel tempo di essere l'unico strumento in grado di promuovere e garantire la piena attuazione del diritto all'educazione. Garantendo la più ampia diffusione territoriale e rivolgendosi a tutti (senza discriminazione di genere, origine etnica, lingua, religione, condizione economica e socio-culturale di partenza), la scuola pubblica rappresenta un potente fattore di integrazione culturale e sociale e, come tale, è un insostituibile strumento di coesione della società, ancora più imprescindibile negli attuali contesti multiculturali.

[20] Emblematica di queste tensioni è la recente *querelle* delle benedizioni pasquali nella scuola pubblica, suscitata da alcune recenti decisioni giurisprudenziali. Una questione che non va enfatizzata al punto da farne oggetto di una nuova 'guerra di religione' all'interno della scuola, ma nemmeno da sottovalutare per non frustrare legittime aspettative e un sistema di convivenza fondato sull'accoglienza e sul rispetto reciproco. Sull'ammissibilità di simili iniziative nella scuola la nostra giurisprudenza si è pronunciata negli ultimi anni in modo divergente, suscitando confusione e insicurezza negli operatori scolastici e nelle stesse famiglie. Un esito tanto più sorprendente se si considera che tali contrasti nascono non da elementi interpretativi secondari, ma da divergenti ricostruzioni dei criteri ordinatori della nostra normativa scolastica, che dovrebbero essere, invece, ben noti e acquisiti da parte di organi specializzati e a composizione collegiale, quali sono quelli della nostra giustizia amministrativa. La fattispecie, apparentemente marginale, riguarda più in generale l'ammissibilità di attività e iniziative di carattere religioso nella scuola pubblica e costituisce, pertanto, un interessante banco di prova per verificare i principi ispiratori del nostro ordinamento in materia e il modello di laicità accolto dalla nostra legislazione scolastica. Per due differenti letture di questa problematica si vedano Paolo Cavana, *Libertà religiosa e scuola pubblica. La piccola* querelle *delle benedizioni pasquali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 23 gennaio 2017, 2/2017, pp. 3 e ss., e Vincenzo Cocozza, *Il rito religioso è promozione culturale? Una differente declinazione del principio di laicità da parte del giudice amministrativo*, in Marco Parisi (a cura di), *Bilateralità pattizia e diritto comune dei culti. A*

Come si vede, purtroppo, per certi versi spiace constatare come il legislatore pattizio sia stato costretto ad avere come suo principale obiettivo in materia educativa la definizione di adeguate garanzie a protezione della libertà formativa degli studenti acattolici, diversamente credenti e non credenti, ponendoli al riparo da indebite pressioni ideologiche. Pur non volendo sminuire il rilievo di tali tutele[21], non si può non evidenziare come avrebbero dovuto occupare maggiore spazio disposizioni finalizzate a rendere più agevole l'accesso alla scuola pubblica di tutte le culture religiose, organizzandone moduli di presenza e regolamentandone la fruizione nella logica di un effettivo (ed apprezzabile) pluralismo ideologico. Per giunta, le segnalate garanzie pattizie a difesa dei caratteri identitari dei fruitori dei servizi d'istruzione, oltre a produrre scarsi risultati quanto ad una egualitaria promozione delle diversità ideali, hanno finito anche per incidere indirettamente sulle modalità di erogazione dell'insegnamento di religione cattolica, originando un significativo contenzioso in sede di giurisprudenza amministrativa[22], ben lungi dal raggiungere esiti soddisfacenti in termini di rispetto della legalità costituzionale.

3. *Tendenze europee nel rapporto tra religione e scuola*

La perdurante attualità del binomio 'religione/scuola' nel contesto ordinamentale italiano non costituisce una peculiarità tutta nazionale, ma presenta significative conferme anche a livello europeo.

Per secoli, il vecchio continente ha conosciuto un pluralismo religioso di matrice cristiana, contraddistinto dalla rilevante presenza sociale dei cattolici, dei protestanti e degli ortodossi e dalla proposizione di basi culturali largamente condivise, strutturate sul riferimento a valori etici in grado di garantire una cittadinanza comune. Sotto questo profilo, gli Stati moderni si sono ampiamente serviti della scuola pubblica per legittimarsi come entità nazionali, con l'obiettivo di imporre un'unità di territorio, di lingua e di religione. In

---

proposito della sentenza n. 52/2016, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 29 e ss.

[21] Peraltro, va rilevato come, ad una prima lettura, può sembrare che le garanzie assicurate dalle intese siano rivolte solo agli appartenenti alle diverse confessioni che ne sono dotate, laddove, invece, queste norme hanno finito per svolgere una funzione di tutela generale della libertà di coscienza, creando nella società civile un fronte 'laico' che vede unite diverse componenti del mondo della scuola, organizzazioni di genitori, intellettuali, semplici cittadini, interessati a assicurare la neutralità della scuola e dell'insegnamento. Cfr. Giovanni Cimbalo, *Scuola pubblica e istruzione religiosa: il concordato tradito*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2004, 1, p. 145.

[22] In dottrina lo segnala Erminia Camassa, *Il modello italiano di insegnamento della religione: tra evoluzione e questioni aperte*, in Recte Sapere. *Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2014, p. 755.

particolare, l'insegnamento della religione, declinato ed organizzato secondo le rispettive tradizioni confessionali, è servito agli Stati europei per strutturare l'adesione della propria popolazione, ad iniziare dalle giovani generazioni, intorno ad un patrimonio di principi morali e civici di derivazione cristiana. Le autorità pubbliche hanno, così, utilizzato la proposta educativa della dottrina e dell'etica religiosa, riconoscendone il potenziale formativo sulle coscienze dei discenti e sui costumi popolari, per servirsi della funzione socialmente coesiva delle credenze di fede al fine di creare cittadini solidali intorno alle comuni virtù civiche.

Ben può dirsi che è stata posta in essere una vera e propria strategia che – pure al netto delle differenze di storia e di cultura a livello nazionale – ha operato sia nell'area nordeuropea di fede luterana ed anglicana (nei sistemi delle 'Chiese di Stato'), sia nei Paesi concordatari a maggioranza cattolica (con la sola eccezione del sistema laico e separatista francese), sia nelle realtà di religione ortodossa (nelle quali si può osservare una vera e propria identificazione strutturale tra apparati pubblici e Chiese autocefale). Una conclamata sinergia tra potestà pubbliche e religione civile che, superando il confronto con la razionalità scientifica dell'Ottocento e con le ideologie secolarizzanti del Novecento, rimane attuale nella grande maggioranza dei Paesi europei, che conservano nel loro sistema d'istruzione pubblica una forma d'insegnamento religioso.

Tuttavia, rispetto al passato, questa costante linea di tendenza, nell'epoca contemporanea, appare destinata a riproporsi nella logica di un mutamento delle finalità educative perseguite e dell'innovazione dei programmi culturali, conferendo all'istruzione religiosa una diversa configurazione giuridica e pedagogica. Negli ultimi decenni, come si è già accennato, la fisionomia delle società europee ha subito una significativa ridefinizione, esigendo, tra le diverse misure di *governance*, un cambiamento degli strumenti educativi, al fine di renderli coerenti con l'assetto multi-etnico e multi-religioso che contraddistingue i singoli contesti nazionali. Sotto questo profilo, si è chiaramente imposta la necessità che i sistemi formativi possano validamente promuovere i valori di una comune cittadinanza democratica nell'ambito di società sempre più plurali, abitate da diverse identità religiose, ciascuna delle quali rivendica un suo specifico sistema di verità e di principi non negoziabili. Ovvero, l'obiettivo ineludibile da perseguire appare essere quello della formazione dei futuri cittadini ad un condiviso *ethos* civile, conferendo ad essi gli strumenti per confrontarsi criticamente con i valori dell'etica religiosa, così da vivere in forma attiva, democratica e responsabile il diritto di libertà di fede o di convinzione non religiosa.

In questa logica, le politiche educative promosse in sede di Unione Euro-

pea e di Consiglio d'Europa, nel riproporre in una miriade di dichiarazioni di principio e di raccomandazioni il binomio 'religione e cittadinanza', sono fortemente caratterizzate dall'intento di promuovere l'integrazione in presenza di una pluralità di orientamenti spirituali e di indirizzi filosofici areligiosi. Nella specifica finalità di sostenere la tutela dei diritti fondamentali della persona, le istituzioni sovranazionali europee si sono proposte di intervenire anche nell'ambito specifico della scuola pubblica, coinvolgendo in modo diretto l'area dell'istruzione etico-religiosa, coniugata con l'educazione ai valori della cittadinanza[23].

La preoccupazione primaria è apparsa essere quella della salvaguardia della coesione sociale e della convivenza pacifica, stressate dal crescente pluralismo etnico-religioso, a mezzo di due linee d'azione complementari. Innanzitutto, la prevenzione dell'intolleranza, della discriminazione religiosa, dell'antisemitismo, dell'islamofobia, dell'oltranzismo comunitario, dimostrando l'infondatezza degli stereotipi e dei pregiudizi culturali alimentanti il settarismo e la diffidenza reciproca. Quindi, la promozione di una diversa consapevolezza dell'essere 'comunità civile', favorendo la comprensione della diversità religiosa, lo studio del fatto religioso dal punto di vista storico e culturale, l'educazione ai principi strutturali della democrazia e al rispetto della dignità umana di tutti i consociati.

Sulla base di questi indirizzi suggeriti dagli organi sovranazionali europei, si è assistito al materializzarsi di due linee di tendenza: da un lato, lo sdoganamento del monopolio della trasmissione del 'fatto religioso' dalla gestione esclusivamente confessionale, anche se le Chiese conservano il potere di concertazione con le pubbliche potestà; dall'altro, l'utilizzo del patrimonio etico e culturale della religione ai fini della integrazione sociale nell'attuale realtà di pluralismo avanzato. In sostanza, sembra verosimile ritenere che le tradizionali culture spirituali dell'Europa cristiana vengano, almeno in parte,

---

[23] Da decenni, ormai, il Consiglio d'Europa e le periodiche riunioni dei Ministri dell'Educazione dei Paesi dell'Unione Europea tentano, attraverso esplicite direttive e raccomandazioni, di orientare l'istruzione pubblica su obiettivi di tolleranza, di dialogo interculturale, di promozione delle libertà personali ed istituzionali, compresa ovviamente la libertà di religione. Gli obiettivi sottesi a questi sforzi, enunciati nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e nei testi costituzionali di Roma e di Lisbona, sono protagonisti di una congruente traduzione pedagogica nei curricula di studio dei sistemi educativi dell'intero continente. Così, si sono gettate le basi per la progettazione di uno spazio educativo europeo, con la finalità di favorire la cooperazione nel campo dell'istruzione per la promozione di un interessamento attivo alla costruzione dell'Europa e per fornire un valido contributo nell'individuazione di soluzioni pedagogiche, educative e culturali al disagio sociale e alla radicalizzazione politica. Si rinvia a Flavio Pajer, *Quando la scuola europea elabora cultura religiosa: tra ruolo identitario e educazione alla convivenza*, in Sandra Chistolini (a cura di), *Cittadinanza e convivenza civile nella scuola europea. Saggi in onore di Luciano Corradini*, Armando Editore, Roma, 2006, pp. 154-162.

liberate dalle strutture confessionali di pensiero nelle quali si erano formate, riproponendosi in sistemi di valori e di comportamenti sociali non aventi espliciti riferimenti spirituali, pur se riconoscenti al patrimonio di valori religiosi un fondamentale ruolo di costruzione dell'identità sociale. Le culture religiose di matrice confessionale, oggetto della pregressa identificazione in esse di intere Nazioni dell'Europa moderna, vengono tendenzialmente assunte come patrimonio simbolico ed etico condiviso della società contemporanea, non solo (e non tanto) in nome di un ideale religioso, ma soprattutto a favore degli obiettivi di convivenza, di solidarietà civica e di progresso dell'attuale processo di costruzione europea.

Una pur sintetica analisi delle modalità attraverso le quali i diversi sistemi nazionali stanno cercando di coniugare l'insegnamento religioso con l'educazione alla cittadinanza può ben dimostrare la realtà dell'evoluzione in atto.

Nei Paesi del Nord Europa, di tradizione protestantica e con formali sistemi di Chiesa di Stato, si è manifestata con molta facilità l'attitudine dei corsi di religione alla educazione dei valori fondamentali della cultura civica nazionale e della convivenza democratica. Infatti, in virtù della formazione degli insegnanti di religione in istituti teologici integrati nel sistema statale e della gestione dei programmi e dei corsi di cultura religiosa da parte delle pubbliche autorità, si è promossa con poche difficoltà la conoscenza delle radici storiche e dottrinali della tradizione cristiana di matrice luterana con la visione spirituale delle altre religioni e la veicolazione dei principi della cittadinanza liberale[24].

Nelle realtà nazionali contraddistinte da una tradizione confessionale mista (come la Germania, l'Olanda, il Belgio, la Svizzera e la Repubblica Ceca), la risalente presenza nell'offerta educativa pubblica di un insegnamento religioso gestito dalle Chiese non è stata di ostacolo alla successiva affermazione (prima in forma opzionale, poi obbligatoria) di un corso di 'Etica non confessionale', nel quale la promozione dei valori della cittadinanza e del rispetto dei diritti umani ha ottenuto un'attenzione prevalente[25]. Così, in questi Paesi sono

---

[24] Cfr. Flavio Pajer, *Educazione religiosa e cittadinanza. L'insegnamento scolastico della religione in Europa*, in *Centro Studi Religiosi della Fondazione Collegio San Carlo* (www.fondazionesancarlo.it/wp-content/uploads/2009/10/Pajer.pdf), 6 ottobre 2009, p. 8.

[25] Questa disciplina ha come scopo quello di assicurare le basi per una concezione della vita ispirata ai valori della dignità umana, la conoscenza delle tradizioni dell'etica filosofica e i rudimenti per la formazione del giudizio morale, nonché la conoscenza delle diverse religioni e visioni del mondo. Essa è destinata ad essere insegnata in forma non confessionale e religiosamente imparziale. In alcune realtà nazionali, questa novità didattica è stata molto contrastata sul piano giuridico e pedagogico dalle autorità cattoliche ed evangeliche e dai partiti di ispirazione cristiano-democratico, ma a tali proteste si è agevolmente obiettato come in diverse aree territoriali la grande maggioranza degli studenti non abbia alcuna appartenenza religiosa e sia cresciuta nel clima antireligioso del secondo dopoguerra.

operative due diverse modalità di educazione alla convivenza democratica: quella di marca confessionale, con la istituzione di un insegnamento religioso che – nel merito dei principi proposti – non trascura l'esigenza dell'educazione valoriale del *civis fidelis*; quella aconfessionale e laica, con la proposta di un corso obbligatorio alla formazione dei valori etici e civici, senza che essi vengano formulati in riferimento a fondamenti di matrice spirituale.

Nel vasto insieme dei Paesi latini, contraddistinti da una storica e forte presenza sociale della Chiesa cattolica, l'insegnamento confessionale, pur nella sua facoltatività variamente modulata, occupa una posizione privilegiata nelle scuole pubbliche[26], come la realtà italiana ben dimostra. Tuttavia, la natura opzionale dei corsi di religione è tale da impegnare le autorità statali ad offrire agli studenti che non intendano fruire di questa peculiare proposta didattica la frequenza di una materia alternativa, qualitativamente comparabile all'insegnamento confessionale. Ciò detto, la vera questione problematica, in ogni caso, non appare essere quella della garanzia di una educazione pubblica 'a doppio binario', in grado di rispondere, ad un tempo, alle esigenze formative degli studenti credenti, diversamente credenti e non credenti. Nei sistemi scolastici delle realtà nazionali a maggioranza cattolica, la conservazione dell'insegnamento religioso dovrà realisticamente misurarsi con l'eterogeneità e la varietà degli orientamenti fideistici socialmente operativi, stimolando i corsi monoconfessionali alla interazione con le diversità spirituali e al dialogo costruttivo con le altre convinzioni spirituali.

Infine, i Paesi legati alla religione ortodossa si caratterizzano per un'offerta educativa pubblica nella quale la frequenza dell'insegnamento della fede socialmente maggioritaria si presenta come obbligatoria con facoltà di esenzione. In questi sistemi educativi, il carattere marcatamente teologico e dottrinale dei corsi impartiti si lega, in modo singolare, alla contestuale proposta ai discenti dei diritti e doveri del cittadino-credente. Ciò in virtù dello stretto legame, di fatto e di diritto, esistente tra Chiesa ortodossa e Stato nazionale, che incoraggia una permanente commistione tra sfera civica e dimensione ec-

---

D'altra parte, si è fatto osservare come il corso di 'Etica non confessionale' non sia tale da impedire o da esimere le parrocchie, sia evangeliche che cattoliche, dal continuare la loro educazione catechistica in favore dei giovani studenti interessati a fruirne. Cfr. Mariachiara Giorda, *Educare alle religioni in un contesto multiculturale*, in Fausto Arici, Rosino Gabbiadini, Maria Teresa Moscato (a cura di), *La risorsa religione e i suoi dinamismi. Studi multidisciplinari in dialogo*, Franco Angeli, Milano, 2014, pp. 371-373.

[26] Rita Benigni, *L'educazione religiosa nella scuola pubblica. Il modello concordatario-pattizio nei Paesi latini europei*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 22 ottobre 2012, 31/2012, p. 6, fa riferimento ad una 'specialità strutturale' data dall'obbligo statale di attivazione o dalla fruizione del finanziamento pubblico, giustificandola come l'esito della valenza storico-culturale ed identitaria della tradizione cattolica dei Paesi concordatari.

clesiale, tra potestà pubbliche ed entità privato-religiose[27]. Di conseguenza, la proposizione dei valori spirituali viene a realizzarsi sulla base di motivazioni d'ordine nazionalistico ed etnico, con l'utilizzo dell'insegnamento di religione nella scuola pubblica a fini strumentali (quali la riaffermazione della presunta supremazia nazionale o la spinta al patriottismo popolare di matrice politica), ben lontani da quelli che dovrebbero essere perseguiti nella logica di una proposta didattica erogata a mezzo del sistema educativo statale.

Ora, dalla sommaria analisi dei modelli nazionali d'istruzione religiosa fin qui condotta, possono trarsi delle linee evolutive comuni ai corsi etico-spirituali attualmente in essere nello spazio europeo. Innanzitutto, può dirsi che il passaggio da un insegnamento in funzione pastorale o catechistico a un insegnamento in chiave culturale è praticamente avvenuto nella generalità dei Paesi del vecchio continente[28], se si eccettuano alcune realtà nazionali dell'Est europeo, dove le leggi generali sulla libertà religiosa e le intese Stato-Chiese sono troppo recenti per aver dato il tempo sufficiente alla realizzazione di modelli pienamente scolastici di istruzione religiosa. Quindi, si osserva come la revisione dei Concordati in Italia, Spagna e Portogallo, pur mantenendo il vin-

---

[27] Le ragioni di queste scelte risiedono nel fatto che ci troviamo di fronte a Stati ancora deboli, che hanno bisogno del sostegno delle confessioni e del consenso che i fedeli possono conferire a chi si fa carico di sostenere alcuni interessi e garantire la conservazione di valori tradizionali ed identitari. In questo quadro, con un percorso più o meno travagliato, si è avuta in quasi tutte le realtà nazionali dell'Europa dell'Est l'approvazione di una legge in materia di libertà religiosa nella quale si è assicurato e garantito il ripristino della libertà religiosa individuale e collettiva, si è riconosciuto lo spazio pubblico delle religioni e, nella maggioranza dei casi, si è provveduto alla restituzione (parziale o pressoché totale) dei beni ecclesiastici (oppure si è provveduto ad indennizzare, in tutto o in parte, le confessioni religiose degli espropri subiti). Si sono, quindi, ricreate quelle condizioni materiali che in passato hanno permesso alle confessioni religiose di svolgere un ruolo attivo e significativo nella società civile. Inoltre, negli Stati a maggioranza religiosa ortodossa, i pubblici poteri, una volta prodotte le condizioni per il ripristino degli assetti democratici, hanno cercato ed ottenuto l'aiuto ed il sostegno delle confessioni religiose in cambio del loro coinvolgimento istituzionale, soprattutto nelle strutture e attività d'inclusione sociale. In tal modo, si è creato un tessuto connettivo di interessi e di relazioni che sostiene ovunque la presenza diffusa nella società di un culto e di una pratica religiosa, a cui le potestà statali hanno riservato una condizione di privilegio rispetto a quella di altre esperienze di fede (pur fruitrici delle essenziali garanzie di libertà). Cfr. Giovanni Cimbalo, *Religione e diritti umani nelle società in transizione dell'Est Europa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, febbraio 2009, pp. 1 e ss.

[28] Jean-Paul Willaime, *Y a-t-il une européanisation de l'enseignement relatif à la religion?*, in Jacqueline Lalouette, Xavier Boniface, Jean-François Chanet, melda Elliott (a cura di), *Les religions à l'école: Europe et Amérique du Nord (XIX- XXIe siècles)*, Letouzey et Ané, Parigi, 2011, pp. 299-312, osserva come vi sia stata un'evoluzione dell'insegnamento confessionale della religione in educazione spirituale non strettamente confessionale. Pur risultando presente in diverse realtà nazionali nella sua forma tradizionale, si assisterebbe ad una tendenziale deconfessionalizzazione dell'istruzione religiosa pubblica, per una pluralità di motivazioni: la tendenza alla secolarizzazione delle società e degli apparati istituzionali, l'affermazione delle istanze ateistiche, la crescente incultura religiosa, la presenza di forti minoranze musulmane, i timori per le derive settarie, la volontà delle pubbliche istituzioni e dell'associazionismo sociale di contrastare le tendenze antisemite ed islamofobe.

colo della confessionalità materiale dell'insegnamento, abbia prodotto il positivo risultato dell'attenuazione della pregressa confessionalità formale delle attività didattiche impartite. Anche nei Paesi dove l'insegnamento religioso è curricolare, e connotato secondo le varie confessioni socialmente maggioritarie (Germania, Belgio, Olanda), la vera ragione d'essere di tali corsi non è più quella originaria, legata alla appartenenza dell'alunno-battezzato a una determinata comunità religiosa, ma al fatto che l'alunno-cittadino, credente o meno, fruisce del diritto di essere correttamente informato sul patrimonio fideistico generalmente considerato, e non è direttamente iniziato alla fede. Così, nell'area settentrionale anglicana e luterana, i corsi religiosi, obbligatori per legge, hanno tutti un carattere pienamente culturale e spesso interreligioso, evidenziando la tendenza (in atto in quasi tutti i Paesi europei) alla centratura 'antropologica' dell'istruzione religiosa, invocata come possibile e necessaria base complementare ai programmi di educazione ai valori della cittadinanza democratica[29].

4. *Conclusioni*

Il crescente pluralismo ideale e spirituale (proprio di una società multietnica, com'è già ora quella europea e - sia pure in misura più ridotta - anche quella italiana contemporanea) e l'emersione di nuove linee di tendenza a livello interno e sovranazionale europeo sembrano suggerire un necessario ripensamento del modello di insegnamento della religione nella scuola pubblica del nostro Paese. Sarebbe davvero auspicabile una differente fisionomia dell'educazione religiosa, con una sua caratterizzazione culturale e su base volontaria, così da contribuire al rafforzamento nelle giovani generazioni, anche in quelle immigrate, di una maggiore consapevolezza dell'identità nazionale ed europea e dei valori originari (sia laico-umanistici che spirituali) che la ispirano.

Sotto questo profilo, la proposta di introdurre un insegnamento (obbligatorio) laico di religione o di storia delle religioni, impartito da docenti nominati direttamente dall'autorità scolastica, che consenta a tutti gli alunni un approccio pluralista e neutro alla dimensione religiosa, deve ritenersi del tutto condivisibile. Questa ipotesi avrebbe il pregio di configurare l'insegnamento religioso come aconfessionale e aperto allo studio delle principali tradizioni spirituali, così da determinare il superamento di tutte le criticità derivanti dal-

[29] Come si è segnalato in precedenza, ciò con l'obiettivo dell'accentuazione di una sorta di 'religione civile', avvalendosi dell'insegnamento di religione per recuperare gli elementi centrali della storia spirituale e culturale europea ai fini dell'avvicinamento dei giovani consociati alla convivenza democratica.

la natura confessionale dell'attuale modello, assicurando un approccio di tipo strettamente culturale al fenomeno religioso, che, depurato da una visione meramente identitaria, potrebbe realmente operare come una delle principali chiavi di comprensione della principali questioni politiche e sociali mondiali[30]. Una offerta educativa laica di questo tipo condurrebbe alla corretta interpretazione delle più diverse tradizioni religiose e dei loro contenuti dottrinali e morali, costituendo da deterrente all'esercizio di una azione socialmente divisiva ad opera di visioni faziose ed ideologizzate delle correnti spirituali eterodosse. Proprio questa funzione, peraltro, ben verrebbe svolta dalla scuola pubblica, chiamata alla composizione equilibrata delle esigenze educative evidenziate dalle famiglie con le finalità culturali delle istituzioni formative statali[31].

Purtroppo, quanto al contesto italiano, questo auspicabile intento riformistico non sembra essere praticabile a causa della collocazione della previsione normativa dell'insegnamento di religione cattolica all'interno della revisione

---

[30] In dottrina ne è persuaso Roberto Mazzola, *Attualità ed inattualità di un progetto educativo: l'insegnamento della religione cattolica nel sistema scolastico pubblico italiano*, in Antonino Mantineo, Domenico Bilotti, Stefano Montesano (a cura di), *Insegnamenti e insegnanti di religione nella scuola pubblica italiana*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 19-20, per il quale il confronto con gli assetti assunti a livello sovranazionale dalla formazione scolastica religiosa «(...) impone di domandarsi se pedagogicamente un progetto finalizzato alla educazione, al pluralismo e al dialogo interreligioso possa o non convivere ed essere veicolato attraverso un insegnamento confessionale; è possibile che un insegnante di religione cattolica, ma l'interrogativo vale per qualsiasi altro culto, per quanto preparato e aperto al confronto sul piano didattico e teologico, possa pensare di parlare a nome di tutte le altre fedi rimanendo all'interno della presentazione della confessione cristiana cattolica?». Infatti, il pluralismo culturale e religioso odierno determina un ripensamento degli spazi e dei contenuti dell'educazione religiosa (o, per meglio dire, interreligiosa), riproponendo la questione dell'autorità statale come soggetto responsabile dell'alfabetizzazione spirituale dei cittadini. Non potrebbe essere diversamente laddove si accetti l'idea che il sapere religioso costituisca un fattore decisivo per la formazione della nuova cittadinanza europea, impegnando i responsabili delle funzioni politiche ad attivare un confronto con gli interlocutori confessionali per una gestione statale diretta (anche se in una logica di collaborazione con le principali comunità di fede) di un insegnamento avente ad oggetto lo studio del fenomeno religioso.

[31] Gli interrogativi che attengono al ruolo della religione nell'istruzione pubblica potrebbero trovare una riposta soddisfacente nella misura in cui si giunga all'adozione di tre criteri direttivi nell'organizzazione dell'offerta educativa. Innanzitutto, la formazione pubblica dovrebbe caratterizzarsi per l'osservanza di un metodo obiettivo, critico e pluralista (così come suggerito dal Consiglio d'Europa e dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo), favorendo un approccio di neutralità e di imparzialità nella generale trama delle relazioni tra religione e scuola. Poi, si dovrebbe favorire una significativa presenza nel sistema educativo pubblico del maggior numero possibile di orientamenti confessionali e filosofici areligiosi, così da permettere ad insegnanti e studenti di entrare a contatto con la multiforme realtà della credenza, dell'agnosticismo, dell'indifferentismo religioso e dell'ateismo. Infine, in conseguenza a ciò, nell'istruzione pubblica non dovrebbe esserci spazio per l'esclusivismo religioso e per l'estromissione di credenze e non credenze sgradite alle autorità della confessione socialmente maggioritaria. Al riguardo Marco Ventura, *Religione e scuola: sviluppi nazionali e indirizzi europei*, in Antonino Mantineo, Domenico Bilotti, Stefano Montesano (a cura di), *Insegnamenti e insegnanti di religione nella scuola pubblica italiana*, cit., pp. 235-237.

concordataria, di cui alla citata legge n. 121 del 1985. Infatti, in virtù della disposizione contenuta nel comma II dell'art. 7 Cost., vincolante ogni modifica concordataria alla trattativa bilaterale con la Chiesa, si è resa più remota l'ipotesi di cambiamenti unilaterali del regime pattizio e, di conseguenza, degli impegni bilateralmente definiti in tema di insegnamento della religione[32]. La gestione dell'istruzione religiosa, se mantenuta ad oltranza nella logica del regime pattizio, non può che amplificare le difficoltà di inveramento delle istanze di pluralismo ideale nel momento in cui sono cambiate le condizioni culturali, istituzionali, giuridiche e teologiche che potevano giustificarne l'adozione nel passato[33]. Proprio il caso dell'insegnamento di religione esige che si prenda in seria considerazione l'ipotesi del superamento di regimi, come il Concordato e le intese, datati ed inadeguati ad affrontare le sfide giuridiche e sociali imposte dalla multiculturalità. Sarebbe opportuno che questo specifico problema scolastico venga affrontato in termini di neutralità e di equidistanza rispetto a qualsiasi orientamento ideale, conformemente alle inclinazioni proprie del contemporaneo ordinamento democratico e pluralista. Probabilmente, una chiara e sollecita approvazione di una legge generale sulla libertà religiosa potrebbe definire la cornice normativa entro cui armonizzare in modo coerente tutta la normativa specifica[34], compresa quella relativa all'istruzione

---

[32] Marco Parisi, *Insegnamento della religione cattolica nella società multiculturale e laicità dell'istruzione: note ricognitive sui principali aspetti problematici*, in *Dir. Eccl.*, 2008, 3-4, p. 440. Infatti, va ricordato che le convenzioni con le organizzazioni confessionali godono di una comune garanzia costituzionale, derivante per la Chiesa cattolica dal II° comma dell'art. 7 e per gli altri gruppi dal III comma dell'art. 8 Cost., per cui le loro norme non possono che essere modificate bilateralmente. Esse risultano essere rafforzate rispetto alle norme ordinarie a causa del procedimento atipico di formazione, implicante una forza di resistenza alle modificazioni che si vogliano apportare unilateralmente con legge successiva.

[33] Nicola Colaianni, *La lotta per la laicità. Stato e Chiesa nell'età dei diritti*, Cacucci, Bari, 2017, pp. 216-217, evidenzia il sostanziale fallimento della politica scolastica in materia di religioni inaugurata a mezzo del Concordato e delle intese. Infatti, questi accordi, anche se divergenti «(…) nelle soluzioni date al tema, erano accomunati da un peccato originale: quello di muoversi all'interno del ceppo giudaico-cristiano, di un mondo monoculturale, come era ritenuto quello europeo. L'irruzione di culture diverse, le domande di riconoscimento pubblico e di insegnamento di altre religioni, in particolare dell'Islam, il confronto fra culture non rientrano nell'orizzonte di questi patti: lo scenario dei possibili insegnamenti attinenti alle religioni è occupato interamente dal confronto interno al cristianesimo di diversa denominazione, senza apertura ad universi culturali 'altri': i quali, siccome non assimilati dalla maggioranza della popolazione, non concorrono a formare il patrimonio elementare di sapere trasmesso dalla scuola pubblica. Per rispondere a questi nuovi bisogni di una scuola coesa ma, e anzi proprio perché, pluralistica, a tendenza interculturale, non ci sono Concordati o intese che tengano, non ottiene la sufficienza un insegnamento confessionale che, per quanto aperto, lascia comunque fuori la maggior parte degli studenti non cristiani – che sono in gran parte musulmani e testimoni di Geova, ma ancor più non credenti o diversamente credenti o agnostici -, i quali, senza un'informazione critica sulle religioni, sono esposti al rischio dell'ignoranza, dell'indifferenza, del fanatismo».

[34] Una legge-quadro in materia di libertà religiosa dovrebbe avere lo scopo di reimpostare, nel rispetto dei nostri avanzatissimi principi costituzionali, un quadro normativo di settore, per inquadrare quello

religiosa obbligatoria nella scuola pubblica[35].

Tuttavia, allo stato attuale, non resta che auspicare la concreta attivazione di moduli didattici alternativi in grado di costituire una reale offerta formativa fruibile dagli studenti non avvalentisi, al fine di attenuare le criticità rappresentate dalla evidente posizione di privilegio goduta dalla Chiesa cattolica nella scuola pubblica italiana. Oltre a ciò, tuttavia, non sarebbe da trascurare l'ipotesi di momenti formativi finalizzati alla conoscenza del patrimonio di valori e di principi delle maggiori correnti spirituali mondiali da realizzarsi nell'offerta didattica già operativa. Nei programmi delle discipline generali (italiano, storia, filosofia, educazione artistica), la religione verrebbe proposta, nell'ampia gamma delle sue differenti manifestazioni e tradizioni, promuovendone la valenza culturale e formativa ai fini della promozione dell'ormai necessitato modello di convivenza aperto e pluralista. In questo senso, al di là dell'insegnamento curricolare di religione cattolica, l'educazione religiosa, offerta trasversalmente ai contenuti delle varie materie di studio, potrebbe realmente operare per la realizzazione di un disegno di cittadinanza laica, condivisa ed inclusiva, basata sull'accettazione e sul rispetto delle diversità culturali e religiose. Un approccio interculturale[36], inteso come attenzione al pluralismo

---

vigente, troppo legato a vecchi schemi istituzionali, non più corrispondenti all'attuale forma di Stato, nonché per adeguarlo alla nuova situazione istituzionale e sociale. Il riposizionamento delle norme costituzionali relative al fenomeno religioso e la legge generale sulle libertà religiose determinerebbero lo spostamento del baricentro del sistema dei diritti in materia religiosa sulla persona individuale e collettiva, superando la concezione, ereditata dal regime fascista, di centralità della Chiesa e dei soli 'culti ammessi', oggi elevati al rango di 'confessioni con intesa', marginalizzante o relativizzante il diritto civile di libertà religiosa delle persone. Una normazione di carattere generale, che definisca i diritti basilari di tutti i soggetti in materia religiosa, avendo una funzione di indirizzo e di attuazione costituzionale, avrebbe conseguenze indirette anche sulla legislazione vigente contrattata con le singole confessioni religiose, per le eventuali parti in cui tale disciplina legislativa contrattata stabilisse regole contrarie o di preferenza. Infatti, questo provvedimento legislativo, dettando regole chiare e fondate su di un'interpretazione condivisa del progetto costituzionale di disciplina del fenomeno religioso, riordinerebbe ed abrogherebbe le diverse norme contraddittorie o discriminatorie fin qui prodotte, così da eliminare ogni discriminazione fra confessioni dotate di accordo con lo Stato ed altri soggetti individuali e collettivi. In proposito Valerio Tozzi, *Necessità di una legge generale sulle libertà religiose*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, settembre 2010, pp. 1 e ss.

[35] In effetti, tra le diverse questioni, oggetto della disciplina normativa proposta dai disegni di legge finora presentati con l'obiettivo di varare una disciplina organica della libertà religiosa, una importanza non secondaria è conferita alla problematica dell'istruzione spirituale. Questo tema occupa l'attenzione di tutte le proposte di legge in campo, al fine di promuovere lo studio del fatto religioso anche in una prospettiva interconfessionale ed interreligiosa. Al riguardo si veda Marco Parisi, *La questione dell'insegnamento di religione nelle proposte di legge organica in materia di libertà religiosa*, in Valerio Tozzi, Gianfranco Macrì, Marco Parisi (a cura di), *Proposta di riflessione per l'emanazione di una legge generale sulle libertà religiose*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 265-288.

[36] Roberto Mazzola, *La convivenza delle regole. Diritto, sicurezza e organizzazioni religiose*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 206, ricorda come i principi della pedagogia interculturale siano stati sperimentati in diversi sistemi scolastici nazionali, sotto la spinta dei fenomeni migratori, influenzando anche i modelli

delle idee e ai differenti vissuti spirituali, al fine di evidenziare le differenze insieme alle possibili convergenze, e favorire la saldatura tra democrazia e relativismo etico come base per una dimensione comunitaria fondata sull'irrinunciabile primazia della persona umana e delle sue aspettative di libertà.

---

di educazione religiosa, sia quanto alle finalità educative perseguite (educazione alla cittadinanza, alla tolleranza e alla convivenza nel pluralismo), sia quanto ai contenuti veicolati (proposta del fattore religioso quale componente costitutiva di ogni cultura particolare), sia quanto alla didattica concreta (analisi comparata dei sistemi religiosi e dei sistemi etici).

I Patti per «accordo-quadro» di Villa Madama e l'art. 7, co.1 Cost. italiana. Nascita, affermazione e dilatazione planetaria di un modello giuridico concordatario[*]

Fabio Vecchi

1. *Introduzione*

A settant'anni dalla scrittura della Carta costituzionale italiana lo schema teorico esposto nell'art. 7 comma 1, improntato al riconoscimento dello Stato e della Chiesa quali attori principali operanti in un ordinamento giuridico a loro esterno e superiore[1], conserva intatta la sua validità. I riferimenti costituzionali intesi a descrivere il nesso tra «ordini indipendenti e sovrani» si sono dimostrati gli autentici cardini giuridici su cui fondare il necessario riconoscimento dell'originarietà dell'ordinamento della Chiesa. Questo schema impiegato dai Padri costituenti come postulato a base del rapporto Stato-Chiesa in Italia non solo ha sancito la pariordinazione giuridica soggettiva, ma anche l'opportunità dell'opzione pattizia concordataria di diritto esterno per regolare i reciproci rapporti in materia di *libertas Ecclesiae*[2]. Per altro verso, tale modello ha offerto il più sicuro contrafforte alle ventate abrogazioniste che, sin dalla fine dell'ultimo conflitto mondiale, soffiarono impetuose accompagnandosi all'ipotesi di separazione e palesandosi nel tempo, infine, un riferimento di valenza sovranazionale per un'opportuna impostazione di rapporti giuridici tra autorità supreme.

In questo scritto si vorrà rendere conto delle fortune occorse al nuovo mo-

---

[*] Scritto presentato per la relazione tenuta al Convegno su «*La Costituzione e la pluralità degli ordinamenti. Nel 70° della sua redazione*» (giovedì, 8 febbraio 2018), organizzato all'Università degli Studi di Roma «*La Sapienza*» nell'ambito del Dottorato di ricerca in Diritto pubblico, A.A. 2017-2018.

[1] Pietro Agostino D'Avack, «*Concordato ecclesiastico*», in *Enciclopedia del Diritto*, VIII, Giuffrè, Milano, 1961, p. 453.

[2] Gaetano Catalano, *Sovranità dello Stato e autonomia della Chiesa nella Costituzione repubblicana. (Contributo all'interpretazione sistematica dell'art.7 Cost.)* Giuffrè, Milano, 1968, p. 20.

dello giuridico pattizio sottoscritto da Agostino Casaroli e Bettino Craxi: un modello che si colloca certamente agli antipodi con il precedente Concordato mussoliniano del 1929, ma che, non per questo, può ritenersi immune da critiche di tipo funzionale[3].

Si può infatti affermare – stante il verificarsi nelle dinamiche concordatarie di un singolarissimo fenomeno giuridico di intensa esportazione di modelli concettuali verso altri ordinamenti – che l'affermazione planetaria dello strumento concordatario (quale indicato dall'art. 7, co.1 Cost. italiana come fonte primaria dei rapporti tra ordinamenti giuridici), si sia compiuta nelle forme tipologiche pattizie assunte negli Accordi di Revisione di Villa Madama del 18 febbraio 1984, poi replicate nel corso degli ultimi trenta anni attraverso la stipula di un considerevole numero di Accordi concordatari.

Non è infatti contestabile il fatto che gli attuali concordati adottino schemi concettuali, architetture organizzative e persino supporti terminologici conformati a quelli impiegati negli Accordi di Villa Madama ed attinti alla fonte dell'art.7.1 della Cost. italiana. Sotto quest'ultima specifica notazione appare degno di rilievo il ricorso, ormai divenuto comune alla soverchiante maggioranza degli «accordi-quadro», dell'espressione metagiuridica di «ordine», per descrivere l'organizzazione potestativa ordinata tanto nella Chiesa che nello Stato[4]. È piuttosto anomala, infatti, l'avvenuta attrazione al proprio vocabolario tecnico da parte di legislatori pattizi appartenenti a contesti culturali anche molto distanti tra loro (e, talvolta, estranei ai regimi di impianto liberal-democratico) di un luogo semantico, quello di «ordine», che, oltre all'inusitata applicazione nel linguaggio giuridico[5], appartiene, ed è esso stesso, il frutto espressivo di un periodo storico nazionale contingente: un contesto in cui la tensione verso un punto di contatto concordatario tra Stato italiano e Chiesa cattolica[6] accusava i prolungati condizionamenti risorgimentali della «Que-

---

[3] Mario Tedeschi, *Attualità e caducità del Concordato*, in QDPE, 2004/1, Il Mulino, Bologna, spec. p. 74, con ulteriori richiami d'approfondimento alle note 4 e 5.

[4] È infatti assai raro ravvisare deroghe a tale terminologia divenuta patrimonio comune del vocabolario pattizio. L'accordo-quadro con il Ciad (2013), ad es., vi sostituisce l'espressione «*domaine*» volta a corroborare il rapporto tra due soggetti «souverains, indépendents et autonomes»; mentre solamente il concordato mozambicano (2011) e andorrano (2008) ne tacciono.

[5] Gaetano Catalano, *Sovranità dello Stato e autonomia della Chiesa* cit., p. 15.

[6] È interessante rammentare la posizione abbracciata da Francesco Orestano il quale, censore convinto di un'applicazione generalizzata del principio separatista nella regolamentazione dei rapporti tra Stato e Chiesa, scrivendo durante la *debellatio pontificia*, invocava il ritorno alla pratica concordataria: egli sosteneva che, proprio in rispetto della sovranità formale, quale requisito connaturale alle due «potestà», (non si fa menzione né di «ordine» né di «ordinamenti»), tale pratica si rivelasse «(...) la più consentanea ai due diritti». Cfr. Francesco Orestano, *Lo Stato e la Chiesa in Italia*, Roma, Optima, 1924, p. 42.

stione romana»[7], risentendo in profondità dell'esigenza di chiarezza giuridica, soprattutto in considerazione del fatto che la fortuna della formula pattizia riposava sulla non equivocità dei limiti (di sovranità ed indipendenza) da tracciare reciprocamente tra le Parti.

In queste pagine si vorrà tralasciare il tema dei principi reggenti tali speciali rapporti bilaterali tra enti supremi e, con essi, la questione, ampiamente dissodata in dottrina, dell'ordinamento giuridico – se sia un diritto internazionale speciale, funzionale alla singolarità del suo oggetto (la libertà religiosa) o, al contrario, uno specifico ordinamento «terzo» ossia «concordatario», in ossequio alla teoria della pluralità degli ordinamenti elaborata da Santi Romano[8] – entro cui ricondurre lo strumento pattizio.

La piega assunta dalle relazioni internazionali rende altrettanto superfluo soffermarsi sulla constatazione della feconda ed ininterrotta stagione di fioritura dei Concordati, a smentita dei più cupi vaticini circa un loro definitivo tramonto[9]. Sviluppando le riflessioni di Gaetano Catalano si può chiosare, con un sufficiente margine di sicurezza confortato dall'esperienza storica successiva, che i Concordati si confermano per la loro natura di specialissimo strumento giuridico-diplomatico ad esclusiva propensione bilaterale[10] e ad alta vocazione «universale», con la specificità di fondere insieme elementi di diritto internazionale (i principi grozianì *iuris gentium*) e di diritto sovranazionale (i principi concordatari enunciati dal *Codex Iuris Canonici*, dagli orientamenti magisteriali e conciliari) e, in pari tempo, in grado di smentire

---

[7] Mario Tedeschi, *Cavour e la Questione romana*, Giuffrè, Milano, 1978.

[8] Santi Romano, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, S.E.U., Pisa, 1922, pp. 167 ss.

[9] La fine della cd. «età costantiniana» era ricondotta a due fattori erroneamente ritenuti coesistenti ai concordati e legati al regime civile vigente, in un rapporto funzionale (*simul stabunt simul cadent*). Di ciò erano fortemente convinti Lorenzo Spinelli, *La Chiesa e la libertà religiosa*, in Aa.Vv., *La Chiesa dopo il Concilio. Atti del Congresso Internazionale di diritto canonico*, I, Roma, 14-15 gennaio 1970, Giuffrè, Milano, 1972, pp. 289 ss. e Pietro Agostino D'Avack, *La Chiesa e lo Stato nella nuova impostazione conciliare*, in *idem*, pp. 349 ss. Vedi anche Romeo Astorri, *Gli accordi concordatari durante il pontificato di Giovanni Paolo II. Verso un nuovo modello?*, in *QDPE*, Il Mulino, Bologna, 1999/1, p. 24.
Tanto l'idea dell'incompatibilità dei concordati con l'affermazione dei regimi costituzionali separatisti, tanto quanto quella secondo cui detti accordi sussistessero con un ruolo di sudditanza verso i regimi autoritari, sono state ampiamente sconfessate dalla storia e possono solo ricondursi ad una ben circoscritta stagione dei plurisecolari rapporti interpotestatici. Sul punto, Anna Talamanca, *Le nomine episcopali nei concordati post-conciliari*, in *QDPE*, Il Mulino, Bologna, 1999/1, p.103. Gaetano Catalano osserva, tra l'altro, che, a fronte della «stasi pattizia (...) pressoché completa durante il pontificato di Benedetto XV» non può che esprimersi un «complessivo giudizio positivo» circa l'attività concordataria svolta da Pio XII, Paolo VI e Giovanni Paolo II. Cfr. Gaetano Catalano, *I Concordati tra storia e diritto,* Rubbettino, Soveria Mannelli,1992, p. 10 e ancora, pp. 23 ss.

[10] Mario Tedeschi, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Torino, 2010[5], p. 83.

qualsiasi teorica che ne anticipi il fluido divenire[11].

Si vorrà, invece, concentrare l'attenzione sullo strumento formale in sé considerato, nella sua struttura di involucro normativo esterno di principi giuridicamente cogenti. Gli Accordi di Villa Madama, infatti, nel promuovere un nuovo modello pattizio formale – l'«accordo-quadro» – hanno confermato la coesistente necessaria duplice (o forse, meglio, plurima) natura, giuridica e politica, connotante lo strumento concordatario astrattamente inteso. Questo modello tipologico, innovativo e sostitutivo del solenne, paludato e rigido Concordato giurisdizionalista imperante nella temperie dittatoriale degli anni '20-'40 del Secolo breve[12], si è imposto su altre formule organizzative pattizie, ma avrebbe dovuto preliminarmente superare indenne la prova di resistenza dell'art.7 Cost. e la «de-cristallizzazione» del modello giuridico pattizio in esso contenuto[13].

Il revisionismo pattizio, insomma, sosteneva il peso originario di un lungo travaglio politico[14] che aveva già posto a repentaglio le basi garantiste della «pace religiosa» in Italia, e che affidava le sue sorti alla lungimiranza di personalità provenienti da ambienti culturali e professionali di diversa estrazione[15].

---

[11] L'attuale proiezione «mondialista» dei concordati contraddice alle osservazioni espresse dalla passata dottrina, orientata a circoscriverli in prospettiva eurocentrica, nella logica di contrapposizione dei blocchi ideologici e militari entro cui si fronteggiarono per lunghi anni le Potenze americana e russa. Romeo Astorri, *Gli accordi concordatari durante il pontificato* cit., p.26. Una vistosa eccezione a questa modalità di affermazione concordataria è offerta dai Paesi a cultura anglosassone del *common law*, come opportunamente ricorda Silvio Ferrari, *I Concordati di Giovanni Paolo II*, in QDPE, Il Mulino, Bologna, 1999/1 cit., p. 173.

[12] Osserva il Catalano, che tra i concordati rattiani delle dittature, solamente i Patti lateranensi avevano avuto la forza di sopravvivere alle vicende della Seconda Guerra Mondiale. Così, Gaetano Catalano, *I Concordati tra storia e diritto* cit., p. 16.

[13] Alessandro Albisetti, *Il diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 3.

[14] Non va dimenticato, infatti, che l'intenzione della denuncia unilaterale dei Patti Lateranensi percorse trasversalmente i più vari settori della compagine politica, sin dal 1943. La volontà di conservare la *pax religiosa* fu un provvidenziale fattore coesivo nell'Italia cattolica del secondo dopo-guerra, ma altrettanto significative si rivelarono le iniziative di singoli uomini politici per il mantenimento dello *status quo*. Ci basti la visita di Enrico de Nicola a Pio XII, il 31 luglio 1946: un evento che travalicava di gran lunga il significato del puro atto di cortesia istituzionale, trattandosi della prima visita ufficiale di un Capo dello Stato repubblicano al Romano Pontefice. A quel preciso frangente temporale va anche ricondotto lo scambio di Note verbali (9-21 agosto 1946 e 31 dicembre 1946 – 26 novembre 1947) a conferma di alcuni «accordi di aggiornamento» degli artt. 20 e 12 del Concordato Lateranense: evento che si presta anche ad una lettura politica di favore alla conservazione dell'impianto pattizio. Sul punto, Gaetano Catalano, *I Concordati tra storia e diritto* cit., p. 17 e n. 23.

[15] Arturo Carlo Jemolo, *Per la pace religiosa d'Italia*, La nuova Italia, Firenze, 1944. L'ambasciatore italiano presso la Santa Sede, Gian Franco Pompei, fu tra i più convinti assertori di fronte a Paolo VI e all'allora cardinale Segretario di Stato Jean-Marie Villot, della validità di un rinnovamento pattizio promosso nella forma più duttile ed adattabile dell'«Accordo-quadro». Sulle vicende occorse e sul fallimento dell'ipotesi di revisione proposta dal Pompei, giungono puntuali informazioni dallo stesso,

Gettando uno sguardo più attento ai fatti della storia recente, va qui precisato tuttavia, che, ancora nel corso del 1976, in avvio di una fase di preparazione di diretti contatti tra gli interlocutori negoziali, le occasioni di confronto del pensiero giuridico elaboravano convincimenti tra loro anche distanti con l'unica consapevolezza della necessità di incidere e trasformare il modello pattizio, stante la certezza di operare nell'orizzonte della conservazione del regime concordatario. Non c'è dubbio, infatti, che il clima imperante negli anni Settanta riverberasse una sincera volontà riformista in larga parte trainata dai nuovi orientamenti della giurisprudenza Costituzionale. Le sentenze di quegli anni in materia ecclesiastica sono il chiaro segno di una raggiunta «razionalità» di logica giuridica, proseguita nel corso degli anni Ottanta, ed indice di una piena emancipazione dagli ingabbiamenti formalisti d'impostazione kelseniana che ne avevano condizionato la logica interpretativa negli due precedenti decenni[16].

Dopo una lunga fase di studio teorico, preventivo ai contatti diplomatici negoziali, cui Giovanni Leone aveva dato il via nel 1968 istituendo una apposita Commissione Governativa di studio, il progetto inteso a dar vita ad un nuovo modello pattizio brancolava ancora nel buio[17]. Non solo la tipologia negoziale per «accordo-quadro» poteva contare, ad eccezione di Guido Gonella[18], sul sostegno di pochi, ma anche tra quanti nell'ambiente politico salutavano con favore una nuova architettura giuridica degli accordi concordatari, sussistevano evidenti remore a percepirne le potenzialità[19]. Il giudizio favore-

---

in Gian Franco Pompei, *Un ambasciatore in Vaticano. Diario 1969-1977* (a cura di P. Scoppola), Il Mulino, Bologna, 1994.
In ambiente politico, nella nutrita schiera di esponenti politici della Democrazia Cristiana che si espressero in favore del modello di Accordo-quadro, oltre a Guido Gonella, va menzionato Benigno Zaccagnini. Lo storico Pietro Scoppola, da parte sua, si fece sostenitore di un'ulteriore ipotesi intesa all'azzeramento del Concordato del 1929, per una riformulazione dell'impianto normativo sulla base di un nuovo modello negoziale per intese.

[16] Alessandro Albisetti, *Il diritto ecclesiastico nella giurisprudenza* cit., pp. 13 ss. e pp. 29 ss. Si ricordi, tuttavia, che si deve alle decisioni della Corte Costituzionale degli anni 1957-1959 un primo importante segnale di cambiamento a favore del pluralismo confessionale. Così, Francesco Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico* (aggiornamento di A. Bettetini e G. Lo Castro), Zanichelli, Bologna, 2009[10], p. 57.

[17] Per una bibliografia tematica, si consulti Francesco Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico*, cit., p. 58 e note.

[18] La lettera che Guido Gonella spedisce a Giulio Andreotti, al tempo degli avvenimenti Presidente del Consiglio, il 25 novembre 1976 (a pochi giorni dalla chiusura della I Bozza, il 21 novembre) è di chiara eloquenza: vi si sottolinea l'importanza della novità sotto il profilo del metodo di costruzione del testo, per cui ciò che ne segue è «uno strumento nuovo, più organico e più sintetico, è più consono soprattutto in tema di libertà di coscienza». Si veda la Lettera finale ad Andreotti (25 novembre 1976), Fondo Gonella, b. 74, fasc, 65, serie 3.2.5, Archivio dell'Istituto Luigi Sturzo. Vedi anche Giuseppe Dalla Torre, *Andreotti, Gonella e la revisione del Concordato*, in *Civitas*, III, 1, 2006, pp.65-80.

[19] A questa conclusione pervengo nel confrontare quanto Andreotti afferma nelle pagine del quin-

vole manifestato anni più tardi, nel 1985, da Giulio Andreotti, quando ormai l'opzione concordataria si era tradotta in fatto compiuto, sembra più il frutto di un pratico esercizio di *realpolitik* a sostegno delle attese vaticane che non il risultato di una matura convinzione di principio, stante le aspettative ancora tutte da collaudare sul campo, circa le attitudini funzionali della nuova formula negoziale. Del resto, il clima di incertezza e di transitorietà imperante nella metà degli anni Settanta, condiziona anche le riflessioni di giuristi di chiara fama. In proposito, è rivelatore lo scambio di impressioni sull'ipotesi di un modello di «accordo-quadro» e sulla stessa ipotesi di una via abrogazionista del concordato che, nel 1974 (ancora in anticipo sull'avvio dei negoziati tra le Parti e la stesura della cd. I Bozza «Andreotti» nel 1976) animerà il dibattito tra Pietro Agostino d'Avack, Arturo Carlo Jemolo, Paolo Barile e Francesco Margiotta Broglio, l'ultimo dei quali, sembra essere l'unico ad aver maturato un progetto chiaro e coerente sul futuro modello concordatario per «accordo-quadro»[20].

---

dicinale politico «*Concretezza*» (del 1 dicembre 1976) dove, nel descrivere l'introduzione a sistema dell'impianto degli Accordi-quadro, paventa un futuro temibile «ingorgo di norme» confessionali. Il timore, neppure troppo celato alla base di questa posizione, è nel rischio di generare con lo strumento delle intese, norme secondarie sprovviste della generosa copertura dell'art.7 Cost.
Ancora nei discorsi parlamentari (6 dicembre 1978, seduta 343 a Presidenza Fanfani) Andreotti allude agli «Accordi-quadro», come strumento di snellimento materiale del *corpus* normativo concordatario: «Negli ultimi tempi si è preferito parlare dell'opportunità di un «accordo-quadro». Se per «accordo-quadro» si intende un accordo che comprende solo le norme essenziali, il progetto di revisione proposto è appunto un «accordo-quadro». I 43 articoli del testo del 1929 sono stati ridotti a 14 articoli». Cfr. *La revisione del Concordato nelle discussioni parlamentari* (a cura di A. Talamanca), CEDAM, Padova, 1988, p. 323.
Tale atteggiamento di retroguardia muta radicalmente una volta ottenuta la revisione pattizia. Negli spunti per un intervento ad un Convegno su «Il Concordato di Villa Madama» (Arezzo, 26 gennaio 1985) il Ministro degli Affari Esteri espone una totale rivalutazione degli Accordi-quadro, ad essi collegando il principio di non cristallizzazione della realtà storica e sociale del Paese e sottolineando, al contrario, il significativo ruolo assunto dalle Intese (ex art.13 degli Accordi di Revisione) e dalla nuova funzione normativa riconosciuta alla CEI. Il documento in fogli dattiloscritti è ora conservato nel Fondo Giulio Andreotti, presso il su menzionato Archivio di studi sturziani di Roma.

[20] Il confronto, trascritto in un documento dal titolo: «*La Revisione del Concordato dopo il referendum sul divorzio. Dibattito a quattro con d'Avack, Jemolo, Barile e Margiotta Broglio*» è riportato in appendice al volume di Giovanni Spadolini, *La questione del Concordato*, Le Monnier, Firenze, 1976, pp. 475-545. Le posizioni a confronto mettono in rilievo le divaricazioni di prospettiva: d'Avack sostiene «la funzione positiva nel nostro ordinamento» del regime concordatario in quanto strumento in grado di «supplire all'indeterminatezza di confini» nei rispettivi ordini di rapporti (equivalendo il patto ad una *actio finium regundorum*) istituendo una «netta e precisa demarcazione» agli antipodi con l'introduzione di un modello per Accordo-quadro (p. 491); Jemolo, nel disattendere totalmente le tesi sopra esposte (p. 494), lascia spazio al realismo storico commisto al suo pessimismo caratteriale, per cui, all'auspicabile scomparsa del sistema concordatario in favore di un separatismo, che tuttavia si rivelerebbe «una riforma velleitaria e prematura» e persino «pericolosa» (p. 493), sarebbe preferibile affidarsi al tempo e «lasciar cadere in oblìo molte sue disposizioni» (p. 498). Alla fatalistica soluzione jemoliana della spontanea caduta delle «foglie secche» dal fusto dei Patti Lateranensi aderisce in

Le vicende legate alla progressione dei negoziati, cadenzate dalla stesura pressoché annuale delle Bozze, tra il 1976 ed il 1983, sono ben note ed esaurientemente commentate in dottrina[21]. Le incertezze del pensiero giuridico si riversano su quegli elaborati lasciando maggior spazio di manovra al decisionismo politico di singole personalità sulla scelta del modello pattizio e sull'opportunità di giungere alle firme negoziali. Non è casuale che l'ipotesi di «Accordo-quadro» riemerga con forza, dopo un offuscamento di alcuni anni, nella cd. V Bozza bis, intesa a rettificare la precedente V Bozza del 1980, con l'ingresso del primo governo laico dell'Italia repubblicana, a guida Spadolini, nel 1982[22].

Lo sdoganamento del modello è ormai avvenuto. Si è infranta una volta per tutte la cristallizzazione della tipologia dell'*ancien régime* costantiniano, all'insegna di un dinamico spirito collaborativo da dilatare nello spazio e nel tempo. Un modello in cui i criteri di verticalità decisionale e di puntualità tem-

---

pieno, con un «appoggio vigoroso» (p. 527), Paolo Barile: meglio la conservazione, persino la riproposizione dei concordati come *actio finium regundorum* di fronte all'«impotenza della nostra società civile e politica ad agire» (p. 525). Le critiche di Barile, per converso, sono tutte dirette a smontare le tesi sostenute da Margiotta Broglio e la prospettazione di un Concordato-quadro, di cui prevede la «difficoltà (e) l'utopia» e la «inaccettabilità da parte della Chiesa (...) di una legislazione statale basata necessariamente su future intese con essa» (p. 527).
Quanto alla posizione di Margiotta Broglio, questi afferma chiaramente che: «La necessità di sciogliere il "nodo" del Concordato impone (...) la ricerca di una uscita politica della complessa situazione giuridica ed ecclesiastica. Uscita che potrebbe essere individuata nella stipulazione di un nuovo accordo con la S. Sede che abbia la forma e la sostanza di un "Concordato-quadro", di un protocollo, cioè, composto da pochissime, chiare norme generali e fondamentali che stabiliscano i rispettivi "ordini" nei quali lo Stato e la Chiesa sono, come li vuole la Costituzione, "indipendenti e sovrani" (...) rinviando per tutte le altre materie attualmente regolate dal Concordato e da alcune norme del Trattato, a leggi dello Stato frutto (...) dell'incontro sulle singole materie della sua volontà con quella della Chiesa cattolica (...) Un sistema di intese tra lo Stato e la Conferenza Episcopale Italiana potrebbe garantire un agile collegamento ed un rapido, efficace aggiornamento della legislazione ecclesiastica, senza che si debba ricorrere ai complessi procedimenti dell'accordo bilaterale tra Stato e Chiesa o della revisione costituzionale (...)» (pp. 518-519).

[21] Per tutti, Giuseppe Dalla Torre, *La revisione del Concordato lateranense. Una vicenda lunga quarant'anni*, in *Iustitia*, 57 (2004), Giuffrè, Roma, pp. 145 ss.

[22] È particolarmente eloquente quanto affermato nelle Considerazioni finali relative alla cd. «V Bozza bis» della «Relazione illustrativa sulla proposta di modificazione del Concordato», espresse dalla Commissione composta da Vincenzo Caianiello, Pio Ciprotti, Antonio Malintoppi e Francesco Margiotta Broglio: «La struttura dei rapporti tra Stato e Chiesa che ne deriva, si configura come un sistema essenzialmente «direttivo» che vede le Parti d'accordo su una serie di principi fondamentali ai quali lo Stato potrà ispirare la propria legislazione per regolare i problemi di comune interesse. Tale legislazione in varie ipotesi – in ottemperanza al principio costituzionale della bilateralità del regolamento delle relazioni con le confessioni religiose interessate (ex artt. 7 e 8 Cost.) –, dovrà essere emanata sulla base di ulteriori intese sui singoli problemi, da stipularsi, a differenti livelli di competenza, tra autorità ecclesiastiche e autorità civili». Cfr. Giovanni Spadolini, *La questione romana. Dal Cardinal Gasparri alla revisione del Concordato*, Le Monnier, Firenze, 1997, Appendice: «La proposta di revisione del Concordato formulata durante il Governo Spadolini, febbraio – maggio 1982», pp. 305 ss. spec. p. 328.

porale del patto deflagrano e si polverizzano[23] in favore di un'elastica capacità di adeguamento dei negoziati *rebus sic stantibus*, alla realtà mutevole. La nuova impostazione, che assegna centralità al modello per «accordo-quadro», incassa la ratifica politica da Bettino Craxi, avvicendatosi nel 1983 alla guida del governo, in occasione della lettura di una Nota informativa al Parlamento sulla VI Bozza (del 23 gennaio 1984)[24]. Di lì a pochi giorni, il *leader* socialista ne scolpisce ulteriormente i contorni nel Discorso al Senato del 25-27 gennaio 1984[25].

Si materializzava, così, un fatto storico che pur non operando una formale modifica costituzionale «ebbe un livello di rilevanza costituzionale elevatissimo» perché non destinato ad esaurirsi episodicamente in una più complessa procedura d'ordine tecnico, ma perché diretto ancor più in profondità, nel tessuto connettivo della Costituzione. Da quel testo, infatti, quanti avevano creduto nella via riformista, riuscirono a conseguire il risultato più ambìto ed ipotetico: quello di «estrarre il principio concordatario dal Concordato del 1929» senza tuttavia pregiudicare l'assetto costituzionale fondante[26]: si dava luogo ad una novità nella continuità.

L'ordinamento giuridico italiano, rinnovandosi, conficcava nel terreno delle fonti un solido paletto d'arresto verso quelle teorie volte a pronosticare un imminente superamento del sistema unilaterale concordatario in vista dell'affermazione di regimi convenzionali normativi comuni di cooperazione[27].

La portata dell'evento è meglio circostanziata considerando che il consolidamento della *pax religiosa*[28] implicava una concordia tra due ordinamenti giuridici non sovrapponibili, ma accomunati dalla tensione verso un punto di incontro nel dialogo. Gli Accordi di Villa Madama segnavano il compiersi di un transito politico e culturale, non solo giuridico, che relativizzava il princi-

---

[23] Pietro Agostino D'Avack, *Rilievi preliminari sulla riforma del Concordato lateranense*, in *Studi per la Revisione del Concordato*, Padova, CEDAM, 1970, p. 10.

[24] L'importanza della Nota informativa è di ordine politico: questa iniziativa, infatti, aveva l'unico scopo di trasmettere all'emiciclo parlamentare i dati essenziali del percorso negoziale scelto, senza entrare nel merito dei contenuti. Tanto bastava, in ogni caso, per ufficializzare ciò che era, fino a quel momento, una pura elaborazione programmatica condivisa da uomini di legge e segreterie di Stato: la scelta del modello per Accordo-quadro.

[25] Bettino Craxi, *Discorso al Senato* (25-27 gennaio 1984), in *Un accordo di libertà*, cit., pp. 213-228.

[26] «La revisione concordataria del 1984 fu uno dei pochi episodi importanti della nostra vita repubblicana, attinente cioè alle fondamenta del sistema democratico». Sono le parole di Giuliano Amato, *Una grande riforma*, in *La grande riforma del Concordato* (a cura di G. Acquaviva), Marsilio, Venezia, 2006, p. 129 e pp. 132-133.

[27] Carlos Corrál Salvador, *Derecho internacional concordatario*, BAC, Madrid, 2009, pp. 69 ss.

[28] Massimo Fiore, *Le premesse della revisione del Concordato: dall'assemblea costituente al voto parlamentare del 5 ottobre 1967*, in *Studi per la Revisione del Concordato* cit., pp. 35 ss.

pio del necessario ed insolubile aggancio della pace religiosa al Concordato del 1929 e alla sua connotazione ideologica[29].

All'indomani del Concilio Vaticano II, le direttive del grande sinodo avrebbero imposto, non allo Stato ma alla Chiesa, il maggiore impegno per un'innovazione conseguente. Il dettame conciliare, infatti, prospettava per la Sede Apostolica una via concordataria che rivoluzionava il principio collaborativo sostituendo ai parametri autoritari di concorrenza e contrasto che ne erano alla base un metodo inteso al dialogo continuativo ed aperto su più livelli tra potestà supreme e su impensabili logiche di delega giuridica e di iniziativa negoziale. Tutto ciò, in costanza dei rispettivi fondamenti costitutivi dei due ordinamenti[30].

Alle ansie suscitate nel ceto politico e serpeggianti tra i Padri costituenti del rischio della cristallizzazione istituzionale si venne sostituendo un fenomeno di opposto segno, trasversale ai due ordinamenti e preannunziante una generale riforma[31]. Questo avrebbe preso forma in una «de-cristallizzazione» che, in diversa misura, sarebbe ricaduta tanto sull'art. 7 Cost. quanto sui vetusti portati di *ius publicum ecclesiasticum externum* e dell'ordine gerarchico, prestabilito, autoritario e verticistico delle supreme potestà, formalizzato nello schema rigido della *societas iuridice perfecta*. Venendo meno tale presupposto, il dialogo si sarebbe rigenerato, aprendosi da entrambe le Parti su vie nuove. La fluidificazione dei rapporti concordatari è, dunque, il risultato di una impostazione meno rigida dei rispettivi modelli e principi di riferimento,

---

[29] Massimo Fiore, *Le premesse della revisione* cit., p. 32.

[30] La differenza tra gli ordinamenti giuridici di Stato e Chiesa non sussiste sulla normatività degli stessi, ma nell'istituzionalità della Chiesa, risiedendo in questa sua dimensione il nucleo della sua radicale peculiarità rispetto agli ordinamenti giuridici statuali. Se soggetti di diritto, strutture organizzative, poteri e organizzazione ed esercizio degli stessi, fini e norme giuridiche, manifestano nei rispettivi «ordini» una comunanza formale, questa subisce una trasformazione naturale nel diritto ecclesiale in funzione del fondamento divino loro impresso ed infuso per volontà di Cristo e tale da sigillare la differenza ontologica nei paradigmi intercorrenti tra benessere materiale e *salus animarum*. Cfr. Lorenzo Spinelli, *Il diritto ecclesiastico dopo il Concilio Vaticano II*, Giuffrè, Milano, 1985², p. 86.

[31] È Luigi Sturzo ad individuare nella Costituzione lo strumento volto a superare il dualismo tra società legale e reale provocato dalla cristallizzazione delle istituzioni come forme giuridiche organizzate. Era infatti solida convinzione del pensatore cattolico siciliano che la Costituzione fosse lo strumento atto a garantire quella necessaria processualità storica della società. L'ordine giuridico, egli avvertiva, si realizza «in un moto costante verso la razionalità della sua concretizzazione giuridica». Il limite risiede nella diversa dinamicità della mobile coscienza collettiva e della sua lenta cristallizzazione. Luigi Sturzo, *La società, sua natura e leggi*, ATLAS, Bergamo, 1945, pp. 246-247. Vedi anche Maria Grazia Ambrosini, *Società reale e società legale nella Costituzione secondo Luigi Sturzo*, in Aa.Vv., *Luigi Sturzo e la Costituzione italiana (attuazione o revisione?)*, Atti del Convegno di studio organizzato dal Libero seminario sturziano di Palermo in collaborazione con la Società siciliana per la storia patria, Palermo, 3-4 dicembre 1982, (a cura di A. Di Giovanni – A. Palazzo), Massimo ed., Milano, 1983, pp. 119 e 121 ss.

insistente non tanto nei contenuti, ai quali ciascuna Parte è rimasta fedele, ma nella percezione delle strutture portanti. Prova ne sia l'intatta, non abrogata, né revisionata dizione letterale dell'art.7, co.1 Cost. La libertà religiosa attesa dalla Chiesa cattolica è la stessa, sebbene aggiornata e depurata dai gravami giurisdizionalisti e dal peso di dogmi giuridici arcaici finalmente depotenziati dall'azione della giurisprudenza costituzionale degli anni Settanta[32]. La *libertas Ecclesiae* è stata così riorganizzata attraverso un nuovo strumento concordatario agile ed efficace in grado di favorire la Sede Apostolica, posta a confronto diretto con i «nuovi Cesari» e le immateriali e transitorie «incarnazioni del potere»[33].

Nelle pagine che seguono si terrà conto del successo riscosso dal modello italiano per «accordo-quadro», venuto imponendosi, dopo un primo avvio in sordina, sulla ribalta della prassi negoziale apostolica internazionale in confronto al concorrente modello spagnolo per «accordi paralleli».

Occorre, in ultimo, avvisare che pregi ed opportunità dello strumento concordatario nel favorire un clima di dialogo e di cooperazione tra le Parti valgono a condizione che la Chiesa non subordini la sua primaria ed essenziale finalità statutaria, la *salus animarum*, sacrificandola a vantaggio di una generica e fuorviante cooperazione sociale per il bene dell'uomo. Avvertimenti analoghi vanno indirizzati verso l'erronea equiparazione di concetti giuridici tra loro non commensurabili, – principalmente i diritti dell'uomo (articolati con al categoria dei diritti naturali[34]) –, nella vana ricerca di un'effimera *captatio benevolentiae* da parte delle potestà civili. Simile atteggiamento comporta, infatti, solo confusione concettuale ed un'invasione di campo con l'unico effetto di snaturare l'equilibrio virtuoso dei «due ordini» indipendenti e sovrani e produrre equivoci sui reali scopi delle reciproche differenti funzioni[35].

---

[32] Cfr. sent. Corte Cost. 30/1971 che «demitizzava» le potenzialità indefinite dell'art.7 Cost., in ragione del quale il Concordato è deprivato della «forza di negare i principi supremi dell'ordinamento costituzionale dello Stato». Ciò, in ossequio a quanto stabilito dalla medesima norma costituzionale circa la natura dei reciproci rapporti, ossia il riconoscimento per via costituzionale allo Stato e alla Chiesa Cattolica di una posizione reciproca di sovranità e indipendenza.

[33] Giuseppe Dalla Torre, *A venti anni dall'accordo di Villa Madama. Problemi ancora aperti e problemi nuovi*, in Aa. Vv., *Il Codice di diritto canonico e il nuovo Concordato vent'anni dopo*. Atti del Convegno "*Il Codice di Diritto Canonico e il nuovo Concordato vent'anni dopo*", Bologna, 29-30 ottobre 2004 (a cura di L. Iannaccone), Minerva, Bologna, 2006, p. 292.

[34] Sui parametri con cui il diritto canonico nel CIC 1984 intercetta l'idea dei diritti dell'uomo, si veda Javier Hervada, *Diritto costituzionale canonico*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 139 ss. Circa le significative differenze di contenuto dei diritti umani tra impostazione civilistica e canonica, cfr. Giuseppe Dalla Torre, *I diritti umani nell'ordinamento giuridico della Chiesa*, in Aa.Vv., *I diritti umani. Dottrina e prassi*, AVE, Roma, 1982, pp. 529 ss.

[35] Il plauso della dottrina post-conciliare sulla dilatazione tematica dei Concordati (con l'estensione *ratione materiae* tracciata da *Gaudium et Spes*, dalla garanzia dell'azione missionaria alle garanzie

Un'attività concordataria ridotta esclusivamente ad agire sociale – è questa una linea di tendenza che nel Concordato brasiliano del 2008 assume contorni precisi –, comporterebbe infatti il misconoscimento del senso ecclesiologico della *missio*, in cui il servizio è volto principalmente all'evangelizzazione, non riducendosi o, peggio, esaurendosi solo alla solidarietà sociale, con il fraintendimento dell'essenza più profonda della Chiesa e della sua opera, oltre che della natura dei Concordati.

2. *La «de-cristallizzazione» dell'art.7 della Costituzione italiana, tra il modello del 1929 e del 1984. Il Concilio Vaticano II e l'abiura del* ius publicum ecclesiasticum externum

Giuliano Amato ebbe modo di sottolineare quanto gli Accordi di Revisione del 1984 avessero comportato un'autentica «operazione culturale di grandissimo rilievo» nel contesto storico politico italiano[36]. L'intervento decontrattivo della giurisprudenza costituzionale dei primi anni Settanta poteva infatti incidere nei limiti degli spazi giuridici lasciando intatto il nodo politico della questione. Era quindi rimessa all'iniziativa politica la volontà di bonificare un terreno minato, la cui impegnativa normalizzazione dipendeva in buona misura dalla costituzionalizzazione dei Patti Lateranensi, formalizzata all'art.7 Cost.[37]

L'aggiornamento pattizio produsse un duplice effetto positivo: da un lato

---

di solidarismo egualitario sulla persona umana) non è stato seguito, in ordine ai Concordati, da una conseguente traduzione positiva nel *Codex* del 1983. Si veda Orio Giacchi, *Tradizione ed innovazione della Chiesa dopo il Concilio*, in *La Chiesa dopo il Concilio*. Atti del Congresso internazionale di diritto canonico, Roma, 14-19 gennaio 1970, I, Giuffrè, Milano, 1972, p. 50.

[36] Giuliano Amato, *Una grande riforma* cit., p. 133.

[37] Quanto la recezione di una fonte esterna nel quadro di una Costituzione dia luogo a situazioni di estrema delicatezza, è confermato dalla Cost. polacca (1977) il cui art.1 sanciva il principio dell'indipendenza ed autonomia tra Stato e Chiesa cattolica, poi ribadito nella nuova Cost. 1997 al cui art.25.4 afferma che: «i rapporti tra la Repubblica di Polonia e la Chiesa cattolica sono definiti con un Trattato concluso con la Santa Sede, e con le leggi». La costituzionalizzazione del principio concordatario si armonizza con una dichiarazione unilaterale del governo (15 aprile 1997) da intendere quale atto interpretativo del citato art.1 Cost. e da interpretare come rinuncia a rapporti di antagonismo con la Chiesa cattolica e a favore della reciproca cooperazione. Cfr. Giovanni Barberini, *I Concordati di Giovanni Paolo II in Europa centrale e orientale*, in *QDPE*, 1999/1, Il Mulino, Bologna, pp. 55 e 58-59. Rilievi circa le vicende interessanti il nesso tra Costituzione austriaca e Concordato (5 giugno 1933), si rinvia a Gaetano Catalano, *Problematica giuridica dei concordati*, Giuffrè, Milano,1963, p. 116, il quale A. osserva come «(...) la Costituzione federale recepiva nell'ordinamento austriaco le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, sicché il principio *pacta sunt servanda* acquisiva un valore immediatamente precettivo anche in relazione al Concordato». Vedi anche Amedeo Giannini, *I Concordati postbellici*, II, Vita e Pensiero, Milano, 1936, pp. 271 ss.

veniva disinnescata la «questione concordataria» attraverso la modernizzazione – e non l'abrogazione – del Concordato, a conferma di quella preferenziale via negoziale nel modello dei rapporti tra Chiesa e Stato; dall'altro, veniva a soluzione l'altrettanto dibattuta questione del possibile emendamento dell'art. 7, che avrebbe fatalmente condotto ad un più marcato laicismo dei rapporti dello Stato con le realtà confessionali[38].

Gli Accordi di Villa Madama diedero luogo ad una «de-cristallizzazione» dei due modelli e ciò, attraverso quel principio di collaborazione che avrebbe sottratto dalle riforme di tipo programmatorio il rischio della rigidità, se non, addirittura, il compimento di una manutenzione esteriore[39].

Gli Accordi di Villa Madama, insomma, confermarono implicitamente una caratteristica già propria della Costituzione repubblicana italiana: quella della sua naturale impostazione pluralista poggiante sul duplice principio dell'autonomia delle istituzioni e della bilateralità delle relazioni. Siffatto carattere, nel mutare dei modelli di rapporto tra Stato e Chiesa, avrebbe favorito la proposizione di tipologie di sistemi intese a coniugare la molteplicità delle istituzioni in coerenza con un atteggiamento di rifiuto di formule esclusiviste o monopoliste nell'amministrazione del potere[40].

È ben noto che le vicende che fecero da sfondo ai contatti diplomatici nella fase «negoziale» del lungo processo di revisione dei Patti, ebbero uno svolgimento molto articolato e lungo, dando luogo a quella inedita «parlamentarizzazione» dei negoziati[41], suggerita principalmente da esigenze pratiche di speditezza dei lavori. La delicatezza delle circostanze ebbe un osservatore accorto nell'allora Presidente del Consiglio, Giulio Andreotti, che favorì l'anomala prassi in cui il Parlamento assumeva un accentuato ruolo di centralità politica nello svolgimento dei negoziati[42]. Si riassumeva così la posizione politica andreottiana volta a teorizzare la predisposizione di una «procedura adeguata» alla specialità delle circostanze[43]. Quell'inedito dialogo tra legisla-

---

[38] Cesare Mirabelli, *Giurisprudenza costituzionale e riforma dei Patti lateranensi*, in *La grande riforma* cit., p. 74.

[39] Gennaro Acquaviva, *Vecchio e nuovo Concordato nella luce della politica nazionale*, in *Un accordo di libertà*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 1984, p. 7. Anche Andreotti nel menzionato convegno aretino del 1985 utilizza tale formula descrittiva della «de-cristallizzazione».

[40] Cesare Mirabelli, *Giurisprudenza costituzionale* cit., pp. 73-74.

[41] Carlo Cardia, *La riforma del concordato*, Einaudi, Torino, 1980, pp. 158 ss. La raccolta dei lavori parlamentari è condensata in Pio Ciprotti – Anna Talamanca, *La revisione del Concordato nelle discussioni parlamentari*, Vol. I, Camera dei Deputati, Roma, 1975.

[42] Francesco Margiotta-Broglio, *Dalla Questione romana al superamento dei Patti Lateranensi*, in *Un accordo di libertà* cit., p. 40.

[43] Francesco Margiotta-Broglio, *Ult. loc cit.*, pp. 43-44.

tore ed Esecutivo fotografava le inquietudini sociali del Paese e la necessità di contare, nello sviluppo dei negoziati, su un interlocutore, il Parlamento, che indirizzasse con il suo intervento contestuale la concretezza e la fattibilità delle riforme pattizie.

L'atmosfera istituzionale condensata sulla grande riforma concordataria, sviluppata tra il 1976 e il 1983 in sette bozze, avrebbe dato luogo ad un'inedita prassi fondata sull'osmosi di funzioni tra poteri istituzionali, la cui legittimazione attingeva a quelle esigenze pratiche ora accennate, non ultima quella di incentivare le procedure di ratifica tecnica dei negoziati. Quelle valutazioni di opportunità politica, in una singolare commistione tra rispetto della *pax religiosa* e dei precetti costituzionali – le stesse che rendevano possibili confusioni di ruoli tra Parlamento e Governo, al limite della plateale deroga dei principi aurei di triplice partizione dei poteri sovrani –, assecondavano l'anomalia di interventi, seppur accessori, di un ente istituzionale sull'altro. Il governo, che pure restava nelle dinamiche in atto il vero negoziatore, conservando inalterate le garanzie del suo ruolo politico, ammetteva, o meglio, sollecitava, il coinvolgimento del Parlamento che, nel suo compito di orientamento (indirizzo) e controllo, vedeva espandere le sue funzioni ad un impegno cooperativo, seppure di supporto e, comunque, condizionato nel suo intervento coadiuvante, dalle contingenze del momento[44].

Il corso degli eventi avrebbe poi confermato la giustezza della via revisionista del dettato costituzionale. Nella scelta opzionale (la conferma del modello pattizio) intesa ad aggiornare gli spazi d'azione della religione e della sua libertà confessionale, si giocava la scommessa sulla cancellazione storica di ogni riserva di natura integralista, ogni soffocante temporalismo[45]. Per certo, a trentacinque anni di distanza dalla firma degli accordi di Villa Madama, la storia arride al principio pattizio di bilateralità negoziale delegata verticalmente ai soggetti contraenti subordinati. Il nuovo schema negoziale che articola principi astratti di base e norme di attuazione per intesa forse non ha prodotto quantitativamente una normazione in linea con le aspettative nutrite dagli estensori[46], ma resta il segno di una più moderna concezione sulle moda-

---

[44] Francesco Margiotta-Broglio, *Ult. loc cit*., p. 50. Sono infatti le mutevoli esigenze di opportunità che suggeriscono ad Andreotti di sospendere, per le ultime quattro bozze, quella anomala prassi posta in essere per le prime tre, di presentazione formale al Parlamento. Si veda la «Nota informativa per i Capigruppo del Senato e della Camera» (23 gennaio 1984), riprodotta in *Un accordo di libertà*, cit., pp. 209-210.

[45] Gennaro Acquaviva, *Vecchio e nuovo Concordato* cit., p. 9.

[46] La via delle Intese, infatti, sembra essersi esaurita, dopo un incoraggiante avvio. Si pensi alle intese sulla scuola pubblica (1985) e l'intesa di modifica (1990); sull'assistenza spirituale del personale di Polizia (1990) e l'intesa di modifica (1999); sulla tutela dei beni culturali di interesse religioso (1996)

lità, gli ambiti e l'essenza della *libertas Ecclesiae*[47].

Sarà bene soffermarci ancora qualche istante sui «preliminari storici», poiché lo spirito di intrapresa innovatrice degli Accordi del Laterano coinvolse in pari tempo anche gli architravi della Chiesa post-conciliare. Gli anni del pontificato montiniano, infatti, ci mostrano quanto il fenomeno di «de-cristallizzazione» dei principi primi corresse parallelo, pur con diversi tempi di decantazione, nei due grandi ordinamenti posti a confronto: alla decontrazione dell'art.7 Cost., corrispose, infatti, un'analoga distensione dei contrafforti formali della Chiesa romana. Ciò sarebbe avvenuto con il transito dal poderoso modello concettuale e politico-organizzativo del *ius publicum ecclesiasticum externum*[48] verso gli schemi della *libertas Ecclesiae*[49], fondativi dell'attuale impostazione di apertura sui diritti umani, sul pluralismo religioso, e sulle paritarie – ma non parificanti – relazioni internazionali della Chiesa con gli Stati[50].

La Santa Sede non solo prendeva atto della *mutatio rerum* nei suoi rapporti col mondo, ma riempiva di nuovi contenuti gli antichi legami formali concordatari, impostandone la direzione di marcia su una concezione della libertà religiosa nella duplice dimensione, individuale ed associativa: da un lato, il teologico «popolo di Dio» confermava la propria natura di *populus fidelium* anche nella sua veste giuridico-concordataria; dall'altro, attraverso i dettami conciliari della *Lumen Gentium*, la Chiesa formulava un innovativo schema di pari-ordinazione tra potestà supreme, orientato ai principi di reciproca indipendenza e collaborazione[51].

---

e sulla tutela e conservazione degli archivi e biblioteche ecclesiastiche (2000). Salvatore Berlingò - Giuseppe Casuscelli, *Codice del diritto ecclesiastico* Giuffrè, Milano, 2009, passim.
Cfr. Giuseppe Dalla Torre, *A vent'anni dall'accordo di Villa Madama* cit., pp. 271-299, spec. pp. 283 ss.; Carlo Cardia, *Concordato, intese, laicità dello Stato. Bilancio di una riforma*, in QDPE 2004/1, Il Mulino, Bologna, pp. 23 ss. Un'altra novità pattizia mal tradotta nella successiva pratica concordataria italiana ha riguardato il ruolo di protagonismo della CEI, ridotto a ruoli di retrovia. Sul punto Alberto Melloni, *Il Concordato con l'Italia e gli ultimi vent'anni di rapporti Stato-Chiesa*, in QDPE, 2004/1, Il Mulino, Bologna, p. 10.

[47] Marco Ventura, *L'eredità di Villa Madama: un decalogo*, in *Recte Sapere. Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre,* Vol. II., Giappichelli, Torino, 2014, pp. 1268-1269, che ravvisa nella promozione della sussidiarietà orizzontale (di allargamento della base delle competenze) e verticale (di discesa operativa nel territorio), il fattore che ha attribuito al modello nuova dinamicità e flessibilità.

[48] Sulla rigorosa impostazione che dichiarava l'impossibilità di attribuire natura pattizia ai concordati, stante la prioritaria supremazia della Chiesa sullo Stato, Pietro Agostino d'Avack, *La natura giuridica dei concordati nel jus publicum ecclesiasticum*, in *Studi in onore di Francesco Scaduto*, Firenze, 1936, spec. pp. 168 ss.

[49] *Dignitatis Humanae*, n. 13; *Gaudium et Spes*, n. 76.

[50] Roland Minnerath, *La libertà religiosa tra norme costituzionali e norme concordatarie*, in *QDPE*, 1999/1, Il Mulino, Bologna, p. 87.

[51] Josè T. Martín De Agar, «*Concordato*», in *Diccionario General de Derecho Canónico-DGDC*, II (J.Otaduy - A.Viana - J.Sedano) Istituto Martín de Azpilcueta – Facoltà Dir. Canonico, Università di

A cogliere l'importanza storica del giro di boa intrapreso dalla navicella di Pietro fu la maggioranza dei giuristi ecclesiasticisti sia di radice laica che provenienti dalla curia pontificia. Tra gli altri, Gaetano Catalano, bollando con un definitivo quanto inappellabile giudizio di patente «anacronismo del *ius publicum ecclesiasticum*», ebbe a fondare, con la sua consueta chiarezza, le ragioni di maggior consistenza dogmatica in adesione alle novità istituzionali ed ecclesiologiche offerte del Concilio in materia concordataria[52]. Del resto, la Santa Sede si era ormai chiaramente uniformata ai tempi nuovi anticipando i più nell'ammettere l'antistoricità di una ostinata fedeltà ai dogmi neoscolastici, ormai insostenibili, della presunta autosufficienza ed assoluta supremazia della Chiesa sulle potestà temporali[53]. Certamente, dunque, il Concilio Vaticano II segna una svolta sul futuro dello strumento concordatario. La Segreteria di Stato vira radicalmente dai «patti di unione», più adatti ad imbastire relazioni con i regimi illiberali della prima metà del Novecento – ma proprio per tali ragioni sottoscritti per logiche di necessità –, ai «patti di libertà», permeabili alla cooperazione e concepibili solo tra soggetti dialoganti, in una costante predisposizione alla flessibilità di intenti, con l'unico «accorgimento» di essere «sovrani ed indipendenti ciascuno nel proprio ordine»[54].

La straordinaria alchimia congiunturale tra indicazioni conciliari e dettato dell'art. 7.1 Cost., secondo cui «Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani», dà luogo ad un evento rarissimo nella storia delle vicende istituzionali: si riversa -con un fenomeno che avrebbe meritato ben altra attenzione da parte della dottrina- nei Preamboli di tutti o quasi, i nuovi Concordati del post-concilio. È così che, a far capo da Concordato spagnolo del 1976, il tronco del *ius publicum ecclesiasticum* accusa sulla sua corteccia il primo colpo di scure[55].

Navarra, Thomson Reuters/Aranzadi ed., Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 433.

[52] Il Catalano ravvisava nelle innovative teorie «non confessionali» il pregio della maggior solidità «sul piano scientifico e dogmatico» in esse cogliendo freschezza scientifica e una miglior predisposizione alla flessibilità, giacché queste ammettevano: « (...) la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici; (...) una più ampia e complessa nozione di diritto internazionale; (...) la determinazione delle regole consuetudinariamente seguite dalla Santa Sede e dagli Stai in materia concordataria». Gaetano Catalano, *La natura giuridica dei concordati nella moderna dottrina*, in *I Concordati tra storia e diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 1992, p. 49.

[53] Gaetano Catalano, *La natura giuridica dei concordati* cit., p. 59.

[54] Francesco Margiotta-Broglio, *Dalla Questione romana* cit., p. 52.

[55] Gaetano Catalano, *La natura giuridica dei concordati* cit., p. 59. Occorre ricordare il debito dogmatico che il giurista laico ha nei confronti del magistero ecclesiastico per questo rinvio che ha sintesi nella formula leonina delle «due potestà» intese «ciascuna suprema nel suo ordine», poi confluite nell'art. 7, co.1 della Costituzione italiana (Leone XIII, Enc. *Immortale Dei*, 1 novembre 1885, in *A.A.S.*, 1885, p. 166) e per quello di comune accordo proposto nei Concordati, relativamente ai principi di ordine internazionale. Vedi Carlo Fantappiè, *Introduzione storica al diritto canonico*,

Occorre però qui puntualizzare l'unicità dell'esperienza concordataria italiana, nel senso che i caratteri tipologici rinvenibili negli Accordi del 1984, quegli stessi che si ritrovano negli attuali «accordi-quadro» negoziati dalla Santa Sede con gli Stati, rappresentano il risultato di un profondo dialogo democratico avvenuto tra personalità di sentire culturale ed estrazione politica diversi ma accomunate da un «*idem sentire*» pratico[56]. Insomma, a Villa Madama si compie un rinnovamento non solo giuridico, ma istituzionale, i cui caratteri innovativi fanno ritenere che la tipologia concordataria posta in essere (il cd. modello italiano) assurga a parametro di riferimento sovranazionale, suscettibile di replica generale ed astratta. Il processo di riforma si è tutto svolto compiutamente nel solco tracciato dal Costituente nell'art. 7, co.1, rendendo possibile una innovazione nella continuità. In altri termini, il dibattito politico avviato nella metà degli anni Settanta e l'azione del governo articolata congiuntamente alle valutazioni delle Commissioni di studio e alla diplomazia vaticana, si svolsero entro il tracciato dell'art.7 Cost. Non solo: in quel contesto storico, si vennero delineando i principali e peculiari caratteri della recente ed attuale tipologia di accordi concordatari («accordi-quadro») impiegati dalla Sede apostolica per formalizzare le garanzie confessionali nelle relazioni internazionali con gli Stati.

Infatti, in quel circoscritto contesto storico degli anni della revisione pattizia va ricordato: che la Santa Sede, in via di fatto, prese a coinvolgere la CEI nei negoziati, a questa sottoponendo le bozze pattizie nella redazione ultimativa del 1983[57]; che la fisionomia del nuovo modello concordatario per «accordo-quadro» che meglio sembrava aderire al dettato costituzionale volto ad intessere rapporti di relazione collaborativi, ma nel rispetto della reciproca condizione di indipendenza e sovranità, cominciò ad emergere nel corso del dibattito politico di quegli anni[58]; che, infine, la posizione assunta dal Governo dimostrò apertamente l'intenzione di ispirarsi nella ricomposizione dei rapporti tra le due potestà ai dettami conciliari, al punto da proclamare il rinvio contestuale al Concilio Vaticano II (nella Cost. *Gaudium et Spes*) e alla Costituzione italiana, in tali fonti supreme ravvisando sia il viatico dell'abrogazione del logoro principio di confessionalità dello Stato, sia i capisaldi della

---

Il Mulino, Bologna, 2003, p. 254. Ricorda Martín De Agar che il principio *pacta sunt servanda* e il principio della bilateralità degli impegni sono già presenti nelle dichiarazioni di tutti i Pontefici avvicendatisi sul trono di Pietro da Pio IX sino a Pio XII. Cfr. Josè T. Martín De Agar, *Passato e presente dei concordati*, in *Ius Ecclesiae*, 12 (2000), Giuffrè, Milano, p. 621, n. 26.

[56] Giuseppe Dalla Torre, *La "filosofia" di un Concordato*, in *QDPE*, 2004/1, pp. 81 ss.

[57] Giorgio Feliciani, *La Conferenza Episcopale come soggetto della politica ecclesiastica italiana*, in QDPE, 2004/1, Il Mulino, Bologna, pp. 249 ss.

[58] Francesco Margiotta-Broglio, *Dalla Questione romana* cit., pp. 50-51.

teoria della nuova *legislatio libertatis*, a fondamento degli Accordi di Villa Madama, sia, infine, il «criterio interpretativo dell'Accordo di modificazione, nel suo complesso»[59].

3. *I caratteri degli Accordi di Revisione di Villa Madama. I tre modelli pattizi e l'affermazione della tipologia negoziale italiana*

Questi, gli antefatti della riforma concordataria: vicende che sollecitano i giuristi ad indagini sul raffronto tra tradizione e modernità, in termini non solo sociologici, ma latamente culturali[60], oltre che, di ordine tecnico-giuridico[61].

Volendo ridurre all'essenziale i caratteri tipici ricorrenti e caratterizzanti – ma anche innovativi di un'antica prassi consuetudinaria – il modello pattizio italiano, per «accordo-quadro», si possono evidenziare[62]: 1.la menzione, solitamente espressa con un Preambolo, delle fonti costituenti primarie (per la Santa Sede, i principi del Concilio Vaticano II e le norme del *CIC*; per lo Stato, i principi sanciti dalla sua Costituzione)[63] su cui, per un verso, ognuna

---

[59] «Lo spirito nel quale si è mossa la riforma concordataria nella fase iniziata nel 1976 (...) è quello che si esprime in termine di libertà e di funzione di *legislatio libertatis* della legislazione pattizia, nel superamento di una concezione che si riconduceva essenzialmente alla mera garanzia da interventi autoritari dello Stato (...)», Così, *Bettino Craxi, Discorso al Senato (25-27 gennaio 1984)*, in *Un accordo di libertà*, cit., pp. 213-228, spec. pp. 224-226.

[60] Pietro Agostino D'Avack, *Un nuovo volto della Chiesa nella società italiana*, in «Il Tempo» (19 novembre 1976) e Id., *I rapporti tra Stato e Chiesa in Italia e la sorte del Concordato lateranense*, in Études *de droit et d'histoire*, *Mélanges Mgr. H. Wagnon*, Louvain, 1976, pp. 137 ss.; Ombretta Fumagalli Carulli, *Il nuovo accordo tra Italia e Santa Sede: profili di libertà*, in Aa.Vv., *Il nuovo accordo tra Italia e Santa Sede* (a cura di R. Coppola). Atti del Convegno Nazionale di Studio, Bari, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 113 ss. e Pasquale Colella, *Rilievi critici sulla revisione del Concordato lateranense*, *ibidem*, pp. 639 ss.

[61] L'idea di un testo concordatario volto alla correzione degli anacronistici precetti esposti nel Concordato lateranense poneva infatti il problema del «modo» e di quale fosse la struttura formale e organizzativa più adatta ai tempi nuovi. La prima ipotesi semplicemente «correttiva» del Concordato rattiano (corrispondente agli auspici coltivati da Guido Gonella) non sembrò sufficientemente resistente ad uno sforzo riformista incidente su materie tradizionalmente «forti», quali il matrimonio e la questione scolastica. Per le altre due ipotesi restanti (il Concordato-quadro e il Concordato per principi, ossia della integrale «novazione» del vecchio testo) sussisteva il timore nel legislatore riformista del sacrificio della copertura costituzionale offerta dall'art. 7 Cost. Gli interventi della giurisprudenza costituzionale del 1971 avrebbero fugato le ragioni di tali riserve, imprimendo una spinta a favore dell'Accordo-quadro. Cfr. Carlo Cardia, *La riforma del concordato* cit., pp. 171-173.

[62] Salvatore Berlingò - Giuseppe Casuscelli, *Codice del diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1990², pp. 111-123 (l. 25 marzo 1985, n.121, Ratifica ed esecuzione dell'Accordo, con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modificazioni al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929, tra la Repubblica italiana e la Santa Sede). Vedi anche Josè T. Martín De Agar, *Passato e presente dei concordati* cit., pp. 631 ss.

[63] Commentava con toni visibilmente enfatici che « (...) l'Accordo di villa Madama è il primo ad

delle Parti contraenti fonda il proprio *status* giuridico-negoziale, in tale *corpus* risolvendosi una rassicurante sfera di reciproca intangibilità[64] ulteriormente corroborata dal rinvio ai principi di diritto internazionale in materia di libertà religiosa[65] e, per altro verso, a questo speciale ombrello tecnico rinviando dinamicamente, in vista degli impegni da accogliere e del rispetto dei principi cui sottostare, i quali rappresentano la normativa di principio di riferimento, che viene reciprocamente riconosciuta; 2.il principio di collaborazione (o cooperazione)[66], finalizzato alla più generale (e tendenzialmente aconfessionale) promozione dell'uomo e per il bene del Paese, su cui si fonda la libertà istituzionale, di missione, propria della Chiesa cattolica; 3.il menzionato principio di collaborazione Stato-Chiesa inteso a scongiurare ogni equivoco o fraintendimento su ricadute giurisdizionaliste o degenerazioni privilegiarie[67], incorniciato nel contesto di una solida autonomia, nel rispetto del principio di reciproco riconoscimento dell'indipendenza e sovranità, ciascuno nel proprio ordine; 4.la strutturazione di un accordo unitario ed abbracciante in modo esauriente tutte le materie di comune interesse, sviluppato su un ridotto numero di articoli, con norme stilisticamente sintetiche[68],

---

adeguare il sistema concordatario ai principi del Concilio Vaticano II», Francesco Margiotta-Broglio, *Dalla Questione romana* cit., p. 57.

[64] È innovativo, infatti, il riconoscimento reciproco dell'esistenza di un ambito di competenze proprio a ciascuna Parte: riconoscimento che trova una rafforzata garanzia se incorniciato nel rinvio alle «carte fondamentali» (Costituzione e Concilio Vaticano II) di ciascuna. Occorre però rilevare che la menzione del Concilio Vaticano II è già ravvisabile nei Concordati argentino (1966), spagnolo (1976) e monegasco (1981). Sul punto, Pio Ciprotti, *Appunti per lo studio comparativo del Concordato*, in *Il nuovo concordato* cit., pp. 478 e 483, n. 15.

[65] Giovanni Barberini, *Il contributo della dottrina cattolica per l'elaborazione dei principi di diritto internazionale*, Pellegrini ed., Cosenza, 2012, pp. 53-75.

[66] Il principio di collaborazione, in termini dinamici, esprime ed integra il principio statico della bilateralità. In ogni caso, è applicazione di quel principio democratico su cui si imposta la novità del modello che diverge dal carattere di primazia e significato «totalizzante» proprio dei concordati «unitari» e monolitici (Germania, Italia, Spagna, Portogallo) della prima metà del Novecento. Cfr. Carlo Cardia, *La riforma del concordato* cit., pp. 70-71.

[67] L'Accordo di Villa Madama archivia la questione del privilegio delle nomine, residuo giurisdizionalista sopravvissuto ancora nei Concordati «totalitari» (Germania, Austria, Spagna) di cui il Concilio Vaticano II aveva invocato l'abrogazione ed ancora perdurante nei Concordati con la Spagna, Francia ed Haiti. Si veda Amedeo Giannini, *I Concordati postbellici*, cit., *passim*. Cfr. anche il Concordato con il Portogallo (18 maggio 2004), art.9.4: «A nomeação e remoção dos bispos são da exclusiva competencia da Santa Sé, que delas informa a República Portuguesa».

[68] Regola stilistica non sempre osservata, data la significativa estensione normativa dei testi del Concordato portoghese (2004), capoverdiano (2013), brasiliano (2008), burundese (2012), mozambicano (2011) e della Guinea Equatoriale (2012).
A rilevare l'ipertrofia normativa del nuovo Concordato italiano che, con i 14 articoli del testo di base e i due Protocolli addizionali del 18 febbraio e 15 novembre 1984 apportano rispettivamente altri 7 e 75 articoli, per un totale di 96, è Francesco Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico* cit., p. 61.

descriventi principi generali, direttivi, da promuovere attraverso l'impiego di accordi attuativi di secondo grado (intese); 5.il riconoscimento giuridico e del ruolo negoziale espresso dalla Conferenza Episcopale nazionale[69], deputata primariamente alla conduzione interlocutoria dei negoziati ed, infine, alla stesura dell'intesa[70].

L'articolato quadro pattizio qui esposto fa emergere il concorso di una terna di fonti concordatarie.

Gli Accordi di Villa Madama sancivano, infatti, annullando di fatto la plurisecolare monotipìa del modello negoziale concordatario[71], il consolidamento di tre varianti di modelli pattizi[72]. Di questi, quello «italiano» (o per «accordo-quadro») si affiancava alla formula sperimentata solo qualche anno prima in Spagna (1976) – anche in questo caso con lo scopo di soppiantare con un modello aggiornato, il rigido patto confessionale giurisdizionalista «unitario» stipulato da Franco nel 1953 – nella versione dei cd. «accordi paralleli»; a queste due tipologie si aggiungeva, infine, quella più consolidata, ma territorialmente circoscritta, dei cd. «Accordi regionali» tradizionalmente adottati dai *Länder* germanici della ex RDT (in questo caso espressione della volontà a decomporre antiche compagini territoriali, oltre che ad armonizzarsi[73], con il

---

[69] La dottrina ha osservato come l'ampliamento delle competenze e la valorizzazione del ruolo negoziale svolto dalle Conferenze Episcopali vada ben oltre le previsioni del CIC (can.455 §1, che circoscrive la delega dei poteri normativi delle Conferenze Episcopali, dietro *peculiare mandatum* della Santa Sede o per materie che ne contemplino l'ipotesi per legge), ma anche delle stesse indicazioni conciliari. Giorgio Feliciani, *Effetti nell'ordinamento canonico del nuovo Concordato e della legge 222*, in *La grande riforma* cit., p. 83. Sul significato del nuovo ruolo riconosciuto ai vescovi nazionali nella contribuzione alla costruzione di rapporti pattizi con la società civile, Mario Francesco Pompedda, *Responsabilità della Santa Sede e dei vescovi italiani dinanzi al mutato quadro normativo*, in Aa.Vv., *Il codice di diritto canonico e il nuovo Concordato vent'anni dopo* cit., pp. 231-246 e Giorgio Feliciani, *Il ruolo della Conferenza Episcopale Italiana nell'attuazione dei nuovi accordi*, *ibidem*, pp. 247-256. Va qui aggiunto che tale ruolo si è ancor più amplificato nella lettura comparata degli accordi concordatari, rispondendo a quella visione ecclesiologica di riordino del rapporto tra ministero petrino e collegialità episcopale oggetto delle cure di Giovanni Paolo II (Lett. Enc. *Ut Unum Sint*, 25 maggio 1995) e vigorosamente ripreso dal magistero di papa Bergoglio. Cfr. anche Josè T. Martín De Agar, «*Concordato*» cit., pp. 435-436.

[70] Giovanni Paolo II, Lett. Apost. *Apsotolos Suos*, n.15 (21 maggio 1998), aveva sottolineato la necessità del nuovo ruolo da assegnare alle Conferenze Episcopali, in quanto entità ecclesiali rappresentative «*ad intra*» e «*ad extra*», nei rapporti di cooperazione diretta con le pubbliche autorità delle singole nazioni. Per richiami normativi ed ecclesiologici, si veda Josè T. Martín De Agar, *Legislazione delle Conferenze Episcopali*, Milano 2009², pp. 3-26.
Che anche questa innovazione degli Accordi di Revisione del 1984 rappresenti una «importante evoluzione della tradizionale prassi concordataria» è evidenziato da Giorgio Feliciani, *Effetti nell'ordinamento canonico* cit., p. 90.

[71] Jean Gaudemet, *Laicità e concordato*, in *QDPE*, 1999/1, p. 134.

[72] Romeo Astorri, *Gli accordi concordatari durante il pontificato di Giovanni Paolo II*, cit., p. 27.

[73] La circostanza del consolidato rango riconosciuto nelle Costituzioni dei singoli *Länder* al «diritto

previgente modello pattizio monolitico-confessionista formalizzato nel Concordato hitleriano del 1933 e congiunto al Concordato prussiano del 14 giugno 1929), nella rispettosa osservanza del tradizionale diritto convenzionale (*Vertragstaatkirchenrecht*), dell'aggiornamento per sedimentazione di Concordati locali, di tipo tematico[74].

Il perimetro di indagine qui abbracciato impone di accantonare l'analisi del modello pattizio dei *Länder* (che si è in seguito contraddistinto per la singolare prassi di alternare accordi speciali a generali[75]), per concentrare l'attenzione sui due restanti.

Occorre avvertire che il modello spagnolo (per «accordi paralleli») ha registrato un discreto successo in fase di varo, essendo stato successivamente adottato per gli accordi stipulati con la Croazia[76], Malta[77] ed

---

convenzionale» dà luogo ad un problema di gerarchie tra le fonti concordatarie, stante la coesistenza dei nuovi accordi regionali, con i menzionati Concordati storici del Terzo Reich e prussiano. Cfr. Romeo Astorri, *Ult. loc. cit.*, pp. 33-34.

[74] Riguardo ai quattro Concordati regionali con i *Länder* tedesco-orientali aventi ad oggetto il riordino delle giurisdizioni: Stato Libero di Turingia, Accordo sull'erezione della diocesi di Erfurt (14 giugno 1994); Brandeburgo e Stato Libero di Sassonia, Accordo sull'erezione della diocesi di Görlitz (4 maggio 1994); Sassonia-Hanalt, Accordo sull'erezione della diocesi di Magdeburgo (13 aprile 1994); Città Libera e Anseatica di Amburgo Meclemburgo-Pomerania Anteriore e Schleswig-Holstein, Accordo sull'erezione dell'Arcidiocesi e la Provincia ecclesiastica di Amburgo (22 settembre 1994), si veda Alexander Hollerbach, *Concordati e Accordi concordatari in Germania sotto il pontificato di Giovanni Paolo II*, in *QDPE*, 1999/1, p. 79. Sulle peculiarità di quest'ultimo accordo l'A. rileva come, a differenza degli altri, emerga l'accoglimento di una concezione nuova del principio di cooperazione Stato-Chiesa, entrambe le Parti dichiarandosi: «consapevoli dell'indipendenza di Stato e Chiesa nel reciproco rispetto del proprio diritto di autodeterminazione e disposte alla collaborazione». Vedi anche José T. Martín De Agar, *Raccolta di concordati, 1950-1999*, LEV, CdV, 2000, pp. 380-410.

[75] Si noti, infatti, la tendenza nei successivi patti a conformarsi al modello unitario (italiano). Firmano Accordi generali: i *Länd* Brandeburgo (12 novembre 2003); Brema (21 novembre 2003); Amburgo (29 novembre 2005); Schleswig-Holstein (12 gennaio 2009). Va inoltre rilevato che il *Länd* Reno-Westfalia, firmatario di un Accordo generale (23 marzo 1984) ha poi stipulato un Accordo speciale (25 marzo 2014).

[76] Croazia: Accordo su questioni giuridiche; Accordo per la collaborazione in campo educativo e culturale; Accordo per l'assistenza religiosa ai fedeli nelle Forze Armate e nella Polizia (firmati il 19 dicembre 1996) e un Accordo su questioni economiche (firmato il 9 ottobre 1998). Cfr. Giovanni Barberini, *I Concordati di Giovanni Paolo II* cit., pp. 64 ss. e José T. Martín De Agar, *Raccolta di concordati, 1950-1999* cit., pp. 176 ss.

[77] Malta: Convenzione sulle scuole cattoliche e sui beni temporali della Chiesa (28 novembre 1991); Convenzione sugli effetti civili del matrimonio canonico e Protocollo aggiuntivo (3 febbraio 1993). Cfr. José T. Martín De Agar, *Raccolta di concordati, 1950-1999* cit., pp. 633 ss. e 657 ss. Osservo che la dottrina, ingiustificatamente, non considera il progressivo sviluppo convenzionale maltese nella sua interezza, sottovalutando il *corpus* normativo pattizio che, sulla base di questo modello, è venuto stratificandosi nell'arco di oltre un trentennio. A conforto di tale rilievo, si veda il corposo apparato pattizio maltese: Accordo sulla scuola cattolica (27 aprile 1985); Intesa temporanea per il funzionamento delle scuole cattoliche (31 luglio 1986); Accordo sull'incorporazione della Facoltà teologica nell'Università di Malta (26 settembre 1988) con Protocollo aggiuntivo (26 gennaio 1995); Accordo sull'istruzione ed educazione religiosa cattolica nelle scuole statali (16 novembre 1989); Convenzione

Ungheria[78] oltre che con San Marino[79] e con la repubblica di Lituania[80] anche se, in quest'ultimo caso, sembra essere stata accolta dalle Parti contraenti un'inedita soluzione «a-schematica», perché non riconducibile neppure ad una configurazione «mista».

Qualche elemento di incertezza, fugato però dall'analisi dei testi, può emergere sulla collocazione tipologica dei successivi accordi che la Santa Sede ha stipulato con la Slovacchia (2000)[81], con la Slovenia

---

sulle scuole cattoliche (28 novembre 1991); Convenzione sui beni temporali della Chiesa (28 novembre 1991); Convenzione sull'efficacia civile dei matrimoni canonici e relative sentenze ecclesiastiche (3 febbraio 1993) con un I Protocollo Aggiuntivo (3 febbraio 1993) ed un II (6 gennaio 1995), mentre un III Protocollo Aggiuntivo (27 gennaio 2014) ha inteso modificare, integrandone i contenuti, i due testi del 1993, ed abrogare quello del 1995.

[78] Ungheria: Accordo sull'assistenza spirituale nelle Forze Armate e nella Polizia di Frontiera (10 gennaio 1994); Accordo sul finanziamento pubblico di attività sociali e religiose (20 giugno 1997). Tale ultimo accordo è stato oggetto di modifica con un Protocollo Addizionale «sul finanziamento delle attività di servizio pubblico e («della vita di fede») svolte in Ungheria dalla Chiesa Cattolica e su alcune questioni di natura patrimoniale» (21 ottobre 2013). Pur confermando il collocamento tipologico originario, il recente Accordo assegna, tuttavia, alla Conferenza Episcopale Ungherese uno specifico ruolo negoziale, essendo chiamata a stipulare un Accordo annuale da ripetersi per i successivi quattro anni, con il Ministero dell'Istruzione «per stabilire il numero di posti sussidiati da borse di studio statuali, ai singoli corsi di laurea (...)» (art.2.2).

[79] Pur con alcuni distinguo rispetto agli altri menzionati accordi, ritengo di poter qui collocare anche l'azione pattizia svolta dalla Repubblica di San Marino, la quale ha stipulato con la Santa Sede un Accordo sul riconoscimento delle feste religiose (11 luglio 1989) e un Accordo di collaborazione su materie di comune interesse (2 aprile 1992). Cfr. José T. Martín De Agar, *Raccolta di concordati, 1950-1999* cit., pp. 737 ss.

[80] Il 5 maggio 2000 il Governo lituano ha infatti stipulato tre Accordi paralleli, o per lo meno apparentemente tali, con la Santa Sede: Accordo di cooperazione in campo educativo e culturale; Accordo su questioni giuridiche; Accordo sull'assistenza pastorale ai cattolici nelle Forze Armate. Cfr. José T. Martín De Agar, *I concordati dal 2000 al 2009* cit., pp. 198 ss. La lettura di tali patti rende possibile una precisazione: nell'Accordo sulla cooperazione in campo educativo e culturale, oltre al chiaro riconoscimento della CEL, a questa viene anche attribuita la funzione negoziale: la possibilità di stipulare «separate agreement» è infatti contemplata agli artt. 3, 11, 12 e 13. Tale rilievo ci permette di inquadrare questi accordi nella tipologia degli Accordi-quadro. Tuttavia, e con una modalità assai poco coerente, l'Accordo sul riconoscimento dei titoli delle Scuole Superiori (firmato l'8 giugno 2012) come normale sviluppo del menzionato Accordo di cooperazione del 5 maggio 2000, non fa il minimo cenno né alle Intese, né alla Conferenza Episcopale Lituana come soggetto di interlocuzione negoziale. Al contrario, l'art. 7 dell'Accordo si riferisce a soggetti istituzionali autorizzati dalle Parti contraenti («Partie's authorized institutions») da individuare, per la Santa Sede, nella Congregazione per l'Educazione Cattolica e, per la Repubblica lituana, nel Ministero per l'Educazione e le Scienze (art.7.1). Viene precisato, a scanso di ogni equivoco, che i membri componenti della Commissione di esperti deputata all'attuazione e sviluppo di tale Accordo saranno indicati in una lista successivamente comunicata attraverso i canali diplomatici (art.7.2), ossia attraverso un percorso internazionale che non ha nulla a che spartire con la prassi negoziale interna propria delle Intese attuative (salva la conferma della Santa Sede).

[81] L'Accordo base della Slovacchia (24 novembre 2000) sfugge ai criteri di inquadramento qui adottati e per comodità sistematica si opta per la riduzione alla tipologia degli accordi paralleli. Non a caso la dottrina si è molto occupata di questa singolare Convenzione.
[A]corredo dei rilievi sin qui prodotti, sarà utile osservare due «anomalie» ricorrenti solo in questo patto

(2001)[82] e con l'Albania (2002)[83]. Per simili patti, in ogni caso, sembra più opportuno l'inquadramento nella tipologia degli «accordi paralleli», pur nell'esiguità della materia negoziata.

L'impiego del modello spagnolo, nella prassi negoziale vaticana, si esaurisce qui e ne mette allo scoperto la tendenziale crisi venuta delineandosi sia con l'adozione di modelli più gracili (come gli ultimi due segnalati), sia con l'estemporanea opzione «mista» adottata dalla Lituania, sia con il dato di fatto che, sino ad oggi, non è dato registrare nuovi accordi aventi le caratteristiche ora esposte, a fronte di un incremento notevole del concorrente modello tipologico per «accordo-quadro».

Effettivamente, il modello «italiano», dopo un primo incerto avvio, sembra aver vibrato il colpo d'ala per conseguire nella prassi diplomatica vaticana un'indiscussa centralità. Al gruppo di accordi stipulati negli anni Novanta con

---

e che osterebbero alla configurazione tipologica di «Accordo-quadro»: la Conferenza Episcopale non è mai menzionata, ma sostituita con la perifrasi «Chiesa Cattolica nella Repubblica Slovacca» [ovvero, più semplicemente] «la Chiesa Cattolica» (art.2.1): espressione che, tra l'altro, possiede una sua propria valenza giuridica nel configurare l'autonomia soggettiva di tale entità in quanto ben distinta dalla Santa Sede quale soggetto istituzionale preposto alla soluzione delle eventuali questioni interpretative, nonché alle usuali procedure di ratifica pattizia (artt.23 e 24); tale distinzione è avvalorata dall'impiego della formula «Alte Parti», per definire i soggetti contraenti di vertice. In secondo luogo, l'accordo rinvia in varie occasioni a patti esecutivi: sul diritto all'obiezione di coscienza (art.7); sul contributo pubblico per le scuole cattoliche (artt.13.2 e 13.9); sull'assistenza pastorale nelle Forze Armate e di Polizia (art.14.4); sui contributi pubblici per le istituzioni socio-caritative ecclesiastiche (art.17.3); sull'assicurazione finanziaria alla Chiesa Cattolica (art.20.1); sui beni culturali (art.21.1). Si tratta di patti esecutivi, ma non se ne parla mai come di intese nel senso proprio, bensì di «intese particolari», o «speciali» o, ancora, «Internazionali», così da indurre a ritenerli strumenti diversi dalle intese stipulate tra enti gerarchici amministrativamente subordinati. In ogni caso, la conclusione di tali «intese speciali» è sempre affidata ad una contrattazione tra «Alte Parti», sulla base dei normali protocolli diplomatici internazionali (art.13.9): attività dal cui svolgimento la Chiesa Cattolica Slovacca è esclusa, per riapparire, semmai, come soggetto percettore passivo dei benefici contrattuali posti in essere (artt.20.1 e 21.1). Circa i relativamente recenti Statuti della Conferenza Episcopale Slovacca (risalgono al 21 giugno 2000), si veda l'*Annuario Pontificio*, CdV, 2009, p. 1119. Quelli approvati *ad experimentum* sono del 23 marzo 1993, cfr. *Annuario Pontificio*, CdV, 1994, p. 1087.

[82] Slovenia: Accordo su questioni giuridiche (14 dicembre 2001), in José T. Martín De Agar, *I concordati dal 2000 al 2009* cit., pp. 292 ss. Qui si tace dello strumento delle Intese e della funzione negoziale rimessa alla Conferenza Episcopale Slovena. Chiarissimo l'art.14.2, secondo cui: «La Santa Sede e la Repubblica di Slovenia si impegnano nel proseguire la trattazione di tutte le questioni aperte (...) in vista di una loro soluzione pattizia».

[83] Albania: la Repubblica di Albania ha stipulato un Accordo sul regolamento delle relazioni reciproche (23 marzo 2002) e un Accordo su alcune questioni economiche e tributarie (3 dicembre 2007). Posto che in entrambi gli Accordi non si fa menzione alcuna di una Conferenza Episcopale che pure, esiste (gli Statuti sono stati approvati il 4 aprile 1994, come indica l'*Annuario Pontificio*, CdV, 2009, p. 1104), l'Accordo economico-tributario è, sul punto, ancor più eloquente, dato che, nel caso in cui si rendano necessari ulteriori aggiornamenti della materia, l'art.10 esplicitamente rinvia, per la conclusione di Accordi Addizionali, non già all'episcopato nazionale, ma alle «Parti firmatarie» dell'accordo. José T.Martín De Agar, *I concordati dal 2000 al 2009* cit., p. 18.

la Polonia (1993)[84], Gabon (1997)[85], Kazakistan (1998)[86] e Israele (1999)[87], si è infatti aggiunto un ulteriore cospicuo drappello pattizio che ha coronato l'impegno della Chiesa nella sua duplice dimensione – missionaria operante sul territorio e curiale, attiva sul terreno delle strategie diplomatiche –, profuso dal governo degli ultimi tre pontefici stranieri avvicendati alla Cattedra petrina. Vanno infatti ancora menzionati i Concordati sottoscritti con: la Lettonia (8 novembre 2000)[88], il Portogallo (18 maggio 2004)[89], nonché quelli ratificati in avvio del pontificato di Benedetto XVI, con la Bosnia-Erzegovina (19 aprile 2006)[90], il Principato di Andorra (17 marzo 2008)[91] ed il Brasile (13 novembre 2008)[92].

La scelta preferenziale per il modello di «accordo-quadro» è stata, ancora, riconfermata con la sequela di convenzioni firmate dalla Sede Apostolica nell'avvio del nuovo millennio. Patti che hanno come tratto comune quello di essere tutti indirizzati verso l'Africa, segno manifesto dello spostamento di interesse della Chiesa cattolica dal tradizionale orizzonte domestico euro-occidentale di evangelizzazione, riorientato sempre più decisamente verso i «Sud del mondo» (Africa, America Latina, Medio ed Estremo Oriente)[93].

---

[84] Polonia (28 luglio 1993). La dottrina rileva opportunamente il criterio di inquadramento di tale Concordato tra gli accordi tradizionali in cui sono regolate integralmente tutte le materie di comune interesse. Cfr. Vicente Prieto, *Concordato e Costituzione. Il caso colombiano*, in *Ius Ecclesiae*, 12 (2000), Giuffrè, Milano, p. 680.

[85] Gabon (12 dicembre 1997). Rafael Palomino, *L'Accordo-quadro del 1997 tra la Santa Sede e la Repubblica del Gabon*, in *QDPE*, Il Mulino, Bologna, 1999/1, pp. 81 ss.

[86] L'Accordo generale con il Kazakistan (24 settembre 1998) mostra anch'esso tratti singolari. Sul punto, v. José T. Martín De Agar, *Raccolta di concordati, 1950-1999*, cit., pp. 612 ss.

[87] Israele, Accordo fondamentale (30 dicembre 1993), a cui si aggiunge un Accordo sulla personalità giuridica delle Istituzioni cattoliche (10 novembre 1997). Si può qui solo segnalare la specialissima natura giuridica dell'accordo ebraico del 1993 che in Preambolo rinvia ad una sottocommissione di esperti per la negoziazione di ulteriori accordi di accomodamento su questioni insorte. Cfr. José T. Martín De Agar, *Raccolta di concordati, 1950-1999*, cit., pp. 516 ss. e 526 ss.

[88] José T. Martín De Agar, *I concordati dal 2000 al 2009* cit., pp. 183 ss.

[89] José T. Martín De Agar, *Ult. loc. cit.*, p. 243.

[90] José T. Martín De Agar, *Ult. loc. cit.*, p. 31. Il rinvio a «specifiche intese» con la Conferenza Episcopale bosniaca è previsto solo per la disciplina sulle modalità di insegnamento della religione cattolica nella scuola pubblica (art.16.5), ma non per attività in cui sarebbe stato altrettanto opportuno (cfr. per l'assistenza spirituale ai fedeli nelle cd. comunità separate, ex art.15.2, e per le modalità di cooperazione tra organismi civili ed enti ecclesiastici caritatevoli ex art.17.3).

[91] José T. Martín De Agar, *Ult. loc. cit.*, p. 19.

[92] José T. Martín De Agar, *Ult. loc. cit.*, p. 44. Sulla tipologia pattizia del Concordato brasiliano, si veda Fabio Vecchi, *Il Concordato brasiliano del 2008: dal "separatismo privilegiario" al "pluralismo concordatario" nel modello pattizio di "Vereinbarung"*, in Ius Ecclesiae, XX/2, Serra ed., Pisa-Roma, 2010, pp. 427-446.

[93] Rilievi d'insieme sono raccolti da Antonello De Oto, *Una nuova stagione per gli accordi tra*

Ai Concordati ratzingeriani con: Montenegro (24 giugno 2011)[94], Mozambico (7 dicembre 2011)[95] e Guinea Equatoriale (13 ottobre 2012)[96], si sono poi aggiunti i patti ratificati da papa Francesco con: Burundi (6 novembre 2012), Ciad (6 novembre 2013), Capo Verde (10 giugno 2013) e Camerun (13 gennaio 2014), ai quali si possono sommare quelli già firmati dalle rappresentanze diplomatiche ma – salvo, al momento, l'Accordo con Timor Est (14 agosto 2015)[97] – ancora oggi sprovvisti della ratifica, ed interessanti altri quattro Stati africani. Si tratta di Benin (21 ottobre 2016), Congo Repubblica Democratica (20 maggio 2016), Repubblica Centroafricana (6 settembre 2016) e Repubblica del Congo Brazzaville (3 febbraio 2017). Va qui rilevato che il poderoso complesso di patti, ora riassunto, attinge l'articolato e l'impianto strutturale dal modello degli «accordi-quadro».

Occorre, a questo punto, precisare quanto più sopra accennato, riguardo i caratteri specificanti il modello di «accordo-quadro», giacché la sua fortuna, a parere di chi scrive, risiede principalmente in quel provvidenziale rinvio alle leggi di Dio e di Cesare scolpito lapidariamente nei Preamboli pattizi, quale ombrello politico protettivo da turbolenze improvvise dell'ordine costituito: un richiamo che rammenta l'adusato adagio che poggia il vigore vincolante degli impegni sul basamento della preliminare chiarezza e solidità dei patti tra contraenti. Per quanto avveniristica ed aggiornata possa infatti dimostrarsi

---

Santa Sede e Stati africani? In particolare l'Accordo-quadro con la Guinea Equatoriale, in *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, Vol. 235, 4 (2015), pp. 603-611.
Si tratta di una dilatazione della rete di relazioni internazionali, ben preannunziata dal sostegno di Paolo VI alla politica presenzialista della Sede Apostolica, specialmente in Africa, attraverso l'elevazione di delegazioni apostoliche al rango di nunziature o ad una estensione delle loro funzioni diplomatiche. Sul punto, André Dupuy, *La diplomatie du Saint-Siège après le II Concile du Vatican*, Téqui, Paris, 1980, pp. 24 ss.

[94] Si veda Fabio Vecchi, *Appunti sull'Accordo di Base del 24 giugno 2011 tra la Santa Sede e il Montenegro*, in Ius Ecclesiae, XXV/2, Serra ed., Pisa-Roma, 2013, pp. 540-560. Il Concordato rinvia in più occasioni a «futuri accordi»: per individuare i giorni festivi (art.10); per regolare l'istruzione cattolica nei Seminari (art.16.2); per risolvere la delicata questione delle restituzioni di beni già nazionalizzati nel precedente regime (art.12.1); per l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche (art.18.2). La menzione «Autorità ecclesiastica competente» riassume in sé la figura tecnica della Conferenza Episcopale, data la particolare congiuntura organizzativa ecclesiastica che affida il ruolo di comunione nella guida pastorale all'ente episcopale sovranazionale CEICEM, creato per volontà di Giovanni Paolo II.

[95] Si permetta ancora un rinvio a Fabio Vecchi, *Notas de aprofundamento sobre o Acordo concordatário de 7 de Dezembro de 2011 entre a Santa Sé e a República de Moçambique,* in Forum Canonicum, Anno VII, Vol.2, Lisboa, 2012, pp. 7-39.

[96] Antonello De Oto, *Una nuova stagione per gli accordi* cit., pp. 612 ss.

[97] Ratificato il 3 marzo 2016, le autorità locali hanno tuttavia permesso la pubblicazione del testo, con una vistosa deroga alle consuetudini diplomatiche negoziali e all'atteggiamento prudenziale che le sorregge, con mesi d'anticipo nel *Jornal da República,* Ministèrio da Justiça, RDTL (11 novembre 2015), pp. 8417-8426.

la struttura pattizia, essa potrebbe di per sé sola rivelarsi, in funzione riformista, un miraggio formale che, in virtù di alchimie tecniche, potrebbe non solo mantenere in vita ciò che si riteneva esausto, ma anche estendere oltre ogni previsione l'assunto pattizio che si intendeva ridurre in perfetta sintesi per aggiornarlo ed uniformarlo alla *mutatio rerum*.[98]

4. *Costituzioni e Concordati*

Per i motivi ora accennati, il dettato costituzionale non può che intendersi quale imprescindibile fonte di riferimento per un modello di coordinamento (che vede oggi negli «accordi-quadro» la formula attuativa più aggiornata) tra Chiesa e Stato. Riemerge qui la lungimiranza dell'insegnamento di Jemolo a proposito della relatività dei concetti giuridici, dovendo riconoscere che il fenomeno di de-statalizzazione (ed il parallelo fenomeno di de-confessionalizzazione della questione della libertà religiosa) oggi in atto, ha molto a che vedere con l'impostazione «costituzionalizzata» degli accordi concordatari[99].

Ad uno sguardo sinottico l'orizzonte temporale che si estende tra gli Accordi di Villa Madama ad oggi annovera poco meno di una trentina di patti concordatari[100]. Tra quelli aventi le caratteristiche di patti completi, ossia abbraccianti le principali materie di comune interesse (*res mixtae*), una ventina sono riconducibili al modello italiano per «accordo-quadro», e solo otto a quello spagnolo, per «accordi paralleli». Nell'insieme, si tratta di un numero assai ragguardevole che, ancora una volta, conferma l'erroneità del vaticinio di una parte della dottrina che pronosticava la decadenza ormai inarrestabile dell'istituto concordatario, da relegare tra i rugginosi strumentari di una ormai lontana «età costantiniana»[101] e l'attitudine, per converso, a conformarsi ad

---

[98] «(...) gli accordi realizzati con l'Italia continuano a muoversi nella cornice dei Patti lateranensi e creano un sistema più ampio di quello surrogato». Queste osservazioni il Catalano esprimeva per i nuovi Accordi di Villa Madama, pur potendosene estendere l'effettività al modello in astratto. Così, Gaetano Catalano, *I Concordati tra storia e diritto* cit, p. 37.

[99] Specialmente nel contesto politico europeo -ed in Italia gli Accordi del 1983-, i Concordati offrono la possibilità alle istituzioni religiose di intervenire e collocarsi nella sfera pubblica. Cfr. Marco Ventura, *L'eredità di Villa Madama* cit., pp. 1274-1276. Questo aspetto sembra comune anche ai molti Accordi-quadro africani ora conclusi o in via di ratifica.

[100] Questo studio non prende in considerazioni le convenzioni minori, relative a temi circoscritti, focalizzandosi invece sui patti complessivi, abbraccianti in modo esauriente la totalità delle materie di comune interesse oggetto di garanzia per la libera esplicazione del sentimento religioso del fedele.

[101] Giorgio Feliciani, *Il Concilio non è la tomba dei concordati*, è ora pubblicata ne *L'Osservatore Romano*, 16 gennaio 2009, p. 5. Vedi anche, per richiami bibliografici, Josè T. Martín De Agar, *Passato e presente dei concordati* cit., p. 624, n.37. Sull'espansione del fenomeno, Kurt Koch, *I sistemi di*

uno strumento flessibile e, nel contempo, resistente ai cambiamenti di regime politico-costituzionale, in grado di descrivere caratteristiche assolutamente uniche di crescente apertura e «transnazionalità»[102].

La ricostruzione qui esposta ha preso le mosse da un preventivo preordinante parallelismo tra Costituzioni e Concordati, suggerito dal richiamo che l'un testo fa dell'altro (nel caso italiano, poi, in via speculare). Non c'è dubbio che quelle correlazioni tra «Carte fondamentali» inneschino un processo di reciproca osmosi giuridica, indicando la direzione che la politica ecclesiastica in materia confessionale potrà percorrere sulla base degli spazi di libertà d'azione concessi da quelle fonti.

Per l'esperienza italiana l'ingresso del modello pattizio concordatario nel testo costituzionale ha certamente favorito un impulso costruttivo della scienza canonico-ecclesiastica all'evoluzione del modello pattizio come fonte, ma non minore è stata l'incentivazione alla ricerca di un metodo scientifico volto alla costruzione materiale del patto[103]. Ciò, si ripete, ha come sfondo la valenza esercitata dal rapporto tra le due fonti fondamentali primarie: fonti la cui comparazione sistematica deve sempre tenere in conto la non commensurabile natura degli apparati ordinamentali da cui derivano e di cui sono espressione: circostanza che circoscrive le eventuali similitudini al dato della accomunante natura politica[104], dovendosi tuttavia anche qui rilevare la sostanziale diversità dei fondamenti – giuspolitico, l'uno, e sacramentale, l'altro – che ne ispirano e connotano i rispettivi sistemi istituzionali e le differenti ragioni ispirative[105].

Queste difformità non stemperano affatto, in ogni caso, la capacità vincolante anche per lo Stato, generata dal rapporto pattizio che, oltre alla sua natura contrattuale, aggiunge il carattere internazionale del vincolo, per cui lo Stato «concordatario» accetta un adeguamento della propria condotta ai principi di *ius gentium* (clausola *rebus sic stantibus*) vigenti in questo specifico ordinamento[106].

Ciò detto, è altrettanto vero che le Costituzioni, in una prospettiva comparata a livello planetario, assumono con una frequenza insospettata l'idea di

---

diritto ecclesiastico nella Svizzera tedesca e l'ecclesiologia del Concilio Vaticano II, in *Ius Ecclesiae*, 13 (2001), Giuffrè, Milano, pp. 68-69.

[102] Carlos Corrál Salvador, *Derecho internacional concordatario*, BAC, Madrid, 2009, p. 75.

[103] Julián Herranz, *Dal Concilio Vaticano II alla nuova codificazione canonica*, in Aa.Vv., *Il codice di diritto canonico e il nuovo Concordato* cit., pp. 59-77.

[104] Josè T. Martín De Agar, «*Concordato*» cit., p. 433, sottolinea le ragioni politiche e, quindi, principalmente pragmatiche, che sollecitano la Santa Sede alla stipula di concordati.

[105] Roberto Bartoli, *Riflessioni sulla carità come paradigma giuridico*, in *Quaderni Fiorentini*, 42 (2013), Giuffré, Milano, p. 108.

[106] Gaetano Catalano, *I Concordati tra storia e diritto* cit., p. 61.

Dio come referente ispiratore e parametro etico o semplicemente qualificante i principi ivi propalati e, più genericamente, dimostrano una diffusa proiezione verso il trascendente[107]. Questa circostanza, però, non deve indurre in equivoci e trarre conclusioni errate sui principi costituzionali di riferimento, specialmente quelli intesi a descrivere l'eventuale opzione a formalizzare (positivizzare) la proiezione trascendente in una veste giuridica, ossia in un modello istituzionale dei rapporti interpotestatici, ed in particolare, nel modello del separatismo, specie quando venga coniugato con la formula concordataria. La lettura comparata dei due fenomeni, infatti, disvela l'esistenza di un significativo livello di flessibilità di rapporto tra norme concordatarie e norme costituzionali[108]. Il rapporto tra Costituzioni e Concordati, beninteso, non è di equivalenza: l'apertura costituzionale al dato religioso sia nell'esplicito rinvio ad un accordo internazionale di giunzione tra le due alte Parti (Stato-Chiesa), sia a parametri di connessione più deboli (oggi ravvisabili nel modello di separatismo), demarca una linea di confine tra ciò che è «*res in commercio*» e ciò che è «*res extra commercium*». La religione è materia giuridicamente trattabile, se costituzionalmente prevista e ciò disegna un precetto politico e giuridico[109].

La previsione costituzionale non è però mai rigida, perché anche ordinamenti giuridici, e Costituzioni, che si proclamano «secolari» e separatisti, in gran numero ammettono e praticano di fatto una politica ecclesiastica «concordataria». In altri termini, e meglio precisando, la prima essenziale condizione nel rapporto tra le due *Magnae Chartae* è l'unilateralità ed il primato della Costituzione sul Concordato, giacché «sul Concordato pende l'ipoteca della Costituzione», non essendo vero il contrario. La Costituzione si pone, dunque, come una vera e propria «riserva esistenziale», in grado di condizionare tanto «l'esistenza stessa dello Stato»[110] quanto la sussistenza del *favor Ecclesiae* nella politica ecclesiastica nazionale e, prima ancora, del preesistente regime concordatario[111]. Più che nel passato privilegiario, legalista o totalitario, sono i Concordati del post-concilio a manifestare il chiaro inquadramento nel contesto politico di riferimento[112]. Esiste, insomma, quando le

---

[107] Ivan C. Ibán, *God in Constitutions and Godless Constitutions*, in Aa.Vv., *Law, Religion, Constitutions. Freedom of religion, Equal treatment, and the Law*, Ashgate, Farnham, 2013, pp. 37-42.

[108] Roland Minnerath, *La libertà religiosa tra norme costituzionali* cit., p. 96.

[109] «Lo Stato non può ciò che vuole, ma solo ciò che la Costituzione gli permette». Così, Giovanni Lajolo, *I Concordati moderni*, Morcelliana, Brescia, 1968, p. 193.

[110] Giovanni Lajolo, *I Concordati moderni* cit., *ibidem*. Si osservi, inoltre, che «(...) I Concordati, a differenza dei trattati (...) vengono stipulati con riguardo allo specifico ordinamento costituzionale e giuridico dello Stato (...)». In tal senso, Gaetano Catalano, *La natura giuridica dei concordati* cit., p. 88.

[111] Vicente Prieto, *Concordato e Costituzione* cit., pp.

[112] «Nessun concordato è stato mai avulso dal contesto nazionale e ordinamentale nel quale è inse-

fonti dell'ordinamento giuridico lo pongano in essere, un rapporto di diretta influenza delle Costituzioni sui Concordati non dissimile da quello tra Costituzione e fattore religioso[113]. Ciò è chiaramente percepibile quando i mutamenti interessino immediatamente i testi costituzionali o l'impianto generale dell'ordinamento giuridico, giacché tali fenomeni «appaiono inevitabilmente destinati ad influenzare un preesistente regime concordatario», con effetti comunque rilevanti anche quando limitati al solo «suggerimento di nuove e più aggiornate interpretazioni» del testo concordatario[114].

Gli effetti della *mutatio rerum* costituzionale possono dar luogo, evidentemente, a fenomeni novativi parziali, come nel caso della cd. «clausola politica» legata alle nomine apostoliche e alla procedura di «gradimento regio», di chiaro stampo giurisdizionalista-regalista, ormai quasi del tutto cancellate nei concordati post-conciliari[115]; ma anche nel caso in cui la proporzione della *mutatio rerum* sia assai più rilevante, non è certo che dia seguito, pur vigente il principio *rebus sic stantibus*, ad un'automatica caducazione del sistema concordatario nel suo insieme[116]. Ci basti esaurire questo profilo proprio delle regole *iuris gentium* applicabili ai concordati, nel sottolineare quella peculiare flessibilità che ne connota la tipologia di strumenti diplomatici. Detta natura procede di pari passo con l'esigenza di specialità che la Santa Sede ribadisce in ogni suo accordo, in esso individuando lo specifico ponte levatoio attraverso cui poter penetrare o anche consolidare la propria presenza nei più diversi contesti storici, ideologici e sociali nazionali[117]: tale carattere, ormai presente in tutti gli Accordi concordatari post-conciliari, è chiarissimo nei Preamboli negoziali dei recenti «accordi-quadro» stipulati in serie standardizzata con gli Stati africani.

---

rito». Così, Carlo Cardia, *Il Concordato italiano nella prospettiva europea*, in *Il codice di diritto canonico* cit., p. 183.

[113] Mario Tedeschi, «*Confessioni religiose. VIII. Islam*», in Enciclopedia Giuridica, IX (Aggiornamento) 2002, pp. 3-4.

[114] Gaetano Catalano, *I Concordati tra storia e diritto* cit., p. 85.

[115] Anna Talamanca, *Le nomine episcopali nei concordati post-conciliari* cit., pp. 101, 104 e 107.

[116] Osserva il Catalano che il notevole grado di elasticità dei Concordati assicura loro un alto margine di resistenza alla «*conversio rerum*»; tale attitudine è superabile solo dall'emersione nel nuovo assetto costituzionale di principi assolutamente antitetici ai precedenti e comunque «incomparabili con il sistema pattizio nel suo complesso: ad es., contestando alla Chiesa la sua natura istituzionale e pubblicistica». Gaetano Catalano, *I Concordati tra storia e diritto* cit., pp. 85 ss. e 88. Gli attuali Concordati, per contro, assicurano quella esigenza di stabilità, attraverso l'allineamento dei contenuti alle esigenze di tipo sociale, in convergenza con le politiche sociali pubbliche delle autorità civili. In tal senso essi esaltano la funzione istituzionale e pubblicistica della Chiesa, concentrandosi sulla valenza sociale propria delle missione evangelica svolta nel tessuto sociale del Paese.

[117] Giovanni Barberini, *I Concordati di Giovanni Paolo II* cit., p. 50.

Non solo. In questi Accordi, ed in genere, in tutti i concordati ispirati al superamento del dogma della *societas iuridice perfecta*, si assiste ad una tendenziale e progressiva affermazione del ruolo pubblico, nel senso di una riconquista di porzioni importanti di spazi sociali in cui l'azione missionaria della Chiesa è accolta e interpretata dalla potestà civile come un valore integrante e giustificante il principio di collaborazione. In tal senso appare puntuale, ma altrettanto poco rassicurante, il compiacimento con cui la dottrina saluta ed incornicia entro una «giustificazione umanistica», la formula di apertura che proclama indipendenza e sovranità delle Parti, ciascuna nel proprio ordine, allo scopo di svolgere una collaborazione su parametri più alti, o diversi (il bene dell'uomo e del Paese) che non il bene principalmente spirituale del credente (la *salus animarum*, per intenderci)[118]. Il modello italiano, che riappare qui esplicito nell'aggancio tra art.7 Cost. e art.1 Accordi di Revisione, nei successivi Accordi concordatari viene progressivamente svuotato del suo contenuto più radicalmente evangelico e salvifico per ridurlo a meritoria opera sociale e ad asettico contributo cooperativo puramente aconfessionale: ma la Chiesa missionaria non è una ONG. Siffatto fenomeno sembra persino superare le ragioni storiche che ne vorrebbero legittimare la presenza solo in concomitanza con fasi di trasformazione istituzionale, ossia nella cd. età della crisi della modernità[119].

Nella disamina dei rapporti tra Costituzioni e Concordati si accennava alla valenza terminologica espressa dai concetti giuridici. Nello specifico, la flessibilità attribuita al modello concordatario e comune al modello costituzionale, almeno, per quel vasto numero di Costituzioni che, pur assumendo il carattere della «secolarizzazione» e proclamando il principio della separazione tra Stato e Chiesa, ne formulano variabili, in almeno tre principali declinazioni: il modello di dichiarata separazione; il modello astensionista, che non proclama inquadramenti; il modello della «secolarità» statuale[120].

È singolare constatare quanto il cospicuo numero di Concordati posti in essere nel post-concilio, e anche solo a far capo dalla stipula degli Accordi di Villa Madama, abbiano come interlocutori, nella stragrande maggioranza dei casi, Stati che per dettato costituzionale si professano separatisti. Succede così di imbattersi in Costituzioni che (salvo i rari casi di palese esplicitazione confessionista[121], o, all'opposto, di equidistante astensione da formule defi-

---

[118] Carlo Cardia, *Il Concordato italiano nella prospettiva europea* cit., p. 180.

[119] Aa.Vv., *L'evoluzione dei rapporti tra Chiese e Stati durante il pontificato di Giovanni Paolo II* (Tavola rotonda) in QDPE 1999/1, p.6.

[120] W. Cole Durham, *Religion and the World's Constitutions*, in Aa.Vv., *Law, Religion, Constitutions* cit., pp. 12-13.

[121] Art.2 Cost. Malta.

nitorie[122]) associano separazione e regime concordatario[123], o si conformano esplicitamente al modello separatista[124], o utilizzano formulazioni eccentriche ma pur sempre riconducibili alla radice separatista[125]

Il principio giuridico della cooperazione nel quadro di sistemi ordinamentali «ciascuno indipendente e sovrano nel proprio ordine», ha fatto breccia anche in Stati che, per la debole esperienza democratica, mostravano più marcati consentimenti ideologici, scardinandone gli incroci resistenti[126].

Tutte le osservazioni qui espresse dimostrano l'avverarsi di un singolare fenomeno di convergenza tra Costituzioni e Concordati, culminando nella proclamazione del principio di libertà religiosa, tenuto conto del vantaggio storico goduto da questa, su altre, più recenti, libertà fondamentali[127]. Come verrà in seguito esposto, tale armonizzazione tra ordinamenti giuridici primari, che per l'ampiezza di dimensione assume la portata di un evento planetario, ha molto a che vedere con la rinnovata interpretazione sulla valenza dei soggetti giuridici Stato-Chiesa, sull'impostazione dei reciproci rapporti intessuti e sull'idea di ciò che debba intendersi per libertà religiosa: uno strumentario dogmatico e concettuale che ha il suo fondamentale debito di riconoscimento nelle indicazioni del Concilio Vaticano II e nella stretta sequela dei magisteri roncalliano[128], montiniano e wojtyliano, non meno che nei percorsi di politi-

---

[122] In tale tipologia possono ascriversi le Costituzioni di: Bosnia Erzegovina; Burundi; Congo Repubblica Democratica e Repubblica di San Marino.

[123] Ammette un sistema concordatario simile all'art. 7, co. 1 Cost. italiana, la Cost. di Lituania, art.43, mentre ad una speciale collaborazione con la Chiesa cattolica si dichiara predisposta la Cost. del Principato di Andorra, art.11.3.

[124] Costituzione di: Gabon (art.2.1) che affianca la natura secolare dello Stato ai principi di separazione con la religione; Montenegro (art.14.1); Mozambico (art.12.2); Portogallo (art.41.4); Capo Verde (art.48.3); Ciad (art. 1) rafforzata dall'affermazione in Preambolo dell'opposizione ad ogni confessionismo; Slovenia (art.7.1); Timor Est (art.45.1).

[125] Costituzione di: Camerun (Preamb. 14 e art.1.2) che dichiara il principio di neutralità e la secolarità dello Stato; Benin (art.23.1 e 23.2); che dichiara il principio di autonomia confessionale e di secolarità dello Stato; Brasile (art.19.I) che impone il divieto di creare o mantenere relazioni o alleanze con le Comunità religiose; Congo (art.53) che indica il «carattere secolare dello Stato»; Kazakistan (art.1.1) per cui: «La Repubblica del Kazakistan si proclama secolare»; Guinea Equatoriale (art.1, cpv.1) che si considera «Stato secolare, democratico e sociale»; Repubblica Centroafricana (artt.18 e 108) secondo cui: «è uno Stato basato sul principio di laicità» con espresso divieto di emendamento di tale principio; Slovacchia (art.1 e 24.3) per cui: «Lo Stato non è legato ad alcuna ideologia o religione» in base ad un principio di organizzazione indipendente; Albania (artt.10.1 e 10.6) che rinvia al principio di indipendenza.

[126] Giuseppe de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, CEDAM, Padova 2011[8], p. 477.

[127] La relativamente recente salita alla ribalta giuridica della categoria dei diritti umani è il motivo della minor ampiezza di riconoscimento, anche in termini di validità come principio universale, che le viene attribuita nelle Carte costituzionali.

[128] Con l'Enciclica *Pacem in terris* (11 aprile 1963) Giovanni XXIII rielabora il concetto di *libertas Ecclesiae*, trasformandola in una specificazione del *genus* libertà religiosa. Il fatto che la libertà religiosa sia comune ai registri canonici e civili permette l'estensione della garanzia religiosa a tutti i

ca ecclesiastica concordataria sperimentati e collaudati negli Accordi di Villa Madama.

5. *Il modello pattizio emergente, le novità accolte e le peculiarità consolidate. Le «clausole di resistenza»*

Per meglio focalizzare la portata della contrattazione concordataria nel modello tipologico degli «accordi-quadro» è necessario considerare il contesto dei rapporti istituzionali e le condizioni esteriori su cui tali patti si indirizzano: globalizzazione finanziaria, tecnologica ed umana; tendenza alla pluralità culturale, fenomeni migratori di massa; relativizzazione degli schemi istituzionali di stampo giusnaturalista groziano; crollo del sistema westfalico degli Stati quali ordinamenti a «sovranità chiusa»[129].

Questi fenomeni imponenti impongono alle architetture formali del giurista nuove combinazioni non sempre lineari, anche quando queste esprimano, come nel caso dei Concordati, strutture leggere, flessibili, elastiche. Se è provata dai fatti l'attitudine degli accordi concordatari a reagire positivamente al mutamento del clima politico nelle relazioni tra Stati contraenti, in una rete sempre più volta alla multipolarità e al progressivo allineamento a criteri di uniformità, resta, infatti, il paradosso del concordato. Paradosso perché, a fronte della liquefazione della società e delle tradizionali strutture istituzionali che preannunciano il declino dello Stato nazionale[130], i concordati conservano,

---

cittadini, indistintamente, scavalcando il modulo specificante dei «*christifideles*». Vedi Carlo Fantappiè, *Introduzione storica al diritto canonico* cit., p. 254.

[129] Giuseppe de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato* cit., p. 10.

[130] La circostanza dell'impraticabilità della via concordataria per erigere rapporti ufficiali tra la Santa Sede e la Comunità Europea (UE) è un segno eloquente del carattere di specialità dello strumento concordatario, al tempo stesso flessibile, ma inadatto a rapportarsi ad una controparte dalla natura «multipolare». Cfr. Aa.Vv., *L'evoluzione dei rapporti tra Chiese e Stati* cit., p.19. La difficile commistione tra materie confessionali e questioni politiche nella partecipazione della Santa Sede alle attività svolte in organismi internazionali, è fatto non nuovo. Basti qui rammentare l'esclusione della Sede Apostolica dalle trattative di pace celebrate alla chiusura della I Guerra Mondiale: una preclusione dettata da contingenze politiche più che dall'art. 15 del Patto di Londra. Vedi Amedeo Giannini, *I Concordati postbellici*, I, cit., p. 28.
Questa evenienza è tanto più stridente, se rapportata con le potenzialità espresse dall'azione diplomatica espressa dalla Santa Sede sia in ambito di rapporti negoziali allargati alle Organizzazioni internazionali di Stati, sia universali che regionali, sia alle nuove relazioni pattizie imbastite con gli Stati islamici (Kazakistan, Azerbaigian, Palestina, Kuwait, Emirati Arabi Uniti). Tali impressioni ricevono conferma dal fatto che la Sede Apostolica è in grado di stipulare patti anche con Organizzazioni di Stati, come nel caso dell'Accordo di cooperazione con l'Organizzazione dell'Unità Africana-OUA (19 ottobre 2000). In tal caso, infatti, non si era in presenza di un Concordato, quale strumento volto ad impostare le basi di una libertà religiosa nello spazio territoriale corrispondente all'estensione istituzionale del

attraverso la prassi della bilateralità negoziale, la certezza dell'insostituibile identità dello Stato nazionale e la sua unicità come interlocutore pattizio. Questa vocazione bilaterale ha molto a che fare con la tendenza dei Concordati a circoscrivere i gruppi sociali che sono al centro dell'azione disciplinante, esaltandone quei caratteri distintivi più profondi e specializzanti che attingono alla fede, al rito, al culto[131].

È in questo contesto che vanno interpretate le caratteristiche tipologiche collaudate nel modello convenzionale degli «accordi-quadro», di cui si è esposto un sintetico elenco.

Si tratta di novità nella procedura di confezionamento del testo pattizio che riflettono, contemporaneamente, un mutamento di prospettiva metodologica nella costruzione letterale delle normativa e di un nuovo inquadramento delle reciproche relazioni. In tal senso, il primo più immediato elemento tipologico caratteristico risiede nell'importanza assunta dell'impiego di un Preambolo (talvolta supportato dai principi direttivi espressi linearmente nell'art.1 del modello astratto di Concordato) in cui, la prassi del rinvio formale alle fonti fondamentali, ciascuna del proprio ordinamento di appartenenza, stabilisce natura e direzione del contenuto pattizio, in termini giuridici e politici[132].

Il Preambolo, infatti, per la sua natura programmatica e neutra, predispone l'intero accordo ad una configurazione «tra pari», mentre il richiamo ai principi ispiratori dei rispettivi ordinamenti giuridici contribuisce a sciogliere il rischio di derive privilegiarie, sebbene rese ipotetiche dalla prassi negoziale.

Il ruolo «sociale» che in esso è riconosciuto alla Chiesa cattolica permette di inquadrare il dialogo su canali collaborativi non solo con Stati ideologicamente prossimi, (si pensi alla Spagna, alla Polonia o all'Austria), ma anche culturalmente distanti, come Israele, in cui l'assenza di una Costituzione scritta sembra motivare il rilievo del rinvio al rispetto del diritto umano di libertà religiosa e di coscienza, connesso alla «Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e degli altri strumenti di diritto internazionale cui ha aderito»[133].

---

soggetto contraente, ma, come recita l'art.1 dell'accordo OUA: «(di) cooperare e condurre regolarmente consultazioni su questioni di comune interesse, come l'educazione, la salute, i diritti dell'uomo e le questioni sociali». Cfr. José T. Martín De Agar, *I concordati dal 2000 al 2009* cit., p. 231.

[131] « (attraverso le relazioni concordatarie) le Parti perseguono lo scopo di stabilire un collegamento tra due ordinamenti giuridici spazialmente non separabili e simultaneamente riguardanti uno stesso gruppo sociale». Gaetano Catalano, *I Concordati tra storia e diritto* cit., p. 85.

[132] Josè T. Martín De Agar, «*Concordato*», cit., p. 435.

[133] Roland Minnerath, *La libertà religiosa tra norme costituzionali* cit., pp. 95-96, osserva che Israele ha avviato un nuovo e diverso modo di costruire il rapporto tra le Parti, attraverso il rinvio separato ai propri principi giuridici di riferimento, ad esso sostituendo, invece, il rinvio al diritto internazionale. Cfr. anche Silvio Ferrari, *I Concordati di Giovanni Paolo II*, cit., p. 179, che sottolinea, per Israele, la speciale formula del Preambolo concordatario mancante del periodo «autonomia e indipendenza dello

Il Preambolo sancisce, così, non solo una garanzia di libertà confessionale, ma ipoteca positivamente il futuro dei buoni rapporti interpotestatici ad un più elevato livello di impegno giuridico, in autonomia dalla configurazione fideistica dello Stato-parte contraente. Il ruolo «sociale» dell'azione missionaria della Chiesa, espresso, ad es., nel Preambolo dell'Accordo con la Repubblica del Kazakistan – uno Stato islamico –, sottolinea il credito delle autorità civili verso il contributo della Chiesa cattolica al processo di modernizzazione e democratizzazione del Paese[134].

Nel Preambolo, la presa d'atto ormai standardizzata che lo Stato compie proclamandosi entità laica, o secolarizzata o, sinteticamente, «separatista», scioglie così antinomie di tipo ideologico[135].

La novità più significativa dei nuovi accordi concordatari, quindi, sembra risiedere nella cancellazione degli ultimi residui giurisdizionalisti fondanti la frontiera di competenze rigide su cui i vecchi Concordati privilegiari stabilivano la propria «ragion politica», in perfetta coerenza con i superati parametri del *ius publicum ecclesiasticum*[136]. Ciò, sia attraverso la funzione delle attività sociali e lo stemperamento del contesto pubblico e privato, in cui si materializzano gli scopi di missione, sia attraverso l'assorbimento dell'azione ecclesiale nel tessuto amministrativo statuale, specialmente nella dimensione assistenziale e solidaristica.

Questo orientamento sembra dunque premiare alcuni profili disciplinari dei Concordati, specialmente in relazione agli enti ecclesiastici, o all'assistenza religiosa nelle cd. comunità separate (carceri, ospedali, strutture militari o di polizia) o allo statuto delle libertà riconosciute alla Chiesa cattolica negli spazi della scuola pubblica; per altro verso, sembra che altri aspetti negoziali, pur basilari e di lunga memoria storica, principalmente il matrimonio (e i parametri normativi che ne assicurano l'effettività civilistica), subiscano gli effetti

---

Stato e della Chiesa, ciascuno nel proprio ordine», sulla base della non scindibilità della dimensione spirituale e temporale nel diritto nazionale.

134 Giovanni Barberini, *I Concordati di Giovanni Paolo II* cit., p. 70.

135 Cfr., per il Gabon, Rafael Palomino, *L'Accordo-quadro del 1997* cit., p. 84.

136 La teoria per cui i Concordati novecenteschi assolvessero ad una vera e propria *actio finium regundorum*, aveva una sua ragion d'essere in quanto collegata a patti intesi ad abbracciare in forma esauriente il complesso delle materie confessionali di comune interesse, dando luogo ad una disciplina tendenzialmente compiuta, ed «arroccata» entro un quadrato difensivo avverso le civili potestà temporali. Sul punto, Pietro Agostino D'Avack, «*Concordato ecclesiastico*» cit., p. 448. Sull'idea, ormai esausta, dei Concordati come strumenti «*finium regundorum*», le critiche mosse da Giuseppe Casuscelli, *Concordati, intese e pluralismo confessionale*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 97.
La persistente centralità di questo problema in dottrina, è riscontrabile nel dibattito interlocutorio su «*La revisione del Concordato dopo il referendum sul divorzio. Dibattito a quattro*», riferito da Giovanni Spadolini, *La questione del Concordato* cit., pp. 491, 494 e 524. In argomento, si rinvia alla nota n. 20.

di una pesante contrazione disciplinare[137]. I Preamboli, infine, sintetizzano il tentativo di un bilanciamento tra principi primi, non facilmente assimilabili, ma che richiedono «forme di intervento sui *cives fideles*»[138] adeguate ai tempi nuovi: il pluralismo nella libertà religiosa e la conservazione della propria identità confessionale non svuotata dei suoi contenuti specializzanti, nel contesto armonico di un riconoscimento allargato della libertà di credo.

Dunque, i nuovi «accordi-quadro» confermano l'avvenuto abbandono delle logiche autoritarie o anche semplicemente «conservative», in favore di un atteggiamento di aperta e disponibile collaborazione, che sembra rappresentare un quadro di matura democrazia laica, depurata anche da contaminazioni ideologiche sul modello separatista[139]. A questa tendenza, del resto, si convoglia anche l'estesa prassi della decadenza della cd. «clausola della Nazione più favorita» con cui si innescavano pressioni politiche e giochi di equilibrio negoziale da parte degli Stati concordatari per lucrare ulteriori posizioni di vantaggio dalla Sede Apostolica[140]. Riguardando le dinamiche concordatarie correnti da una maggiore distanza di osservazione sui può affermare che la Chiesa del post-concilio abbia dunque raggiunto notevoli aggiornamenti nel versante dei legami formali con gli Stati temporali. Occorre però guardarsi dal rischio di innescare una pianificazione delle categorie giuridiche convergente verso la compaginazione di diritti forzatamente universalistici, e compiacersi di una perniciosa neutralità dell'indistinto, che, con l'intenzione di abbracciare tutto, condurrebbe al risultato di incorniciare in un quadro di garanzie posizioni di vantaggio ecclesiologicamente inconsistenti.

Il fenomeno dell'universalizzazione degli schemi concettuali corre parallelamente, tra Concordati e Costituzioni: nei primi, l'universalizzazione dei contenuti formali interessa i concetti di sovranità ed indipendenza, i quali tendono a proporsi ormai come patrimonio giuridico comune nella più ampia dimensione delle relazioni religione-Stato, scavando un solco divaricante proprio con la sede d'origine delle relazioni concordatarie; nelle seconde, l'universalizzazione dei diritti costituzionali – specialmente i diritti fondamentali – sembra il corollario dell'adesione al pluralismo liberal-democratico che si

---

[137] Tale rilievo era già evidenziato da Pio Ciprotti, *Appunti per lo studio comparativo del Concordato* cit., pp. 478 e 497 ss. Ricordo qui l'importanza giocata dalla disciplina matrimoniale nelle sofferte vicende legate al Concordato colombiano del 1973. Sul punto, Vicente Prieto, *Concordato e Costituzione* cit., pp. 679 ss.

[138] Così, Gaetano Catalano, *La natura giuridica dei Concordati nella moderna dottrina*, in *I Concordati* cit., p. 72.

[139] Carlo Cardia, *La riforma del concordato* cit., pp. 74 ss.

[140] Giuseppe Dalla Torre, *I Concordati dell'ultimo mezzo secolo*, in Ius Ecclesiae, 12 (2000), Giuffrè, Milano, pp. 675-676.

indirizza, anche in tal caso, verso la costruzione di diritti cosmopolitici[141].

Gli effetti di questa pianificazione di contenuti degli strumenti legali rivolti all'edificazione di un «diritto comune» dei principi universali, in cui la sopravvivenza ed il recupero degli elementi specificanti verrebbe rimesso al ruolo interpretativo delle giurisprudenza, sono tutti da comprendere.

Per quanto riguarda i Concordati il percorso intrapreso dalla Chiesa post-conciliare è avviato su un crinale che richiede una buona dose di prudente equilibrio. Il Concilio Vaticano II ha infatti impostato i rapporti tra le due Società, come è noto, in termini di cooperazione, assumendosi la paternità di tale impegnativa affermazione[142]. Ne segue che i Preamboli e i testi concordatari divengano il terreno di trazione tra opposte forze: da un lato, sussiste (in forma implicita) l'interesse della Santa Sede a conservare la propria specificità distintiva rispetto alle altre confessioni[143]; dall'altro, la Chiesa cattolica stessa tende a farsi promotrice, o rappresentante per procura «politica», di (non sempre e necessariamente richieste) aspettative libertarie altrui, assumendo un precostituito ruolo di «*leadership*» sulle questioni di libertà religiosa[144], *tout-court*, con le autorità civili, in virtù dell'aggancio al principio che lega le Parti a: «collaborare mutuamente alla promozione integrale dell'uomo, nella giustizia, nella pace e nel bene comune»[145].

La tendenziale universalizzazione schematica dei diritti, insomma, sembra favorire fenomeni di incoerenza nelle fonti in ordine agli scopi prefissi: succede così che che i Concordati trasformino la loro natura (sbilanciando l'equilibrio tra fattore politico e giuridico a favore del primo) dando luogo a strumenti tecnici neutri, portatori di generici diritti di libertà fondamentali primarie, validi per tutti indistintamente ed ovunque, a discapito tanto delle forme giuridiche (il fenomeno di accordi-fotocopia è un indice di impoverimento del processo di produzione giuridica delle fonti) e soprattutto dei contenuti. Alla relativizzazione dei contenuti giuridici materiali contribuisce il

---

[141] Come avverte la dottrina, tale tendenza universalistica dei principi giuridici ispiratori del legislatore statuale è stata la spinta propulsiva sulle Costituzioni all'incentivazione e promozione di una cultura comune dei diritti e al superamento del principio di sovranità, in vista di un diritto costituzionale «cosmopolitico» aperto. Si veda Giuseppe de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato* cit., pp. 11-13.

[142] Lorenzo Spinelli, *Il diritto ecclesiastico dopo il Concilio Vaticano II*, Giuffrè, Milano, 1985², pp. 93 e 97 ss.

[143] Nei Preamboli ai Concordati con la Croazia, ad es., il forte legame identitario del popolo croato con la religione cattolica, reso plasticamente dall'equivalenza tra patrimonio storico e religioso cattolico, è evidenziato dall'«insostituibile ruolo storico ed attuale della Chiesa Cattolica in Croazia nell'educazione etica e morale del popolo». Così, Accordo per la collaborazione in campo educativo e culturale.

[144] Tale indirizzo appare chiaramente nel Concordato brasiliano. Cfr. Fabio Vecchi, *Il Concordato brasiliano del 2008* cit., p. 440.

[145] Si cita qui il testo dell'art.1.2 del recente Accordo-quadro con Timor Est (2015).

chiaro spostamento del *focus* dell'azione «sociale» della Chiesa tutto concentrato sulla «missione» sociale ma a discapito dell'«evangelizzazione», ossia al nucleo della presenza attiva della Chiesa nella sfera temporale: nucleo poggiante e non esauribile nella solidarietà verso i bisogni materiali dell'umanità indigente, ma su una proposizione spirituale di missione salvifica di ordine sacramentale, non politico[146].

Gli «Accordi-quadro» attualmente operanti, e il folto gruppo di quelli in attesa della ratifica ci avvertono, tuttavia, dell'aspetto puramente esteriore di tale neutralità. La riconduzione delle aspettative giuridiche dei Concordati entro un quadro di moderazione, pur non assicurando alla Chiesa una garanzia di immunizzazione assoluta dalle pur retrive conseguenze delle mutazioni dei regimi politici, ne ridurrebbe senz'altro il potenziale grado di conflittualità. Occorre tuttavia sottolineare, sotto questo aspetto, la collaudata e mai contraddetta prassi pattizia alla previdente proposizione di «clausole interpretative di resistenza», da impiegare non solo nella contrattazione per intesa, ma soprattutto nel caso di insorgenza di contrastanti vedute sull'interpretazione o sull'aggiornamento (applicazione) delle regole pattizie[147]. L'antica regola classica della «*amicabilis compositio*» ricorre incorrotta, infatti, in tutti gli Accordi concordatari del post-concilio e, pur nell'innovazione della tipologia negoziale, si conforma ai tradizionali principi *iuris gentium* orientati dalla clausola *rebus sic stantibus*[148].

Ma è la speciale conformabilità dei Concordati alla menzionata regola di adattamento alla *mutatio rerum* che illustra in modo inoppugnabile la correlazione stretta tra ordinamenti giuridici e l'articolazione – tanto intensa da non avere eguali nei circostanti rapporti internazionali per trattati – tra Concordato e Costituzione[149]. Questa speciale articolazione prevede operatività stabile del principio *rebus sic stantibus* in modo tale da garantire una speciale resistenza dell'accordo nella mutevolezza del regime politico (giustificando la legittima disapplicazione di clausole o norme divenute ormai ineseguibili).

---

[146] Sul punto, Lorenzo Spinelli, *Il diritto ecclesiastico* cit., p. 99. In tal senso si rinvia alle riflessioni di Giuseppe Dalla Torre, *Concordati dell'ultimo mezzo secolo* cit., p. 676.

[147] Per l'applicazione elastica e trasversale di tale clausola da parte della Sede Apostolica negli Accordi concordatari, ma anche in altre formule pattizie, si veda Fabio Vecchi, *L'evoluzione degli strumenti di amichevole composizione delle controversie internazionali nella diplomazia vaticana: dall'ermeneutica concordataria classica alla «mutual agreement procedure» delle convenzioni finanziarie*, in *Il diritto come "scienza di mezzo". Studi in onore di Mario Tedeschi* (a cura di M. d'Arienzo), Vol. IV, Pellegrini, Cosenza, 2017, pp. 2417 ss.

[148] Gaetano Catalano, *Problematica giuridica dei concordati* cit., pp. 12 ss., 52 ss., 70 ss. e 188 ss.

[149] Questa tesi, estremistica ma affascinante, è sostenuta da Werner Weber, *Die Ablösung der Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften*, Quell-Verlag, Stoccarda, 1948, p. 31.

Occorre in ogni caso avvertire che il richiamo al principio di collaborazione e alle «Carte e Fonti fondamentali» intese ad ispirare la condotta delle Parti al rispetto pattizio, rende oggi la previsione delle «clausole di resistenza» uno strumento di prevenzione di carattere formale dagli effetti meno intensi che nel passato. Pur tuttavia, la menzionata correlazione radicata sui principi groziani conserva tuttora una funzione di sostegno agli effetti concordatari, nel contemplare una graduazione nel ricorso a misure di autotutela in caso di evidenti e plateali condotte di inadempienza di obblighi pattizi da parte dello Stato contraente[150].

6. *Spunti critici conclusivi*

Le recenti linee evolutive che hanno trasformato la fisionomia dello strumento concordatario pongono allo studioso almeno due ordini di questioni che sono di natura formale e sostanziale.

Sotto il primo aspetto, l'evoluzione del modello giuridico pattizio conferma che i Concordati, similmente ad ogni fenomeno giuridico, soggiacciono a regole definitorie che non vanno necessariamente subordinate a criteri rigidi o condizionate a schemi precostituiti ed astratti. Questa avvertenza riposa in primo luogo sulla constatazione che tali speciali accordi internazionali, pur nella loro essenziale bilateralità, si flettono per modellarsi alle condizioni *de facto* vigenti nei regimi politici degli interlocutori e che contemplano uno strumentario unico nel suo genere per evitare la caducazione o la denuncia unilaterale in caso di inadempienza degli impegni (*amicabiles compositiones*, clausole di *stare pactis* e *rebus sic stantibus*). A questo fine pratico va altresì ricondotta l'attitudine degli accordi concordatari a non cristallizzarsi in forme esterne precostituite, ma a promuovere strutture negoziali pluriformi generali[151] («accordi-quadro», «accordi paralleli», «accordi regionali») in grado di meglio assecondare il dialogo tra le Parti sui principi e l'attuazione di quanto pattuito.

Tra questi, la tipologia per «accordi-quadro» si è dimostrata particolarmente adatta alla costruzione di una collaborazione costante tra le Parti. A ciò ha contribuito la possibilità di graduare le potestà contrattuali – non più funzione di competenza esclusiva di potestà supreme –, delegandole entro una scala gerarchica soggettiva favorente «salvifici» modelli di compartecipazione e di sussidiarietà orizzontale e verticale[152]. Per la Chiesa, ciò si è materializzato in

---

[150] Gaetano Catalano, *La natura giuridica dei Concordati nella moderna dottrina* cit., pp. 63-64.

[151] Si tralasciando qui le convenzioni minori, o preliminari usualmente adottate nell'attività diplomatica (scambi di Note, scambi di lettere, *modus vivendi* ecc.)

[152] Osserva Francesco Onida, *A vent'anni dal Concordato*, in QDPE 2004/1, Il Mulino, Bologna, p.

una sempre più marcata tendenza alla episcopalizzazione pattizia che, avviata da papa Wojtyla e proseguita dal suo successore, trova oggi un fervente sostenitore nel regnante Romano Pontefice[153].

Gli «accordi-quadro» stipulati in gran numero con Stati extraeuropei nel corso degli ultimi tre pontificati confermano il disegno conciliare tendente ad incrementare la tessitura di relazioni che prescindono dall'inquadramento confessionale dello Stato contraente[154].

Il secondo profilo ha molto a che vedere con il primo e si riallaccia a quel fenomeno di metamorfosi e di progressiva mutazione delle istituzioni che sembra procedere inarrestabile nell'Europa dei tempi correnti. Se ne hanno segnali eloquenti nella ridefinizione del «religioso», che non coincide più necessariamente con il modello cristiano-cattolico[155]; indicazioni similari sono suggerite dal fenomeno di contaminazione di categorie concettuali civilistiche all'interno di fonti del diritto canonico (i diritti dell'uomo, le libertà fondamentali, ecc.) chiaramente percepibile dai contenuti degli attuali accordi concordatari. Se da un lato la nuova stagione concordataria per «accordi-quadro» ha ottenuto un indiscusso successo nell'intento di «cancellare le asprezze dell'antico separatismo europeo ottocentesco»[156], dall'altro, apre ad una cooperazione asettica con la società civile e, con essa, a forme pratiche di sincretismo religioso determinate da una scala di valori etico-confessionali individualizzati, sul canovaccio delle menzionate categorie giuridiche civilistiche[157].

La chiave di ciò riposa nella più volte menzionata formula sacrale secondo cui: «Chiesa e Stato sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani»: precetto tanto politicamente suadente, da essere dogmatizzato ed universalizzato, ricorrendo, come già evidenziato, nella maggioranza dei vigenti testi concordatari. Formula, tuttavia, accompagnata all'impegno della «reciproca collaborazione, per la promozione dell'uomo ed il bene del Paese», quale norma programmatica connotante, come è stato bene messo in luce dalla dottrina, una «giustificazione umanistica» su cui, altrettanto opportunamente,

---

61, quanto grande debito debba riconoscere il modello concordatario, in Italia, ai fini della definitiva archiviazione dell'opzione separatista, al principio di sussidiarietà (specialmente orizzontale), quale strumento normativo grazie al quale alla Chiesa è stato «consentito di recuperare le molte competenze perdute tra il XIX e il XX secolo». Com'è evidente, si tratta di osservazioni applicabili estensivamente agli ordinamenti separatisti vigenti in molti Stati, che disinvoltamente tali si proclamano nelle Carte costituzionali, pur addivenendo volentieri a rapporti di tipo concordatario con la Chiesa di Roma.

153 *Chiesa italiana e Concordato nel tempo di Francesco*, in QDPE, 2016/2, Il Mulino, Bologna, p. 429.

154 Lorenzo Spinelli, *Il diritto ecclesiastico dopo il Concilio Vaticano II* cit., p. 105.

155 Marco Ventura, *L'eredità di Villa Madama* cit., pp. 1264-1265 e p. 1278.

156 Così, Carlo Cardia, *Concordato, intese, laicità dello Stato* cit., p. 25.

157 Pierluigi Consorti, *Diritto e religione*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 29.

è stato osservato il progressivo svincolamento da contenuti confessionali[158].

Tutto ciò è condivisibile in termini di constatazione fattuale. Assai meno accettabile ritenere come segno di progresso l'assorbimento della missione pastorale della Chiesa nella funzione di generico supporto sociale svolto nei tradizionali settori educativo, scolastico, assistenziale, deducendone una essenzialità capace di superare la *missio* canonica istitutiva[159]. Cosa resta della Chiesa missionaria nel senso evangelico del termine? Qui non è in discussione il fisiologico moto attrattivo dei Concordati verso l'una o l'altra delle due congenite polarità, giuridica e politica, quanto un deragliamento del postulato verso ben diversi lidi: deragliamento che offre chiari indizi emergenti nel Concordato-quadro brasiliano del 2008. Resta sullo sfondo il pericolo dell'omologazione in un più vasto fenomeno di globalizzazione del fattore religioso ed il suo svilimento a «prodotto finanziario» nel libero mercato di indistinti «valori umani»[160].

Al contrario, occorrerebbe ricordare che lo strumento concordatario accolto nella bimillenaria tradizione storica della Chiesa e del suo *Codex*, è stato inteso per assolvere ad un preciso ruolo di conformazione coerente con gli scopi istituzionali ecclesiali, in modo funzionale con la fondamentale essenza ontologica sacramentale che ne sostanzia la sua radice naturale ultima. La ragion d'essere del Concordato insiste nella sua capacità di combinare assieme criteri ordinanti (giuridici) e valori assiomatici (teologico-sacramentali). Rispetto ai sacramenti, infatti, i Concordati sono – e non possono abiurare o disattendere alla loro precipua natura – forme di forme: essi sono, in altri termini, strumenti tecnici diplomatici che si svolgono ad un primo e più esterno livello politico, al cui interno sussiste un ulteriore più profondo involucro tecnico formale di natura giuridica: si tratta dei canoni ecclesiali, a loro volta, forme giuridiche «ordinanti» di un livello nucleare puramente sacramentale.

Trascurare questo aspetto, in cui risiede la peculiarità giuridica dei Concordati, significa misconoscere quella stessa modernissima teorica della pluralità degli ordinamenti giuridici con cui, un secolo fa, Santi Romano pensava agli ordinamenti, individuando la loro dignità ed unicità giuridica in funzione della loro precipua ed inconfondibile natura ordinata.

---

[158] Carlo Cardia, *Il Concordato italiano nella prospettiva europea*, in *Il codice di diritto canonico* cit., p. 180.

[159] Si tratterebbe di un'azione la cui essenzialità «va ben oltre il profilo più immediatamente confessionale». Così, Carlo Cardia, *Ult.loc.cit*., p. 190.

[160] Cfr. Giorgio Rumi, *Laici o laicisti? Dibattito su democrazia e religione* (a cura di G. Rumi, F. Adornato, V. Possenti), Liberal libri, Firenze, 2002. Sul punto, Silvio Ferrari, *I Concordati di Giovanni Paolo II* cit., p.181.

La Corte d'appello dello Stato della Città del Vaticano e alcuni aspetti della sua competenza in materia disciplinare[*]

Carmela Ventrella

1. *Atti contrari alla dignità della persona e alla morale*

Un significativo ampliamento delle funzioni della Corte d'appello ha riguardato la competenza di valutare i ricorsi contro le decisioni della Commissione disciplinare dello Stato della Città del Vaticano. Il *Regolamento Generale per il Personale dello SCV* (RGPSCV) del 3 maggio 1995 n. 231 prevedeva che, contro i provvedimenti emessi a norma degli artt. 62 § 2 e 63-65, poteva essere inoltrato ricorso alla Corte di Appello dello Stato della Città del Vaticano, la quale si sarebbe pronunciata, con decisione non soggetta ad impugnativa, a norma dell'art. 15 della Legge Fondamentale della Città del Vaticano, 7 giugno 1929, n. I[1]. Tale competenza della Corte d'Appello è stata confermata dall'art. 66 del *Regolamento Generale per il Personale del Governatorato dello Stato della Città del Vaticano,* entrato in vigore il I gennaio 2011.

Nello specifico, la Corte d'appello, nella sua giurisdizione di legittimità sull'esercizio dell'azione disciplinare, ha la prerogativa di valutare i relativi provvedimenti sia sotto il profilo della violazione di legge sia sotto quello del non corretto esercizio del potere sanzionatorio derivante dai vizi di eccesso di potere e, segnatamente, di rispetto del procedimento formale, di adeguatezza della motivazione e di corretta percezione del presupposto di fatto.

Il caso che s'intende esaminare risulta rilevante ai fini che qui interessano

---

[*] Il presente contributo costituisce una parte della prima sezione di un lavoro monografico, in corso di elaborazione, sulla Corte d'appello vaticana. Si tratta, in particolare, della ricostruzione della giurisprudenza relativamente alla competenza della Corte a giudicare per legittimità i ricorsi contro le decisioni della Commissione disciplinare dello Stato della Città del Vaticano.

[1] *AAS* Suppl. 66 (1995), art. 68. v. altresì l'art. 6 del *Regolamento della Commissione disciplinare dello Stato della Città del Vaticano*, in *AAS* Suppl. 66 (1995). In senso conforme v. l'art. 7 del nuovo *Regolamento* entrato in vigore il 1 maggio 2008, in *AAS* Suppl. 79 (2008).

per le particolari questioni giuridiche che si profilano[2].

A seguito di intercettazioni telefoniche disposte dall'autorità giudiziaria italiana sulla base di un esposto, era stato avviato da parte della Procura della Repubblica presso la pretura di Roma un procedimento di accertamento penale nei confronti di due dipendenti dei Musei vaticani, che si era poi concluso con il rinvio a giudizio degli stessi. Ricevutane notizia dall'autorità italiana, il Delegato Speciale della Pontificia Commissione per lo Stato della Città del Vaticano provvedeva alla contestazione degli addebiti nei confronti degli imputati, domandando di far pervenire entro i dieci giorni di rito le eventuali discolpe[3]. Giudicate non soddisfacenti le giustificazioni addotte dai soggetti, il suddetto Delegato investiva della questione la Commissione disciplinare dello SCV, la quale, notificando l'apertura del procedimento, comunicava formalmente, ai sensi dell'art. 3 del proprio Regolamento, la contestazione dell'addebito per "reati di molestie a mezzo telefono e minacce" in danno di una collega. In entrambi i casi, veniva proposto ricorso di legittimità *ex* art. 68 del *RGPSCV* contro il provvedimento con il quale l'Amministrazione resistente, in applicazione della relativa deliberazione della Commissione disciplinare, disponeva il licenziamento ai sensi dell'art. 60 lett. a) e g), vale a dire "per gravi atti contrari alla dignità della persona e alla morale o che siano in grave contrasto con i doveri di fedeltà al servizio dello Stato della Città del Vaticano" e "per elementi, risultanti dagli atti di un procedimento giudiziario o disciplinare, che facciano ritenere la permanenza in servizio del dipendente incompatibile con la dignità dell'impiego nello Stato della Città del Vaticano"[4].

---

[2] *Sentenze* n. 58 e n. 59 del 1997.

[3] Art. 62 § 2 *RGPSCV*.

[4] L'art. 60 dispone:
Il licenziamento comporta la risoluzione del rapporto di lavoro ed è inflitto:
a) per gravi atti contrari alla dignità della persona e alla morale o che siano in grave contrasto con i doveri di fedeltà al servizio dello Stato della Città del Vaticano;
b) per grave abuso di autorità o di fiducia;
c) per gravi atti di insubordinazione commessi pubblicamente o di incitamento all'insubordinazione ;
d) per istigazione agli atti di cui all'art. 57 § 3, lettera e);
e) per violazione dolosa del segreto d'ufficio o dei doveri d'ufficio con pregiudizio dello Stato della Città del Vaticano o di terzi;
f) per uso illecito o distrazione di somme amministrate o tenute in deposito o di altri beni dello Stato della Città del Vaticano;
g) per elementi, risultanti dagli atti di un procedimento giudiziario o disciplinare, che facciano ritenere la permanenza in servizio del dipendente incompatibile con la dignità dell'impiego nello Stato della Città del Vaticano;
h) per sentenza penale di condanna passata in giudicato o per sentenza definitiva a seguito di procedimento per l'applicazione di pena su richiesta delle parti, emesse da qualsiasi Autorità civile o ecclesiastica, che rendano il dipendente indegno o immeritevole di prestare servizio allo Stato della Città del Vaticano. In questi casi non si richiede accertamento e valutazione dei fatti;

Preliminarmente si rileva che le norme che regolano il procedimento di ricorso contro le delibere della Commissione disciplinare dello SCV identificano i limiti della giurisdizione della Corte in quelli del giudizio di legittimità del provvedimento impugnato (art. 12 §1)[5] e che, nei casi in questione, l'unica indagine in fatto consentita riguarda l'esistenza dei presupposti richiesti per l'irrogazione della sanzione disciplinare, nonché l'esatta qualificazione giuridica degli stessi allo scopo di rapportarli alla figura tipica identificata nell'art. 60 lett. a) e g) del *RGPSCV*. In merito, in passaggi salienti della decisione, emerge come il procedimento disciplinare assuma la finalità particolare di tutelare, nell'ambito dell'organizzazione dell'Amministrazione, l'interesse pubblico al rispetto dei valori cui è ispirato lo SCV, dei quali significativamente "i funzionari e gli impiegati rappresentano gli organi funzionali o i mezzi personali di esecuzione"; questi, pertanto, non possono porre in essere condotte contrarie alla dignità della persona che, nella peculiare accezione, viene intesa anche nella sua esteriorità. In questa dimensione, la sanzione disciplinare esplica altresì un effetto di ristabilimento dell'immagine sociale lesa, in un'operazione di reintegrazione istituzionale dei valori morali tutelati attraverso la formale riprovazione di comportamenti illeciti.

La valorizzazione che, nel sistema vaticano riceve la dimensione "pubblica" della dignità, in contrapposizione alla considerazione del profilo eminentemente soggettivo propria degli altri ordinamenti, ha delle rilevanti ricadute in ambito giuridico quanto all'individuazione di declinazioni diverse della nozione stessa e della operatività della tutela sul piano pratico. Come si è già avuto modo di verificare sul versante della giurisprudenza in materia di diritto del lavoro[6], tale concetto in definitiva può essere colto essenzialmente in combinazione con il principio generale che discende dall'edificazione dell'ordinamento sull'azione imposta per la difesa dell'intesse generale, proiettandosi così in tutti i rapporti riferibili all'utilità comune. Come si legge nella *Prefazione* del nuovo *Regolamento Generale per il Personale del Governatorato dello Stato Città del Vaticano*, in sintonia con gli insegnamenti di Giovanni Paolo II sul significato del lavoro prestato alla Sede Apostolica, sin dal 1980 è stata elaborata una legislazione a tutela della dignità dei lavoratori "anche nel desiderio che la normativa desse *configurazione giuridica* a molti aspetti

---

i) per la fattispecie di cui all'art. 59.

[5] *Norme per la procedura di ricorso contro le delibere della Commissione disciplinare dello SCV*, 2 febbraio 1996, n. CCXLVIII, in *AAS* Suppl. 67 (1996).

[6] Cfr. Carmela Ventrella, *La visione "finalistica" del diritto vaticano: dimensione metagiuridica e controversie di lavoro*, in Giuseppe D'Angelo (a cura di), *Rigore e curiosità. Scritti in memoria di Maria Cristina Folliero*, tomo I, Giappichelli, Torino, 2018, p. 759 ss.

dell'insegnamento della Chiesa circa il valore del lavoro umano".

L'obbligo di fedeltà, evocato nelle norme regolamentari[7], implica il divieto di assumere condotte incompatibili con i fondamenti morali protetti in via diretta dall'ordinamento, identificabili secondo l'insegnamento etico della dottrina cattolica, o che creino situazioni di conflitto con le finalità e gli interessi superiori, venendo a ledere il presupposto fiduciario alla base del rapporto contrattuale[8].

In queste situazioni nelle quali pendono procedimenti penali presso l'autorità straniera, la sanzione disciplinare assume anche "una funzione preventiva di tutela dell'interesse pubblico dello Stato", nel senso cioè che si deve "evitare che la successiva formale punizione da parte dell'autorità procedente possa comportare negative conseguenze allo SCV, del quale l'incolpato possa essere considerato espressione". In questo senso, la differente prospettiva degli ordinamenti coinvolti comporta la reciproca ininfluenza dei procedimenti in svolgimento; infatti, con riferimento agli atti relativi ai casi in esame, risulta chiarificatrice la precisazione secondo la quale la Corte di appello dello SCV valuterà in modo completamente indipendente dall'autorità giudiziaria straniera, "alle risultanze della quale non può ritenersi minimamente vincolata". Devono, quindi, essere respinte le istanze di sospensione del giudizio vaticano in attesa della definizione del procedimento penale ancora in corso in Italia.

2. *Il matrimonio civile con divorziati*

Quanto detto in ordine alle estrinsecazioni del diritto alla dignità della persona e alla morale, nelle forme di tutela proprie dell'ordinamento vaticano,

---

[7] L'art. 16 stabilisce:
§ 1. I dipendenti hanno il dovere di svolgere il proprio lavoro con diligenza, esattezza e senso di responsabilità, in spirito di fedeltà alla Sede Apostolica, di solidarietà tra di essi e di disponibilità a prestare la propria opera, dovunque sia necessario. § 2. I dipendenti devono osservare le prescrizioni regolamentari che li riguardano, conformarsi alle direttive dei Superiori ed eseguire gli ordini legittimamente impartiti, pronti anche, in caso di necessità, a collaborare in compiti non attinenti alle proprie funzioni ed a supplire i colleghi assenti. § 3. Tutti sono obbligati ad osservare rigorosamente il segreto d›ufficio. Non possono, pertanto, fornire a chi non ne abbia diritto informazioni relative ad atti o a notizie di cui siano venuti a conoscenza a causa del loro lavoro. § 4. I dipendenti sono tenuti, anche nella vita privata, a professare la fede cattolica, a comportarsi secondo i suoi principi e a tenere una esemplare condotta morale e civile. § 5. I dipendenti sono tenuti a comunicare all›Ufficio del Personale le variazioni concernenti la composizione della propria famiglia e a mantenere aggiornati i dati di reperibilità informando tempestivamente circa eventuali cambiamenti di residenza e di domicilio.

[8] Tra le finalità del nuovo Regolamento generale per il personale del Governatorato dello Stato Città del Vaticano vi è "la consapevolezza della missione, che tutti, qualunque sia il ruolo affidato a ciascuno - dal Cardinale Presidente fino all'ultimo assunto in servizio - sono chiamati a svolgere a supporto del ministero universale del Sommo Pontefice verso la Chiesa e l'umanità intera" (*Prefazione*, n. 6 lett. c).

trova conferma in una sentenza della Corte d'Appello avente ad oggetto un ricorso contro la sanzione disciplinare del licenziamento applicata ad una dipendente vaticana per aver contratto matrimonio civile con un uomo divorziato[9].

Nel caso in esame viene in rilievo la situazione di particolare gravità rappresentata dalla recidiva: la donna aveva subito precedentemente un procedimento disciplinare, conclusosi con una sospensione per tre mesi, per avere la stessa intrecciato una relazione affettiva con un collega di lavoro, già coniugato, dalla quale era nato un figlio. In effetti il Promotore di Giustizia e il difensore della ricorrente avevano proposto l'eccezione preliminare, respinta dalla Corte, di preclusione (*ne bis in idem*) derivante dalla identità dei due giudizi disciplinari; il primo aveva infatti a oggetto una fattispecie di illecito (avere allacciato una relazione sentimentale con un collega già coniugato) diversa dalla seconda (avere celebrato matrimonio civile con persona già coniugata), ipotesi quest'ultima "autonoma e fornita di una propria specifica natura nonché lesiva di un ben identificato pubblico interesse".

La natura dell'addebito mosso alla ricorrente è tale che, per la sua determinazione, assume evidenza "in primo luogo la verificazione della situazione oggettiva di scandalo", non risultando influente nella ricostruzione della fattispecie sotto il profilo strettamente giuridico l'atteggiamento psicologico della donna[10]. Determinante è, invero, il rilievo attribuito al danno mediato (o riflesso) provocato dalla situazione *de qua*, generalmente indicato con il termine *scandalum* venendo ad assumere nel diritto canonico una rilevanza peculiare al punto che non solo è pienamente parificato al danno immediato ai fini dell'accertamento giudiziale[11], ma in alcuni casi è persino preminente

---

[9] *Sentenza* n. 78 del 2004.

[10] La Corte infatti decide di non ammettere la prova periziale psichiatrica richiesta dalla ricorrente.

[11] Cfr. Antonio Vitale, voce *Delitti-diritto canonico*, in *Enciclopedia del diritto*, 12, 1967, p. 32. Si fa rilevare da certa dottrina che il delitto canonico lede contemporaneamente la sfera delle pertinenze individuali e di quelle della comunità. Cfr. Tomas García Barberena, *Comentarios al Código de derecho canónico*, 4, Biblioteca de Autores cristianos, Madrid, 1964, p. 207; Juan Arias Gomez, *Principios basicos para la reforma del derecho penal canónico*, in *Ius canonicum*, 10, 1970, p. 186 ss.; Valentín Ramallo, *Derecho penalcanónico y libertad religiosa*, in *Revista española de derecho canónico*, 28, 1972, p. 6. Ciò deriva dal fatto che, diversamente da quanto accade per gli altri ordinamenti giuridici, dove l'interesse del singolo può anche non coincidere con il *bonum publicum*, nell'ordinamento canonico per il *supremum bonum spirituale* (unica finalità imprescindibile e determinata) il bene comune e il bene dei singoli coincidono perfettamente. Scrive Pio Fedele, *Introduzione al diritto canonico*, Multigrafica edit., Roma, 1979, p. 23, che «la tutela giuridica non si riferisce ad interessi e fini degli uomini considerati *uti singuli*, ma si riferisce ad un interesse e ad un fine superiore, spirituale, soprannaturale di fronte al quale gli uomini non possono essere considerati che *uti universi*; è impossibile la distinzione tra fine degli individui e fine dell'ordinamento, e questo fine è tale da postulare il riferimento delle norme agli uomini considerati uti universi, non gia uti singuli ». Sul punto cfr., altresì, Giuseppe Capograssi, *La certezza del diritto nell'ordinamento canonico*, in *Ephemerides iuris*

nell'ambito del giudizio di colpevolezza nell'applicazione della sanzione[12].

Sotto tale profilo, la dipendente vaticana aveva rassicurato che quanto alla produzione di un "possibile scandalo, indotto dalla propria situazione" non vi erano state conseguenze in quanto le vicende personali erano rimaste strettamente private, lamentando invece un atteggiamento persecutorio nei propri confronti e una disparità di trattamento: alle dipendenze del Governatorato della Curia romana e di Radio vaticana risultava la presenza di decine di uomini divorziati, risposati civilmente e anche con prole, nei confronti dei quali non era stato adottato il medesimo procedimento disciplinare.

La Commissione disciplinare, dopo esame degli atti e "senza omettere di considerare l'esistenza del precedente procedimento disciplinare" anche ai fini dell'applicazione della sanzione relativa alla recidiva, determinava all'unanimità di irrogare la sanzione del licenziamento in quanto il matrimonio civile con persone divorziate risulta gravemente contrario alla dignità della persona e alla morale nonché in grave contrasto con i doveri di cui all'art. 16 § 4 e dall'art. 60 lett. a) del *RGPSCV***.** Impongono una tale conclusione sia i principi della dottrina della Chiesa sia quelli del diritto canonico, violando i quali si crea una frattura pubblica e formale generatrice di scandalo ponendosi i responsabili, con coscienza, "al di fuori della disciplina ecclesiale". Nel caso in esame, in realtà, la necessaria consapevolezza dei nubendi e la relativa capacità in essi, "verificata peraltro dall'ufficiale di stato civile che raccoglie il consenso matrimoniale", implica la presenza di una strutturata volontà nella consapevolezza dell'atto compiuto e quindi di un atteggiamento psicologico disciplinarmente rilevante. Nella fattispecie, infatti, devono ritenersi sussistenti, oltre al fatto materiale, anche il titolo di responsabilità richiesto per l'irrogazione della sanzione disciplinare.

Non costituisce un'attenuante la circostanza secondo la quale la ricorrente desiderava attribuire, con il matrimonio civile, un padre al proprio figlio; infatti la vigente legislazione italiana, e quella esistente all'epoca dei fatti, equipara il figlio naturale riconosciuto a quello legittimo.

Quanto alla pretesa violazione del principio di imparzialità e uguaglianza di trattamento tra i dipendenti, la stessa non trova accoglimento in quanto il procedimento disciplinare colpisce una responsabilità individuale e uno specifico illecito. Ne segue che il mancato esercizio del potere disciplinare, in

---

canonici, 5, 1949, p. 11 ss. *Contra* Giuseppe Latini, *Nozione del delitto nel diritto penale della Chiesa*, in *Rivista di diritto ecclesiastico*, 33, 1922, p. 86 ss., il quale sosteneva, auspicandone l'accoglimento nella legislazione ecclesiastica, la distinzione tra delitto individuale e delitto sociale, a seconda che «la colpa teologica esterna, formale e grave» rimanga ristretta nel campo meramente personale o passi con lo scandalo nel campo sociale.

[12] Cfr. Carmela Ventrella Mancini, *L'elemento intenzionale nella teoria canonistica del reato*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 3 ss.

casi analoghi, non giustifica l'assoluzione del colpevole nei casi acclarati. La sanzione è irrogabile purché vi sia sussistenza e imputabilità del fatto; nel caso di specie, l'acquisizione delle certificazioni documentali d'ufficio mostrano come la Commissione disciplinare e il Governatorato non abbiano conosciuto o trattato precedentemente casi analoghi a quello in questione. Tale circostanza non consente pertanto la valutazione del profilo della irrazionalità che, in assenza di parametri di confronto, deve essere esclusa.

Né si può prospettare in astratto una persecuzione o *mobbing* contro la donna in quanto la sua condotta è sanzionabile con la misura disciplinare aggravata dalla recidiva. La Corte, pur richiamando l'Amministrazione all'obbligo di una rigorosa applicazione del Regolamento, evidenzia che, nell'ordinamento canonico, la punizione disciplinare tende, anche nei casi più gravi, a recuperare la persona e a facilitare la conservazione del soggetto sanzionato nell'ambito della società ecclesiale, specie in presenza di un sincero ravvedimento. Le azioni di recupero, auspicate dalla Corte, sarebbero in sintonia con quanto espresso da Giovanni Paolo II nella *Familiaris Consortio* in merito alla volontà di non considerare i divorziati come separati dalla Chiesa, potendo gli stessi, in quanto battezzati, partecipare alla sua vita.

3. *Giudizio di legittimità e tutela dei diritti*

Ai sensi dell'art. 16 § 1 del *RGPSCV*, l'obbligo di fedeltà del lavoratore consiste nel dovere di svolgere il proprio lavoro con diligenza, esattezza e senso di responsabilità, in spirito di fedeltà alla Sede Apostolica, di solidarietà economica e sociale tra i colleghi e di disponibilità a prestare la propria opera, dovunque sia necessario. Ciò comporta che l'ingerenza, nell'adempimento dei doveri di servizio, di realizzazione di finalità estranee o incompatibili con quelle del preminente soddisfacimento dell'interesse generale costituisce una legittima causa di risoluzione del rapporto di lavoro ove si accerti la strumentalizzazione, per fini personali, del ruolo ricoperto all'interno dell'Amministrazione. È quanto accaduto in un procedimento che vede coinvolto un dipendente della Farmacia vaticana, accusato sia di distrazione di medicinali avariati e/o scaduti sia di aver operato sconti non consentiti sui medicinali forniti al pubblico[13]. La Commissione disciplinare irrogava la sanzione disciplinare del licenziamento ai sensi dell' art. 60 lett. a), b), e), f), g) del *RGPSCV*[14].

---

[13] *Sentenza* n. 86 del 2007.

[14] v. *supra* nt. 4.

Con riguardo all'oggetto del ricorso presso la Corte di Appello, la sentenza rileva altresì per alcune interessanti considerazioni in merito alla natura del "giudizio di legittimità". A differenza di quanto previsto per la pura giurisdizione di legittimità, la Corte, oltre ad un'attività istruttoria[15], ha il potere di pronunciarsi, ove richiesto formalmente, sul risarcimento del danno e, qualora ne dichiari la illegittimità, a rimettere la propria decisione alla competente Autorità dello SCV perché vi si conformi provvedendo alla revoca totale o alla modifica parziale dell'atto impugnato[16]. In merito, si evidenzia come queste due ultime prerogative incidano sul concetto e la portata della giurisdizione di legittimità: la prima è interpretata come un'anticipazione nella normativa vaticana citata della riforma di cui alla Legge 205/2000 che, modificando l'impianto originario della giurisdizione di legittimità di cui alla L. 1034/1971[17], ha concesso al giudice italiano, oltre all' annullamento dell'atto lesivo di interessi legittimi, il potere di valutazione sulla risarcibilità del danno provocato dall'atto illegittimo della pubblica amministrazione. La seconda prerogativa è, poi, la conseguenza del fatto che la decisione della Corte in materia disciplinare non è soggetta ad impugnativa e che non è previsto nell'ordinamento vaticano un procedimento corrispondente a quello italiano di ottemperanza al giudicato di legittimità. La parte datrice di lavoro, nel caso di specie il Governatorato, deve infatti provvedere, secondo le indicazioni vincolanti della Corte, alla revoca totale o alla modifica parziale dello stesso; in questo ultimo caso, perché non si configuri una violazione del giudicato, la riforma deve essere completamente corrispondente con la motivazione della sentenza[18].

L'esame della regolarità della fase procedimentale antecedente la decisione della Commissione di disciplina consente poi di cogliere, nell'articolato sistema vaticano delle fonti, gli aspetti peculiari del principio fondamentale del diritto di difesa; in conformità con l'art. 1 della Legge LXXI del 1 ottobre 2008, delle decisioni rotali, del c.p.c. vaticano e, per il diritto italiano, degli artt. 3 e 24 della Costituzione nonché della giurisprudenza della Cassazione,

---

[15] *Norme per la procedura di ricorso contro le delibere della Commissione disciplinare dello SCV*, cit., artt. 7, 4°, 10; cfr. Juan González-Ayesta, *Norme per la procedura di ricorso contro le delibere della Commissione disciplinare dello Stato della Città del Vaticano*, in *Ius Ecclesiae,* 9, 1997, p. 809 ss.

[16] v. *Norme per la procedura di ricorso contro le delibere della Commissione disciplinare dello SCV*, cit., art. 12 § 2.

[17] v. artt. 2-4.

[18] Come si legge nella sentenza citata, tale lettura interpretativa è stata confermata dalla riforma dello Statuto dell'ULSA del 7 luglio 2009 il quale all'art. 11, I comma, statuisce che chiunque ritenga di essere stato leso da un provvedimento amministrativo in materia di lavoro, salvo che lo stesso risulti approvato in forma specifica dal Sommo Pontefice, può proporre istanza all'Ufficio del lavoro oppure può adire l'Autorità giudiziaria vaticana.

il diritto di difesa, oltre che dalla partecipazione delle parti, dall'assistenza tecnica fornita pure da una persona di fiducia scelta nell'ambito dei dipendenti o dei pensionati dello SCV[19], dalla chiara formulazione della contestazione, dalla possibilità di accesso agli atti, dalla adeguata e specifica identificazione della fattispecie disciplinare, s'intende garantito, in una connotazione peculiare in questo genere di controversie, dalla presenza di un rappresentante della Associazione dei dipendenti laici della Santa Sede. Tale prassi, in perfetta adesione alla dottrina sociale della Chiesa, favorirebbe la correttezza e la legittimità del lavoro della Corte che "è al servizio della Sede Apostolica e della carità e giustizia che devono caratterizzare qualsiasi missione della Chiesa santa"[20].

Di notevole interesse, sia per l'applicazione del nuovo Regolamento generale per il personale del Governatorato dello SCV sia per le scritture preparatorie del Promotore di giustizia della Corte d'Appello, risultano essere due ricorsi contro l'applicazione, ai sensi dell'art. 58 § 1, lett. b), d), e), f) del Regolamento suddetto, della sanzione disciplinare del licenziamento irrogata a due dipendenti; l'accusa è quella di avere, in concorso, distratto in proprio favore ed essersi indebitamente appropriati, diverse volte, in più tempi e in diverse occasioni, di denaro di spettanza del Governatorato, proveniente dalla vendita al pubblico dei biglietti d'ingresso ai Musei del Vaticano[21].

Nelle suddette scritture emerge in modo particolare il delicato rapporto tra la peculiare rilevanza attribuita alla "comprensione umana della vicenda" in considerazione di fattori sociali ed economici, quali la grave crisi della storia italiana contemporanea e le inevitabili conseguenze sulle condizioni psichiche dei soggetti anche con riguardo alla vita familiare, e la necessità di tutelare sempre e in ogni caso le esigenze del *rigor iuris* (non meno urgente della *caritas*), nella consapevolezza che l'ordinamento giuridico vaticano riconosce nell'ordinamento canonico la prima fonte normativa ed il primo criterio di riferimento interpretativo.

Inoltre, alcuni passaggi risultano molto utili per il chiaro quadro in cui vengono a essere rimarcati i punti di contatto e di divergenza del procedimen-

---

[19] v. art. 3 § 2 *Decreto n. LIX del Regolamento della commissione disciplinare dello SCV*.

[20] La sentenza dichiara il provvedimento disciplinare illegittimo per violazione di legge (principio di difesa) ed eccesso di potere a motivo del difetto di motivazione, errore sul presupposto rappresentato da un fatto che si è rivelato meno grave di quello previsto per l'adozione del provvedimento di licenziamento, difettosa definizione dell'illecito disciplinare concreto da confrontare con le ipotesi legali che comminano la sanzione di licenziamento. La presente sentenza viene rimessa al Governatorato dal quale il ricorrente dipende per la riforma del provvedimento. Non si pronuncia sul risarcimento del danno perché non vi è stata una formale domanda.

[21] *Sentenze* n.98 e n. 99 del 2013.

to penale dal procedimento disciplinare, "segnatamente quello riguardante il personale di uno Stato strumentale all'esercizio della funzione universale, salvifica e caritativa della Chiesa cattolica". Così, nel confronto con il processo penale[22], si evidenzia come nel procedimento disciplinare la valutazione dell'elemento soggettivo "non ha lo stesso rilievo, prevalendo l'accertamento dell'illecito in sé"[23]. Infatti nella sentenza n.98/2013 si afferma che non può essere accolto il motivo di ricorso fondato sul fatto che la circostanza di malfunzionamento del sistema informatico della biglietteria dei Musei abbia inciso sull'intenzionalità del dipendente. Si precisa che tale circostanza, valutabile dal Tribunale penale, rimane irrilevante ai fini della responsabilità disciplinare così come la considerazione della condotta di vita precedente, dello stato di servizio, della fragilità psichica nella quale il soggetto versava[24].

Con riferimento, poi, al problema dell'esistenza di un nesso di priorità logico-giuridica tra gli stessi, si precisa l'assoluta indipendenza tra i procedimenti sostenendo l'assenza, nel sistema vaticano, di una pregiudizialità penale rispetto ai procedimenti disciplinari; a volte, infatti, non viene ammessa come motivo di ricorso contro il provvedimento di licenziamento la circostanza che sia ancora pendente il processo penale a carico dell'imputato e che quindi i reati attribuitigli non siano ancora accertati, giungendo, in alcuni casi e con argomentazioni opinabili, persino a negare la cessazione della materia del contendere – e quindi la destituzione di diritto[25] – con riguardo alla controver-

---

[22] Nella prospettiva differente del processo penale, il giudizio di colpevolezza si compie, invece, in una dimensione individuale, nella quale, accanto alla considerazione della natura dell'illecito, la personalità del soggetto emerge dalla complessità delle circostanze, delle motivazioni e finalità, delle valutazioni di coscienza, che sono alla base dell'atto di volontà, da cui ricavare il grado di ribellione al diritto. In questo senso, si è ritenuto che proprio il diritto canonico costituisca il banco di prova di un «diritto penale dell'atteggiamento interiore» (*Gesinnungsstrafrecht*), secondo un noto orientamento della dogmatica penalistica tedesca. Cfr. Giuseppe Bettiol, *Sullo spirito del diritto penale canonico dopo il Concilio «Vaticano II»*, in AA.VV., *Festschrift für Ernst Heinitz*, Walter de Gruyter & co., Berlin, 1972, p. 844; Raffaele Coppola, *La non esigibilità nel diritto penale canonico. dottrine generali e tecniche interpretative*, Cacucci, Bari, 1992, p. 278 ss. Sul ruolo decisivo dello «stato di coscienza» nel diritto penale canonico cfr. Libero Gerosa, voce *Delitto e pena nel diritto canonico*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 4, 1990, p. 350 ss.

[23] Scrittura preparatoria del Promotore di giustizia 98 del 2013.

[24] v.*Sentenza* n. 101 del 2015.

[25] L'art. 59 del *Regolamento generale per il Personale del Governatorato* stabilisce:
§ 1. Si incorre nella destituzione di diritto per condanna passata in giudicato concernente delitto doloso, commesso anche precedentemente all›assunzione in servizio, pronunciata dalla competente Autorità dello Stato della Città del Vaticano o da quella di altro Stato, che faccia ritenere la permanenza in servizio del dipendente incompatibile con la dignità dell›impiego presso il Governatorato. In questi casi non si richiede accertamento e valutazione dei fatti.
§ 2. La destituzione di diritto va comunicata al Fondo Pensioni per le determinazioni di sua competenza.
§ 3. Il destituito di diritto non può essere riassunto.

sia disciplinare in oggetto pur in presenza di una sentenza penale, passata in giudicato, che riconosce la responsabilità penale dell'imputato.

Si osserva, a tal proposito, che il ricorso contro il provvedimento del licenziamento "è completamente distinto dalla sentenza penale, emessa solo successivamente", nelle more cioè della procedura di ricorso contro la delibera assunta dal Presidente del Governatorato[26]. In sintesi, l'accertamento penale non è preclusivo alla valutazione autonoma del medesimo fatto in sede disciplinare.

[26] v. sentenza 101/2015.

Principio Nullus invitis detur episcopus, politiche giurisdizionaliste e diritto di resistenza nei confronti della Santa Sede. Il caso della nomina dell'arcivescovo Tommaso Cervioni a Lucca (1729-1731)

Daniele Edigati

1. *Una breve introduzione. Un tema attuale*

La Chiesa […] è come in stato di vedovanza per aver impedito al vescovo di andarvi […] Chi si è opposto alla presa di possesso del Vescovo Mons. Okpaleke vuole distruggere la Chiesa; ciò non è permesso; forse non se ne accorge, ma la Chiesa sta soffrendo e il Popolo di Dio in essa. Il Papa non può essere indifferente[*].

Sono parole piuttosto dure, recentemente pronunciate da Papa Francesco a proposito della situazione che sta oramai da anni affliggendo la diocesi nigeriana di Ahiara, al di cui vescovo, eletto il 7 dicembre 2012, è stata impedita *de facto* la presa di possesso, tanto da render necessaria la nomina di un amministratore apostolico nella persona del cardinale John Onaiyekan. La popolazione locale – laici, ma anche chierici – ha opposto infatti resistenza a motivo dell'etnia del vescovo eletto, proveniente da un'altra regione nigeriana, a tal punto da spingere il Pontefice a chiedere un atto di sottomissione e a minacciare la sanzione canonica della sospensione *a divinis* nei confronti degli ecclesiastici riottosi. Che però son serviti a poco, tanto che – è cronaca di questi ultimi giorni – alla fine il Papa ha dovuto accettare la rinuncia del vescovo Okpaleke.

Tre anni dopo, nella diocesi cilena di Osorno è sorto un altro caso di grave contestazione di un nutrito gruppo di laici, che hanno osteggiato la presa di

---

[*] Abbreviazioni: ASLu per Archivio di stato di Lucca; ASV per Archivio segreto vaticano; *DBI* per *Dizionario biografico degli italiani*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1960 s.

Parole del Santo Padre Francesco ai membri della delegazione della diocesi di Ahiara (Nigeria), giovedì 8 giugno 2017, fonte: *https://w2.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2017/june/documents/papa-francesco_20170608_diocesi-ahiara.html*.

possesso da parte del vescovo Juan Barros Madrid, accusandolo di complicità in casi di pedofilia. Rivolgendosi ai vescovi cileni, queste associazioni laicali rispolveravano una lettera inviata dal papa Celestino I per la quale *Nadie sea dado como obispo a quienes no lo quieran*.

La problematica sottesa ingenera una serie di quesiti che lambiscono sia il potere e la libertà di elezione dei vescovi da parte del Sommo Pontefice, sia l'eventuale sussistenza di un diritto del clero e dei fedeli laici non soltanto di intervenire sul processo di designazione dell'Ordinario, quanto di resistere alla determinazione papale, rifiutando la persona scelta per una serie di motivazioni che la rendono particolarmente sgradita.

Come è noto, in particolare grazie alle ricerche di Orazio Condorelli[1], una tale opposizione è stata conosciuta fin dai primi secoli della cristianità, in quanto cristallizzata nella suddetta lettera di papa Celestino I ai vescovi della Gallia nel 428. Inclusa da Graziano nel suo Decreto[2], la lettera enunciava il principio *Nullus invitis detur episcopus*, espressione del profondo legame esistente fra il vescovo e la Chiesa particolare di cui è pastore: in sostanza, si doveva «garantire, per quanto possibile, che il prelato eletto» fosse «espressione del corpo clericale operante nella diocesi» e «solo in mancanza di idonei candidati»[3] si sarebbe rivolto lo sguardo fra *peregrini et extranei*. Nel contesto del V secolo dopo Cristo, tale massima – che secoli dopo sarebbe stata connessa al principio *Quod omnes tangit debet ab omnibus approbari*[4] – aveva una connessione con le forme di partecipazione popolare all'elezione del vescovo, che però già nell'Alto Medioevo subirono pesanti limitazioni sotto l'influsso crescente del potere politico e che poi, con la rivoluzione pontificia dell'XI se-

---

[1] Orazio Condorelli, *Principio elettivo, consenso, rappresentanza. Itinerari canonistici su elezioni episcopali, provvisioni papali e dottrine sulla potestà sacra da Graziano al tempo della crisi conciliare (secoli XII-XV)*, Il Cigno Galilei, Roma, 2003, spec. pp. 18 s.

[2] D. 61, c. 12-13.

[3] Orazio Condorelli, *Principio elettivo*, cit., p. 19. Sul principio cfr. nella vasta bibliografia Robert Louis Benson, *The bishop-elect. A study in medieval ecclesiastical office*, Princeton University Press, Princeton, 1968, pp. 25 ss; Arthur P. Monahan, *Consent, coercion, and limit: the medieval origins of parliamentary democracy*, Brill, Leiden, 1987, p. 47; Anton Landersdorfer, *Die Bestellung der Bischöfe in der Geschichte der Katholischen Kirche*, in *Münchener Theologische Zeitschrift*, 41, 1990, pp. 271-290; Peter Norton, *Episcopal elections. 250-600: hierarchy and popular will in late antiquity*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 42 ss. Vedi poi Julio Eugui, *La partecipazione della comunità cristiana all'elezione dei vescovi tra il I e il V secolo*, in Domingo Javier Andrés Gutiérrez (a cura di), *Il processo di designazione dei vescovi. Storia, legislazione, prassi. Atti del X Symposium canonistico-romanistico. 24-28 aprile 1995*, a cura di, PUL, Roma, 1996, pp. 49-66 e, in questo stesso volume, Peter Erdö, *I criteri per la designazione dei vescovi nel Decreto di Graziano*, pp. 105-127 (spec. pp. 110-111 e nt. 16).

[4] Orazio Condorelli, *«Quod omnes tangit ab omnibus approbari debet». Note sull'origine e sull'utilizzazione del principio tra medioevo e prima età moderna*, in *Ius canonicum*, 53, 2013, p. 110.

colo, sarebbero state decisamente accantonate a vantaggio del potere di provvista del papa[5]. A lungo rimase comunque nella dottrina la discussione sulla *malitia plebis* come causa di rinuncia all'ufficio, anche episcopale[6].

Le antiche modalità di elezione tornarono a esser considerate più avanti proprio a seguito di eventi che minarono l'autorità centrale della Chiesa, ossia la crisi generata dallo scisma d'Occidente, che portò in auge le tesi conciliariste[7]. Con l'età moderna, l'avvento del giurisdizionalismo e col fiorire delle nuove ricerche storiche e documentarie di impostazione erudita[8], il principio sotteso al canone del *Decretum* fu rispolverato, assumendo un'ulteriore coloritura. Esso venne talora evocato non più per giustificare un'opposizione intra-ecclesiale, bensì per invocare quanto meno un diritto di veto a favore del sovrano nei casi in cui egli non possedesse già altri validi strumenti – come il giuspatronato o il potere di presentare una rosa di nominativi graditi alla Corona – per influenzare la scelta dei vescovi di diocesi con sede nei propri territori.

2. *I fatti: l'inattesa nomina di Tommaso Cervioni e la reazione lucchese*

Di questi strumenti era per l'appunto priva la Repubblica di Lucca, che solo in seguito e proprio sulla spinta delle vicende che illustreremo, avrebbe insistito per acquistare il giuspatronato. Nella propria azione di governo, il piccolo stato, fiero della sua lunga tradizione di libertà politica, combinava prudenza[9] e moderazione con una vigorosa capacità di resistenza verso la stes-

---

[5] Jean Gaudemet, *De l'élection à la nomination des évêques. Chngement de procédure et conséquences pastorals. L'exemple français (XIII-XIV siècles)*, in *Il processo di designazione dei vescovi*, cit., pp. 137-156.

[6] Pier Giovanni Caron, *La rinuncia all'ufficio ecclesiastico nella storia del diritto canonico dall'età apostolica alla riforma cattolica*, Vita e pensiero, Milano, 1946, pp. 71-72, 95, 178 e *passim*.

[7] Sul recupero del principio in oggetto da parte di un celebre autore come Niccolò Cusano, vedi ancora Orazio Condorelli, *Principio elettivo*, cit., pp. 155-156.

[8] Cfr. tra gli altri: Vettor Sandi, *Principj di storia civile della Repubblica di Venezia*, presso Sebastian Coletti, Venezia, 1772, III, p. 340 (su cui vedi Francesco Dalla Colletta, *I principi di storia civile di Vettor Sandi. Diritto, istituzioni e storia nella Venezia di metà Settecento*, Istituto veneto di scienze, lettere ed arti, Venezia, 1995, pp. 246-247), ma prima e più autorevolmente anche Noël Alexandre, *Historia ecclesiastica Veteris Novique Testamenti ab orbe condito ad annum post Christum natum millesimum sexcentesimum: et in loca ejusdem insignia dissertationes historicae, chronologicae, criticae, dogmaticae*, V, typis Leonardi Venturini, Lucae, 1751, p. 439.

[9] Su Lucca, Renzo Sabbatini, *Lucca, la Repubblica prudente*, in *Repubblicanesimo e Repubbliche nell'Europa di Antico Regime*, a cura di Elena Fasano Guarini, Marco Natalizi, Renzo Sabbatini, Franco Angeli, Milano, 2007, pp. 253-286. Più in generale: Stefano Andretta, *L'arte della prudenza: teorie e prassi della diplomazia nell'Italia del XVI e XVII secolo*, Biblink, Roma, 2006.

sa autorità ecclesiastica, come aveva dimostrato nel confronto con il vescovo Franciotti, che era sfociato addirittura in un clamoroso interdetto, fulminato dalla Santa Sede nel 1640[10]. Senza proclamazioni o rivendicazioni fragorose di *iura circa sacra*, la Repubblica aveva nel corso del tempo esercitato il proprio ruolo di protezione verso la Chiesa nel quale rientravano a titolo di possessorio prerogative di natura giurisdizionalista, come l'*exequatur* o l'impiego esclusivo del potere coattivo[11]. Le dinamiche ebbero un mutamento nel corso dell'età moderna: se inizialmente attriti esplosero anche con presuli appartenenti al patriziato lucchese, come i due Guidiccioni, in seguito i problemi vennero suscitati soprattutto da forestieri.

In particolare, nel primo quarto del XVIII secolo, la Repubblica aveva dovuto affrontare un vescovo milanese come Genesio Calchi, con il quale si incrinò presto il rapporto di fiducia. Calchi aveva attentato allo *status quo*, introducendo svariate novità tendenti a rafforzare un libero e pieno esercizio della giurisdizione episcopale, svincolato da qualsiasi controllo statale. Nella sostanza, tutto ciò originava dallo sceverare la condizione lucchese da quella dei principi maggiori: secondo il vescovo, il senato di Lucca – organo supremo e da equipararsi al principe – non poteva fregiarsi né far uso di prerogative verso la Chiesa che spettavano solamente a monarchie potenti, come quella spagnola nel ducato di Milano. La Sede Apostolica, pur sostenendo in modo sotterraneo l'azione di Calchi, non giunse fino a lanciare nuove sanzioni canoniche.

Uscita vincitrice dallo scontro con Calchi e scampato il pericolo dell'imposizione di un metropolita attraverso l'elevazione della sede episcopale ad arcidiocesi, Lucca aveva vissuto alcuni anni di pacifiche relazioni con il potere religioso sotto il governo di monsignor Bernardino Guinigi. Agli inizi del 1729, però, l'arcidiocesi stava per rendersi vacante a causa delle precarie condizioni di salute di Guinigi. Prima ancora che questi spirasse, il governo della Repubblica attivò i propri canali diplomatici a Roma per far sentire la propria voce nella procedura di designazione del nuovo arcivescovo. L'agente lucchese presso la Santa Sede, il canonico Giovanni Iacopo Fatinelli, aveva

---

[10] Sull'interdetto, cfr. Rita Mazzei, *La questione dell'interdetto a Lucca nel secolo XVII*, in *Rivista storica italiana*, 85, 1973, pp. 167-185. Utili ragguagli anche in Giorgio Tori, *I vescovi della diocesi di Lucca in epoca moderna*, in Claudio Lamioni (a cura di), *Istituzioni e società in Toscana nell'età moderna. Atti delle giornate di studio dedicate a Giuseppe Pansini, Firenze, 4-5 dicembre 1992*, Ministero per i beni culturali e ambientali, Roma, 1994, II, pp. 725-726; Dario Busolini, *Franciotti, Marco Antonio*, in *DBI*, 50, 1998, p. 162.

[11] Sia consentito, oltre che per questo specifico aspetto, anche per un quadro generale sulle relazioni fra la Repubblica e la Chiesa nel '700 a Daniele Edigati, *Un altro giurisdizionalismo. Libertà repubblicana e immunità ecclesiastica a Lucca fra Antico Regime e Restaurazione*, Aracne, Roma, 2016. Vedi prima anche Anna Vittoria Migliorini, *Lucca e la Santa Sede nel Settecento*, ETS, Pisa, 2003.

dichiarato al cardinale Lercari, segretario di stato di Benedetto XIII, che «il servizio di quella Chiesa, e la quiete della Republica» richiedevano una «ben matura, e ponderata elezione per molti riflessi; premendo à quel Governo, che l'animo di S.B.» non si esplicitasse «prima della vacanza, à fine di dar luogo a' quelle considerazioni, che possono cadere più in un soggetto, che in un altro»[12]. Forse non era il miglior approccio con un Papa come Pietro Orsini, tanto che Lercari, non appena gli accennò le richieste lucchesi, si vide rispondere in tono infastidito con un quesito retorico: «e che pretendono d'aver la nomina?»[13].

Fin poco dopo la morte di Bernardino Guinigi erano state date istruzioni al Fatinelli per far pervenire i propri *desiderata* a Benedetto XIII, primo fra tutti quello di avere un vescovo già cardinale, che avrebbe potuto dunque conferire i benefici (semplici e curati) senza intervento della Dataria apostolica e soprattutto senza fuoriuscite di denaro dallo stato[14]. L'ideale sarebbe stato un prelato amico, come Prospero Lambertini, all'epoca arcivescovo di Ancona e che anche in seguito avrebbe sostenuto le istanze lucchesi presso la Santa Sede; in secondo luogo, il governo della piccola Repubblica aveva pensato a due cardinali domenicani di recente nomina e quindi graditi al Papa, Gregorio Selleri e Vincenzo Gotti, che avrebbero però presto declinato l'offerta.

Come un fulmine a ciel sereno, nel bel mezzo degli sforzi per trovare candidati alternativi, il primo febbraio, poche settimane dalla morte di Guinigi, giungeva la notizia che in Concistoro il Papa aveva già fatto il nome del nuovo arcivescovo nella persona del vescovo di Faenza, l'agostiniano Tommaso Cervioni[15]. La nomina era stata indubbiamente irrituale, non solo perché l'eletto

---

[12] ASLu, *Offizio sopra la giurisdizione*, 173, lettera del Fatinelli al cancelliere della Repubblica del 8 gennaio 1729. Questo mazzo di carte riunisce tutta la corrispondenza in arrivo da Roma sul caso Cervioni.

[13] *Ivi*. Lercari, vedendo la reazione del Papa, evitò di consegnargli la memoria scritta predisposta dalla Repubblica.

[14] Lo spiega assai chiaramente Giovan Battista De Luca, *Il cardinale della S.R. Chiesa pratico*, Roma, nella Stamperia della Reverenda Camera Apostolica, 1680, cap. XVIII, pp. 181 ss: a differenza dei vescovi, ai cardinali era attribuita anche la collazione dei benefici riservati alla Santa Sede, con rare eccezioni.

[15] Tommaso Cervioni (1672-1742), nativo di Montalcino, nel senese, era vescovo di Faenza dal 1726, ma prima aveva insegnato teologia dogmatica in diverse facoltà della penisola ed era stato segretario e quindi superiore generale dell'ordine agostiniano. Fra le sue opere a stampa, oltre a un'orazione e un panegirico, si conservano una raccolta di poesie, una tragedia e un dialogo poi musicato. Notizie su di lui in Giovanni Cinelli Calvoli, *Biblioteca volante continuata dal dottor Dionigi Andrea Sancassani*, presso Giambattista Albrizzi, Venezia, 1735, II, p. 130; Andrea Strocchi, *Serie cronologica storico-critica de' vescovi faentini*, Montanari e Marabini, Faenza, 1841, pp. 232-234; Luca Giuseppe Cerracchini, *Fasti teologali ovvero notizie istoriche del collegio de' teologi della sacra università fiorentina dalla sua fondazione all'anno 1738*, per Francesco Moücke, Firenze, 1738, pp. 673-675.

non aveva pagato una serie di balzelli per i corrispondenti decreti, quanto anche perché non era stata preceduta da un'adeguata indagine sullo stato della Chiesa locale e sulle qualità del soggetto proposto[16]. Il Papa aveva voluto anche che Cervioni presentasse immediatamente istanza per il pallio nello stesso Concistoro, cosa che doveva esser fatta tramite un avvocato concistoriale e che invece avvenne mediante un ministro di cancelleria. Era dunque evidente come la scelta di Cervioni fosse stata una decisione personalmente assunta dal Pontefice – frutto della stima verso il prelato e della sua peculiare predilezione per l'ordine agostiniano – e non fosse passata per i canali ordinari. Benedetto XIII, non interessato e neppure particolarmente capace di gestire gli affari politici[17], non aveva ben ponderato le implicazioni schiettamente politiche di un cotale atto.

Mentre Fatinelli tracciava un profilo positivo dell'eletto, come religioso mite e pacato, mai entrato in contrasto, nel suo ministero pastorale faentino, con il proprio metropolita, con il cardinale legato e con le autorità civili, la scelta allarmò fin da subito le autorità lucchesi per la sua provenienza: egli era infatti suddito granducale. Certo, le caratteristiche e le qualità personali di Cervioni non facevano temere di per sé di avere alla guida della potente Chiesa locale un nemico risoluto, quale era stato solo pochi anni prima Genesio Calchi. La Repubblica aveva allora dovuto attuare una durissima politica di fatto per piegare Calchi e ne era uscita vincitrice, non senza un grosso sforzo diplomatico con Roma. Se l'arrivo di Cervioni non preoccupava sotto questo punto di vista, i lucchesi lo temevano sotto altri aspetti, come ben emergeva dalla prima relazione di una deputazione di tre cittadini eletti dal Consiglio generale per esaminare l'affare. I fiorentini usavano «ogni artifizio per far'comparire» la loro «superiorità in questo dominio»[18] ma a render ancor più pericoloso l'ingombrante vicino era l'imminente fine dei Medici e l'arrivo di una ben più potente dinastia sul trono granducale. Il nuovo arcivescovo avrebbe potuto assurgere a strumento insidioso di un sovrano minaccioso e avrebbe inoltre potuto favorire l'acquisizione di benefici del clero toscano in terra lucchese, fenomeno facilitato dalla mancata sovrapposizione fra i confini della diocesi e quelli dello stato. Del resto, è pur vero che Cervioni aveva avuto la stima e i favori di Cosimo III e Gian Gastone, che lo aveva proposto

---

[16] Da quanto ne sapeva Fatinelli, sulle qualità del Cervioni erano stati esaminati due soli testimoni, uno dei quali era l'agente dell'eletto (cfr. lettera di Fatinelli alla Repubblica del 10 febbraio 1729 in ASLu, *Offizio sopra la giurisdizione*, 173).

[17] Rinvio al celebre giudizio di Ludovico von Pastor, *Storia dei Papi dalla fine del Medioevo*, XV, *Storia dei Papi nel periodo dell'assolutismo dall'elezione di Clemente XI sino alla morte di Clemente XII*, Desclée, Roma, 1933, p. 505.

[18] ASLu, *Offizio sopra la giurisdizione*, 172.

perfino nella rosa dei candidati graditi per il vescovato di Pienza[19].

Si trattava forse di ansie eccessive, maturate in una realtà statale di dimensioni modeste, chiusa e pervasa da secoli da una sindrome da accerchiamento, che scorgeva quasi ovunque un pericolo imminente per la propria *libertas* e che per proteggersi aveva addirittura adottato una strategia diretta a creare attorno alla Repubblica un vero e proprio oblio degli altri stati[20]. Sta di fatto che gli organi politici di vertice della Repubblica – il Consiglio generale e il magistrato dei Segretari[21] – non esitarono minimamente a qualificare questo come un affare di stato di grande delicatezza e a innescare le complesse procedure per esaminarlo e proporre plausibili rimedi con la notoria moderazione lucchese. La questione doveva esser sviscerata nel minimo dettaglio, con estrema prudenza e ponderazione, vagliando con dovizia la liceità morale di ogni soluzione prospettata e altresì le potenziali conseguenze delle medesime. Lo si fece attraverso una o più commissioni di cittadini membri del Consiglio generale, da quest'ultimo appositamente elette. Il Consiglio, infatti, specialmente in queste circostanze assai sensibili, non si limitava ad ascoltare un solo parere, ma cercava di acquisire la massima sicurezza prima di assumere determinazioni. Ogni minimo particolare era verbalizzato e il tutto era conservato in doppia o plurima copia; quando l'*iter* si protraeva e si ingarbugliava, si ordinava anche la stesura di «sunti», ossia memorie compendiate dello stato della questione. In effetti, oltre al prolungarsi della crisi per più di tre anni, in questo arco di tempo si verificò anche la morte di Benedetto XIII e l'elezione di Clemente XII, con un connesso momento di stallo. Il Consiglio fece approntare ben due «sunti», uno del 24 marzo 1730 e l'altro del 16 marzo 1731[22]. Come già accennato in precedenza, la protezione delle prerogative *circa sacra* si appoggiava di gran lunga al piano del possessorio, ossia al loro esercizio di fatto, la cui prova poi poteva esser fornita soltanto attraverso la documentazione tenuta da figure istituzionalmente a ciò preposte con funzioni notarili, i cancellieri.

Tornando ai fatti, nel corso di un mese – ossia fra febbraio e marzo 1729 – vennero interpellate ben otto deputazioni (talora composte di tre, talaltra di sei cittadini), prima di fissare un'iniziale linea d'azione e affidare la sua esecuzione al magistrato dei Segretari. In Consiglio generale vi era un certo consenso

---

[19] Così Luca Giuseppe Cerracchini, *Fasti teologali*, cit., p. 674.

[20] Vedi da ultimo Matteo Giuli, *L'oblio come strumento di sopravvivenza politica. Il caso di Lucca in età moderna*, in *Kripton*, 8, 2017, pp. 3-12.

[21] Matteo Giuli, *Quiete e libertà. Il magistrato dei segretari nella Lucca del Settecento*, in *Giornale di storia*, 9, 2012, pp. 1-22.

[22] Li si può vedere in ASLu, *Offizio sopra la giurisdizione*, 175.

sull'esigenza di reagire, ma non sulle strade da percorrere per manifestare lo sdegno nei confronti del Papa per la violazione di un «possesso» antichissimo, quello cioè di esser immuni dall'arrivo di prelati toscani sulla cattedra lucchese. Ed era proprio una mera situazione possessoria, poiché non esisteva alcun titolo giuridico da poter produrre. Nessuno desiderava un'opposizione frontale, deleteria in presenza di un Papa che aveva mostrato fierezza nel difendere le prerogative ecclesiastiche. Alcuni tuttavia ritenevano che la Repubblica dovesse accettare l'arrivo di Cervioni, limitandosi a trattare per le future provviste della diocesi, in sostanza premendo per ottenere un privilegio papale che garantisse che la sede arcivescovile potesse esser occupata solamente da nazionali, analogo a quello che – stando a quanto risultava ai Segretari – era stato concesso alla Repubblica di Genova. Altri invece insistevano per provare a congelarne la nomina o almeno l'arrivo e la presa di possesso: era sempre possibile un ricorso per supplica al Papa, al quale presentare le proprie ragioni, ma era alquanto prevedibile che egli confermasse la propria volontà, rendendola a quel punto *res iudicata* a tutti gli effetti e contrastabile solo al prezzo di una aperta ribellione. Vi fu allora chi ripropose la tecnica già in passato adottata in casi estremi, quella cioè di inviare una missione di gentiluomini lucchesi al Papa per illustrare in modo filiale e deferente i motivi delle proprie perplessità. Altre deputazioni, invece, suggerivano di esplorare qualche canale differente per aprire un negoziato con la Santa Sede: attraverso i propri agenti, *in primis* (ma non solo) il suddetto Fatinelli, si doveva fare qualche 'ufficio', anche grazie a donativi ed elargizioni, per procurarsi l'appoggio di cardinali o prelati influenti, che avrebbero cercato di persuadere il Pontefice a trasferire Cervioni in altra diocesi.

Siamo di fronte a due modalità con cui la raffinata attività diplomatica lucchese si era dispiegata nel corso del tempo, con risultati assai incisivi, specialmente sul piano dei rapporti con la curia romana e di conseguenza sulla politica ecclesiastica. I contatti informali, condotti e coltivati con circospezione e abilità navigata, fra i rappresentanti lucchesi e la fitta rete di prelati concittadini o amici, che sovente non agirono in modo disinteressato e gratuito, consentirono forse di arrivare là dove la forza politica del piccolo stato non sarebbe mai potuta giungere[23].

---

[23] Il tema è stato oggetto di una messa a punto storiografica e di una serie di scavi sulla realtà lucchese in Renzo Sabbatini, *L'occhio dell'ambasciatore: l'Europa delle guerre di successione nell'autobiografia dell'inviato lucchese a Vienna*, Franco Angeli, Milano, 2006 ma anche in Id., *Le mura e l'Europa: aspetti della politica estera della Repubblica di Lucca (1500-1799)*, Franco Angeli, Milano, 2012 e in Renzo Sabbatini, Paola Volpini (a cura di), *Sulla diplomazia in età moderna: politica, economia, religione*, Franco Angeli, Milano, 2011.

L'invio di una missione di cittadini era stato praticato nel primo Seicento[24] contro un vescovo come Alessandro Guidiccioni il giovane[25], per il quale la Repubblica chiese la rimozione in quanto nemico dello stato, aprendo così una lunga controversia che costrinse il presule a permanere a Roma per sedici anni. Quanto all'individuazione di intermediari che potessero patrocinare le ragioni lucchesi, ne è piena la storia settecentesca della Repubblica, a partire dalle già menzionate elevazione ad arcidiocesi[26] e acquisizione del diritto di presentazione di una rosa di nominativi per la provvista della sede.

Fu questa la strada scelta, assegnando ai Segretari la somma di 200 scudi e mille doppie da impiegarsi come gratificazioni a chi avrebbe poi aiutato nelle trattative. Mentre un religioso della famiglia Orsucci veniva spedito a Firenze per parlare con Cervioni, per rassicurarlo sull'assenza di motivi personali contro di lui e invitarlo a non trasferirsi a Lucca per la pendenza di un ricorso presso il Papa, si dava ordine al canonico Fatinelli, assieme all'avvocato Giuseppe Merenda, di prender contatto con il cardinale Lercari, segretario di stato, e di avvalersi della mediazione del padre domenicano Viviani, confessore di Benedetto XIII. Dalle carte lucchesi affiora anche il coinvolgimento del cardinale Niccolò Coscia, notoriamente molto influente nella curia di Benedetto XIII, e ai cui uffici la Repubblica si era già affidata qualche anno prima nel negoziato per l'acquisto della *Jura* del vescovo[27].

Per quanto il cardinale Lercari fosse ben disposto, l'operazione si sarebbe potuta rivelare incerta, dal momento che egli avrebbe potuto cogliere il destro per far promuovere da Faenza a Lucca monsignor Lomellino, ancor più pericoloso del Cervioni. E, peraltro, l'intento di far trasferire Cervioni a Lucca non era stato approvato dal Consiglio generale, unico ente in grado di determinare la linea politica dello stato, di cui i Segretari dovevano esser fedeli esecutori. La Repubblica si trovava nodi assai difficili da sbrogliare, con poche vie d'uscita, quando l'atteggiamento improvvisamente spazientito di monsignor Cervioni fornì argomenti validi per dimostrarne l'ostilità. L'arcivescovo aveva del resto scritto al cardinale Lercari, rimarcando l'«umile sagrificio» che aveva fatto sino a quel momento e soprattutto il fatto che era in gioco il «decoro della Santa Sede, che troppo v'anderebbe al di sotto, qualora non sostenesse

---

[24] I registri delle relazioni degli ambasciatori lucchesi sono in ASLu, *Offizio sopra la giurisdizione*, 96.

[25] Giorgio Tori, *I vescovi della diocesi di Lucca*, cit., pp. 723-725; Simona Ragagli, *Guidiccioni, Alessandro*, in *DBI*, 61, 2004, pp. 318-320.

[26] In sintesi Daniele Edigati, *Un altro giurisdizionalismo*, cit., pp. 128-129.

[27] Anna Vittoria Migliorini, *Lucca e la Santa Sede*, cit., p. 52, ma per la storia della *Jura*, un territorio infeudato al vescovo di Lucca, cfr. da ultimo Matteo Giuli, *La Repubblica e la Jura. Un feudo vescovile nello stato di Lucca: giurisdizione, religione, diplomazia*, in *Ricerche storiche*, 2-3, 2014, pp. 41-56.

validamente la giustizia del suo impegno», oltre al fatto che una tolleranza nei confronti dei lucchesi avrebbe potuto provocare reazioni toscane[28]. Era ancor più drastico in una al priore degli agostiniani di Lucca, dichiarandosi pronto, dopo aver informato il suo contegno alla prudenza, a esercitare anche la virtù della fortezza, prendendo possesso della diocesi anche a costo della sua vita, pur di obbedire al Papa. La risposta lucchese fu altrettanto netta e venne riferita al Cervioni da padre Orsucci, appositamente inviato a Firenze.

Una deputazione di sei cittadini consigliò poi di persistere nell'ostacolare la presa di possesso della diocesi e l'avvocato Merenda non esitò a fare velate minacce al cardinale Fini: anche se fosse riuscito nell'intento, Cervioni si sarebbe trovato «senza strepito […] alla necessità di provedersi per se medesimo delle cose necessarie, affinche in tal forma apprendesse a' non andare per forza in casa altrui»[29]. Il Papa avrebbe dovuto sobbarcarsi il mantenimento di Cervioni e il pagamento delle pensioni sopra il beneficio, perché nessuno avrebbe avuto modo di riscuotere le entrate della mensa. Era un'allusione alla politica del fatto compiuto che qualche anno prima era stata riservata a monsignor Calchi, provocandone l'esasperazione e la fuga a Pisa.

Non sfuggiva il fatto che Cervioni avrebbe potuto prender possesso senza grossi intralci della sede nella parte di diocesi situata nei confini granducali e da lì procedere alla nomina di un vicario generale, che avrebbe sostituito il vicario capitolare – competente durante la sede vacante – nella guida effettiva della diocesi. Questa modalità non era per la verità regolare, perché la presa di possesso al di fuori della Cattedrale e senza conoscenza del capitolo[30] era possibile solo con indulto speciale del Pontefice. Qualora esso fosse concesso, tal atto, avvenuto comunque fuori dallo stato e senza la *scientia Principis*, si sarebbe rivelato «sempre meno pregiudiciale di quello sarà il possesso preso

---

[28] ASV, *Segr.stato*, *Vescovi e prelati*, 152, c. 379, lettera del 23 aprile 1729.

[29] ASLu, *Offizio sopra la giurisdizione*, 173, lettera di Merenda del 29 giugno 1729. La risata del cardinale Fini all'udire le parole di Merenda non fu assolutamente una forma di derisione. I fatti dimostrarono che le minacce lucchesi furono prese sul serio perché ben presto l'ordine di prender possesso della diocesi venne revocato.

[30] Questa era infatti la forma ordinaria attraverso la quale il vescovo entrava in possesso della sua giurisdizione in base alla *extravagans Iniunctae* di Bonifacio VIII (*Extr.comm*., I, tit. 3), come confermava la dottrina (vedi fra gli altri Nicola García, *Tractatus de beneficiis amplissimus*, I, Tavannum, Caesaraugustae, 1609, p. 5, cap. 4, nn. 251 ss, pp. 585 s., in part. n. 255: «ante ostensionem, et intimationem literarum non teneretur Capitulum desistere ab administratione, et exercitio iurisdisdictionis, sed eam posset continuare, et consequenter episcopus non posset antea iurisdictionem exercere, alias daretur conflictus, et repugnantia iurisdictionum, et confusio magna, ac rixarum, et scandalorum occasio»; Miguel Antonio Francés de Urrutigoyti, *De ecclesiis cathedralibus, earumque privilegiis et praerogativis tractatus*, sumptibus Philippi Borde, Laurentij Arnaud, Petri Borde, et Guill. Barbier, Lugduni, 1665, cap. VIII, n. 519, p. 164).

in Lucca con le solite forme»[31].

Da Roma si manifestava appoggio a Cervioni, cosa di cui egli ringraziava in un primo momento il segretario di stato salvo, due settimane dopo, supplicare nuovamente il Papa di adottare una qualche risoluzione sul suo caso[32]. A conferma dell'incredibile efficienza della rete internazionale di spionaggio lucchese, il carteggio tra Cervioni e le autorità romane venne intercettato, consentendo alla Repubblica di conoscere in anticipo le mosse dei propri avversari e di poter quindi calibrare le proprie risposte. Del resto, di ogni minimo movimento, conversazione o incontro di Cervioni i Segretari erano informati attraverso corrieri che costantemente consegnavano biglietti provenienti dal segretario lucchese a Firenze.

Un altro passo indubbiamente perspicuo fu quello di dare uno spessore internazionale all'episodio lucchese, trasformandolo in un caso rilevante al di là dei rapporti fra la Repubblica e la Santa Sede, come poi avrebbe fatto il ducato di Parma nella celebre controversia sulla legge di manomorta[33] e come già in certa misura era avvenuto coll'interdetto scagliato contro Venezia. Del resto, si stava un po' ovunque diffondendo l'esigenza di garantire i benefici ecclesiastici a propri sudditi. Lo confessava perfino il cardinale Lercari all'agente Fatinelli: vi era un «concetto», non solo in Roma, «mà forse ormai per tutta l'Italia, in disapprovazione di voler dare ad' una Repubblica un Pastore di Nazione non confidente» e che era molto probabile, che anche il Papa ne fosse «già pienamente inteso»[34]. La designazione di un forestiero proveniente da uno stato confinante avrebbe potuto infatti minacciare anche le altre realtà politiche, per quanto buona parte di esse fosse dotata di *exequatur* sulla nomina dei benefici maggiori. D'altronde, anche alcuni membri della Congregazione giurisdizionale di Firenze riconoscevano le buoni ragioni della Repubblica[35]. Ma la mossa più intelligente fu quella di un coinvolgere nella crisi un soggetto politico come l'Impero, al quale Lucca riconosceva l'alta maestà, anche se in

---

[31] ASLu, *Offizio sopra la giurisdizione*, 172, c. 60v, relazione del 27 aprile 1729.

[32] Cfr. le due lettere, del 7 e 21 giugno 1729, in ASV, *Segr.stato*, *Vescovi e prelati*, 152, cc. 469, 491-2.

[33] Riferimenti in Franco Venturi, *Settecento riformatore*, II, *La Chiesa e la Repubblica dentro i loro limiti: 1758-1774*, Einaudi, Torino,1976, pp. 14 s.

[34] Lettera del Fatinelli al cancelliere maggiore della Repubblica del 18 giugno 1729 in ASLu, *Offizio sopra la giurisdizione*, 173, ins. 1729.

[35] Ivi, lettera del segretario Onesti da Firenze del 17 giugno 1729, che riferiva dell'incontro con il canonico Giovanni Andrea Pini. Sulla Congregazione giurisdizionale istituita dal Granduca Cosimo III, sia consentito rinviare a Daniele Edigati, *Dalla Congregazione alla prima età lorenese. Il consolidamento del controllo delle istituzioni ecclesiastiche fra mezzi giurisdizionali e potere economico*, in Daniele Edigati, Lorenzo Tanzini (a cura di), *La prassi del giurisdizionalismo negli Stati italiani. Premesse, ricerche, discussioni*, Aracne, Roma, 2015, pp. 183-214.

assenza di un vero e proprio legame di impronta feudale[36]. Il contatto avvenne per il tramite del cardinale Juan Álvaro Cienfuegos Villazón[37], rappresentante imperiale presso la curia romana, ma ben presto l'affare fu preso a cuore dal segretario imperiale, il marchese di Rialp; entrambi provarono in un primo momento a indurre il Papa a nominare, al posto di Cervioni, il nunzio apostolico (poi cardinale) monsignor Girolamo Grimaldi.

Nell'ottobre del 1729, tuttavia, Benedetto XIII mutò repentinamente indirizzo, in modo del tutto dissonante rispetto alla politica di conciliazione condotta con diversi altri stati, fra cui in particolare il Regno per la notoria tematica del tribunale della Monarchia, ma più in generale con la promozione dello strumento concordatario[38], in rotta con gli ambienti "zelanti" della curia romana[39]. Papa Orsini ordinò dunque la stesura di un breve così detto "ortatorio", una lettera che, sotto forma di ammonizione, esortava la Repubblica a non differire ulteriormente la presa di possesso della diocesi da parte del Cervioni. Malgrado la disperata autorizzazione del Consiglio generale ai diplomatici lucchesi a Roma di avvalersi fino a 1000 scudi per impedirlo, il breve fu emanato il 13 ottobre e conteneva espressioni piuttosto dure, che stando alle informazioni carpite, erano attribuibili ai maneggi di monsignor Giuseppe Maria Feroni, segretario della Congregazione per l'immunità, considerato dalla Repubblica come un nemico. In realtà, dalle ricerche condotte sulla documentazione di quest'ultima, non appare affatto un interessamento

---

[36] Cfr. almeno Simonetta Adorni Braccesi- Guya Simonetti, *Lucca, Repubblica e città imperiale da Carlo IV di Boemia a Carlo V*, in Simonetta Adorni Braccesi, Mario Ascheri (a cura di), *Politica e cultura nelle repubbliche italiane dal Medioevo all'età moderna: Firenze, Genova, Lucca, Siena, Venezia. Atti del convegno Siena, 1997)*, Istituto storico italiano per l'Età moderna e contemporanea, Roma, 2001, pp. 267-308; Stefano Tabacchi, *Lucca e Carlo V. Tra difesa della "libertas" e adesione al sistema imperiale*, in Francesca Cantù, Maria Antonietta Visceglia (a cura di), *L'Italia di Carlo V: guerra, religione e politica nel primo Cinquecento. Atti del convegno internazionale di studi. Roma, 5-7 aprile 2001*, Viella, Roma, 2003, pp. 411-432 e in sintesi, ivi, Cinzia Cremonini, *Considerazioni sulla feudalità imperiale italiana nell'età di Carlo V*, p. 273.

[37] Su Cienfuegos vedi Nicola Giordano, *Tre arcivescovi di Monreale nella lotta giurisdizionale tra il Regno di Sicilia e la S. Sede dal 1629 al 1734*, in *Archivio storico siciliano*, 20, 1970, pp. 329-368 (profilo biografico a pp. 356-363). Cienfuegos prese parte all'opera conciliatrice a favore di Carlo VI nella contesa sul tribunale della Monarchia: cfr. anche Gaetano Catalano, *Il cardinale Corradini e la Concordia benedettina del 1728*, in Id., *Tra storia e diritto*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1984, pp. 87-108.

[38] Mario Rosa, *Una rilettura della politica dei concordati nel Settecento*, in Maria Antonietta Visceglia (a cura di), *Papato e politica internazionale nella prima età moderna*, Viella, Roma, 2013, pp. 173-197.

[39] Sulle critiche degli zelanti a Benedetto XIII, cfr. in part. Stefano Tabacchi, *Cardinali zelanti e fazioni cardinalizie tra fine Seicento e inizio Settecento*, in Gianvittorio Signorotto, Maria Antonietta Visceglia (a cura di), *La Corte di Roma tra Cinque e Seicento teatro della politica europea*, Bulzoni, Roma, 1998, spec. pp. 159-160.

della Congregazione, quanto meno in forma collegiale. È certo soltanto che a partire da un dato momento – ossia dall'autunno del 1729 – della questione si occupò una Congregazione particolare, deputata *ad hoc* dal Papa[40], e dei cui lavori restano alcuni appunti e qualche minuta[41]. Non è chiaro quando essa sia stata nominata né quali fossero i membri, ma nella suddetta documentazione restano tracce del coinvolgimento del cardinale Fini, uditore di Sua Santità ed estensore del breve, nonché del Feroni, che dovette fungere da segretario della Congregazione particolare. In qualità di segretari di stato, furono presenti e attivi il citato Lercari e, con Clemente XII, il pistoiese Antonio Banchieri[42].

La risposta del Consiglio generale, dopo lo studio condotto dalla solita serie di commissioni di cittadini, fu affidata a una lettera del 21 ottobre, nella quale la Repubblica, senza attardarsi in motivazioni giuridiche, ribadiva di non poter «umiliarsi alle supreme sue disposizioni» e di aspirare alla designazione di un pastore che non arrecasse turbamento alla pubblica quiete. Di lì a poco, i lucchesi prevennero e bloccarono un tentativo di Cervioni di recarsi a Roma per sfruttare il momento propizio e insistere con il Papa, attraverso l'aiuto di altri porporati, fra i quali Bernardo Conti.

Nei mesi seguenti, i diplomatici lucchesi cercarono per un verso una sede alternativa per Cervioni, per l'altro di stabilire una pensione a suo favore sulle rendite dell'arcivescovado, operazione delicata in quanto esso era già gravato da altre pensioni: il suo ulteriore impoverimento non avrebbe affatto giovato allo scopo di rinvenire al più presto un prelato che accettasse la nomina al posto dell'agostiniano. La morte di Papa Orsini congelò ogni trattativa e l'elezione al soglio pontificio di Lorenzo Corsini, il 12 luglio 1730, fu vista dai lucchesi come una vera disgrazia: Corsini aveva già manifestato opinioni sfavorevoli alla Repubblica e per giunta era connazionale di Cervioni.

In effetti, nella prima udienza al canonico Fatinelli, Clemente XII tornò a chiedere la presa di possesso della diocesi prima di qualsiasi altro ragionamento. La Congregazione particolare stava studiando provvedimenti progressivamente più penetranti: si doveva spedire un nuovo breve e, in caso di disobbedienza lucchese, emetterne un altro con cui si attribuiva specificamente facoltà a Cervioni di prender possesso della diocesi, anche in un luogo diverso da Lucca, e di nominare un vicario generale; qualora quest'ultimo avesse in-

[40] Non è del resto ignoto il fenomeno del ricorso a Congregazioni particolari, create in vista di uno specifico e contingente problema e destinate a sciogliersi alla sua soluzione, per lo più di natura politica, che si ampliò significativamente nel corso del XVIII secolo, contribuendo a ridimensionare il ruolo delle Congregazioni ordinarie, in questo caso di quella per l'immunità.

[41] ASV, *Congregazione dell'immunità*, *Varia*, 32.

[42] Banchieri divenne segretario di stato nel luglio del 1730: Elvira Gencarelli, *Banchieri, Antonio*, in *DBI*, 5, 1963, p. 654.

contrato ostacoli, un terzo breve avrebbe dichiarato spirata la giurisdizione del vicario capitolare e nullo ogni altro atto compiuto da allora in poi[43].

Il secondo breve venne emanato il 4 agosto 1730 e *vehementer* esortava i lucchesi a mettere da parte ogni difficoltà. Grazie all'interessamento del segretario imperiale si riuscì a far stralciare dal testo una sorta di proposta ufficiale del Papa di un compromesso a seguito della presa di possesso di Cervioni. Le minacce non si situavano solo sul piano canonico, bensì pure su quello politico, che per certi aspetti poteva esser più efficace: Roma poteva colpire cioè la rilevanza della sede episcopale lucchese in molti modi, a partire dalla sua riduzione a diocesi con imposizione dell'arcivescovo di Pisa come metropolita fino alla sottrazione di porzione del proprio territorio a vantaggio della diocesi pesciatina.

Al di là delle forme ufficiali, che potevano far presagire nuovi e più drastici passi della curia romana, i lucchesi erano consci della mancanza di una reale volontà romana di procedere a passi più impegnativi, se non altro in quanto lo dichiaravano i principali attori di parte ecclesiastica. Lo stesso cardinale Banchieri rassicurava *apertis verbis* di tutto ciò l'agente Fatinelli. La Repubblica poté pertanto rispondere a voce, esprimendo la propria impossibilità di assecondare la volontà papale, pur tornando a confermare la propria fedeltà al successore di Pietro.

In ottobre, il Papa, raddolcito, manifestò il desiderio di sostituire Cervioni con un certo decoro e senza alcuna dichiarazione in merito, chiedendo persino qualche possibile nominativo di "nazionali" al canonico Fatinelli, il quale ne fornì dopo aver sentito le preferenze del proprio governo. A questo punto, però, ferma stante tale intenzione, si apriva un delicato confronto sul piano delle forme e delle apparenze, perché entrambe le parti volevano un compromesso che salvasse i principi da esse rispettivamente sostenuti. Il Papa in particolare non accettava che la rimozione del Cervioni potesse esser letta come un atto di giustizia che accoglieva nel merito il reclamo contenuto nella supplica della Repubblica e a spalleggiarlo intervenivano diversi cardinali che biasimavano le negoziazioni «con troppa arte» dei lucchesi e reputavano controproducente una rapida arrendevolezza. Dunque, prima di qualsiasi concessione era d'uopo una dichiarazione di completa sottomissione di Lucca, che i cardinali Banchieri e Cienfuegos si adoperarono per ottenere sfruttando l'avvenuta interposizione dell'Imperatore, che avrebbe scritto per conto della Repubblica. Il tentativo era insomma finalizzato al riconoscimento da parte del governo lucchese dell'inesistenza di una qualsiasi forma di veto opponibi-

[43] ASV, *Congregazione dell'immunità*, *Varia*, 32, verbale del 8 agosto 1730.

le verso la Santa Sede e la proposta romana usava una formula inequivocabile («caeca oboedientia») che richiamava palesemente quell'adesione dovuta da ogni fedele al magistero pontificio in materia morale o di fede.

A Roma Fatinelli e Merenda non disdegnavano questo piano, ma i Segretari e il Consiglio generale non si rassegnarono all'idea e riuscirono tramite l'inviato lucchese a Vienna Giovanni Carlo Vanni[44] a correggere la minuta già preparata da Cienfuegos e Banchieri. Il segretario Rialp e lo stesso Imperatore, avvisati della reale posizione della Repubblica, si rifiutarono di andar oltre e la versione finale della lettera conteneva una generica espressione di obbedienza alla Santa Sede, contrariando così il Pontefice. Malgrado le insistenze romane, non venne scritta una nuova lettera corretta secondo le indicazioni della curia e del Papa. Con entrambe le parti irrigidite sulle rispettive posizioni, si raffreddarono le relazioni per circa tre mesi. La morte di monsignor Agostino degl'Abbati Olivieri, sacrista pontificio, riaprì improvvisamente i giochi, dal momento che tale carica era privilegio degli agostiniani[45], ordine cui apparteneva per l'appunto Cervioni.

Agli inizi di aprile, il Papa cedette, probabilmente convinto dai cardinali Banchieri, Cienfuegos e Corsini, accettando la minuta di lettera così come vergata dalla segreteria imperiale, dalla quale fu espunto il solo verbo «destinari» al termine della dichiarazione di obbedienza lucchese circa l'accettazione del pastore eletto dal Papa[46]. Una piccola modifica, che non trovò concordi i due agenti lucchesi e che venne infine adottata dal solo Merenda, senza il previo consenso del governo[47], per la fretta di concludere l'affare da parte del Papa e dell'Imperatore. Malgrado la constatazione che il significato della lettera fosse rimasto nella sostanza inalterato, l'operazione suscitò un certo fermento a Lucca, ma il segretario imperiale Rialp escluse che dalla dichiarazione si

---

[44] Su di lui notizie in Renzo Sabbatini, *Le mura e l'Europa*, cit., *passim;* Id., *L'occhio dell'ambasciatore*, cit., *ad indicem*. Di lui Montesquieu ebbe a scrivere che era «tres capable des affaires dont il estoit chargé, bon home visiteur et questioneur reternel» (Charles Louis de Secondat, *Voyage en Autriche*, in Id., *Scritti postumi (1757-2006). I miei pensieri – I miei viaggi – Saggi – Romanzi filosofici. Memorie e discorsi accademici – Poesie*, a cura di Domenico Felice, Bompiani, Milano, 2017, p. 326).

[45] Per disposizione di papa Alessandro VI del 1497: Gaetano Moroni, *Dizionario di erudizione storico-ecclesiastica da San Pietro sino ai nostri giorni*, LX, Tipografia Emiliana, Venezia, 1853, p. 178; Luciano Orsini, *Sacrarium Apostolicum: sacra suppellettile ed insegne pontificali della sacrestia papale*, Artema, Torino, 1998.

[46] Vedila acclusa a lettera di Fatinelli del 16 maggio 1731 (ASLu, *Offizio sopra la giurisdizione*, 173, ins. 1730-1731): «Quoniam enim Maiestatem tuam supplices rogaverunt, ut nobis declararet, se filiali obsequio, et obedientia accepturos quemcumque Archiepiscoporum, et pastorem voluntati nostrae placuerit [destinari]» (tra parentesi quadre la parola cassata).

[47] Questo fu il punto di maggior disaccordo fra i due e che costituì anche un'infrazione grave al codice non scritto d'azione dei diplomatici, particolarmente sentito da un governo cauto e tutt'altro che decisionista come quello lucchese.

potesse evincere l'accettazione della nomina di Cervioni, giacché senza «destinari» il periodo era proiettato nel futuro. Ancor più baldanzoso, l'inviato Vanni a Vienna poteva esultare scrivendo che il Papa aveva giustificato così l'opposizione della Repubblica «mentre da questa espressa confessione d'equità, e di non ripugnanza a' sagri canoni restano i publici desiderij canonizzati per giusti, né la rispettosa sommissione della Republica potrà fermare stato pregiudiziale per i tempi avvenire in somigliante congiuntura»[48]. Insomma, non si offriva un esempio capace di far stato per l'avvenire e di vincolare a una supina accettazione di qualunque prelato fosse stato scelto per la sede lucchese. Tanto bastava comunque per rassicurare il Papa e la curia e coprire l'apparenza di un'evidente retromarcia romana, tangibile fin dalla decisione di chiamare a Roma Cervioni come sacrista.

La crisi si chiuse in pratica qui, per quanto per la designazione del successore, nella persona di monsignor Fabio Colloredo, si sarebbe dovuto attendere fino al novembre del 1731. Il ritardo fu invero attribuibile un'effettiva difficoltà di individuazione del prelato idoneo, non solo per la penuria di candidati[49], bensì pure – come prefigurato – per la scarsa appetibilità di un'arcidiocesi gravata da onerose pensioni e quindi non dotata di una pingue rendita.

3. *I consulti lucchesi e i temi sottostanti*

3.1 Il ruolo del principe nella scelta del vescovo: non riconducibilità a categorie giuridiche astratte

Come in ogni questione con implicazioni morali, secondo una prassi comune negli stati cattolici d'Antico Regime[50], la Repubblica di Lucca si procurò un certo numero di responsi teologico-giuridici che affrontavano le diverse sfaccettature del problema appena illustrato[51]. Le fonti non danno indizi sugli

---

[48] Lettera di Vanni del 30 maggio 1731 (ASLu, *Offizio sopra la giurisdizione*, 173, ins. 1730-1731).

[49] Così dichiararono, in più lettere in risposta alle sollecitazioni del capitolo dei canonici della cattedrale di Lucca, il principe Bartolomeo Corsini (nipote del papa) e il cardinale Salviati (cfr. Archivio storico diocesano di Lucca, *Archivio Capitolare*, XX. 60, lettere del Corsini del 22 settembre e 13 ottobre 1731 e del card. Salviati del 15 e 29 settembre 1731).

[50] Mi limito qui a richiamare, oltre alla letteratura sul contesto veneto (quello più studiato da questo punto di vista: cfr. Antonella Barzazi, *I consultori «in iure»*, in *Storia della cultura veneta*, diretta da Girolamo Arnaldi, Manlio Pastore Stocchi, V/2, *Il Settecento*, Neri Pozza, Vicenza, 1986, pp. 179-199): Flavio Rurale, *Introduzione* a Id. (a cura di), I *religiosi a corte. Teologia, politica e diplomazia in Antico Regime. Atti del seminario di studi, Georgetown University a Villa Le Balze, Fiesole, 20 ottobre 1995*, Bulzoni, Roma, 1998, pp. 9-50.

[51] Il materiale è contenuto in ASLu, *Offizio sopra la giurisdizione*, 176. Pur mancando indizi sulla

autori dei pareri, ma ciò non deve sorprendere poiché per lo più trattavasi di ecclesiastici, specialmente regolari, che temevano ritorsioni da parte della curia romana e la cui identità era per questo tenuta rigorosamente celata[52]. I contenuti dei pareri vennero utilizzati per redigere una memoria diretta al Papa Clemente XII a sostegno delle ragioni della Repubblica, ma furono ampiamente ripresi e per molti riguardi rielaborati in seguito, qualche anno dopo la consumazione della crisi, in un capitolo delle manoscritte *Dissertazioni intorno le due potestà ecclesiastica, e secolare* dal patrizio lucchese Girolamo Sesti[53]. Questo percorso consente di apprezzare modalità e forme di concettualizzazione operata a partire da una vicenda particolare, anche se di certo clamorosa per il piccolo stato toscano[54].

Il teologo-giurista veniva invitato, dietro all'elargizione di un compenso, a pronunciarsi su un quesito formulato sotto forma di *dubium*, ma è assai plausibile che fosse in precedenza istruito sulle intenzioni del governo, di modo che potesse veicolare le proprie conoscenze tecniche nella direzione da esso auspicata. Insomma, a dispetto delle premesse di protocollo poste dallo stesso consulente, la sua non era tanto una ricerca libera e spassionata di uno studioso animato dalla volontà di rinvenire una risposta vera, quanto piuttosto uno sforzo per dimostrare la liceità morale e, dal punto di vista giuridico, rivestire di argomentazioni autoritative una posizione politica precedentemente assunta, rivolgendosi a quel grande contenitore costituito dal diritto comune e con ciò accettandone tutti i principi di fondo e i confini oggettivi. In tal senso, se per un verso è innegabile che la prassi in materia ecclesiastica si nutrisse di un uso strumentale della dottrina e del *textus* romano-canonico (come del resto accadeva anche al di là di questo contesto), per l'altro è altrettanto indubbio che l'interprete non poteva spingere la forzatura oltre i suddetti limiti. È segnatamente per questo che assume una particolare valenza la risposta data nella circostanza del caso Cervioni ai quesiti della Repubblica, che solo a primo acchito toccavano il problema del rigetto, da parte del Principe e per determinati seri motivi, di un vescovo eletto dal Papa e della possibilità di impedirne

---

datazione, è verosimile che i pareri siano stati raccolti in diverse fasi.

[52] Cfr. quanto osservato in Daniele Edigati, *Un altro giurisdizionalismo*, cit., pp. 59-60.

[53] L'opera è conservata in ASLu, *Offizio sopra la giurisdizione*, 25 (cfr. per intero il cap. V, cc. 176v ss). Su di essa e sul suo autore, cfr. da ultimo Daniele Edigati, *Un altro giurisdizionalismo*, cit., pp. 67 s.

[54] Mi riferisco, oltre che a quanto emergerà in queste pagine, anche alla corposa e ricchissima disamina storica sull'elezione dei vescovi nei primi secoli dopo Cristo e nel Medioevo, in cui si dimostrava un'ottima conoscenza delle fonti canonistiche (anche conciliari) antiche. Conoscenza che passava senz'altro dalla chiara confidenza con gli studi storici di autori come André Duchesne, Étienne Baluze, Noël Alexandre, tanto da indurre a ipotizzare un coinvolgimento di una personalità come quella di Giovanni Domenico Mansi.

la presa di possesso[55], e che a un livello più profondo si addentravano a sviscerare il quesito della possibilità di resistere al Sommo Pontefice[56]. I due profili erano logicamente e temporalmente connessi, poiché si doveva anche vagliare l'ipotesi che il Papa decidesse di approvare la presa di possesso di Cervioni e che questi attuasse tal proposito, forzando Lucca a impedirla materialmente.

La prima fattispecie – quella del vescovo inviso al sovrano – non era certo nuova, anche nel panorama italiano post-tridentino. Sono oramai noti alcuni episodi affini, verificatisi nel nord della penisola, nei quali fu manifestata un'opposizione anche in via preventiva alla scelta di determinati soggetti come vescovi, a causa di un legame, più o meno diretto, con altri monarchi. Filippo II fece sapere di non esser intenzionato a concedere il *placet* al trasferimento di Ferdinando Ferrero, vescovo di Ivrea (Regno sabaudo) in una diocesi compresa nei propri domini, ossia Novara, perché persona sospetta, in quanto fratello e figlio di gentiluomini al servizio dei francesi[57]. I timori di Filippo II e del suo *entourage* politico erano legati a un possibile ruolo coesivo in funzione anti-spagnola svolto dal vescovo nei confronti della popolazione. Del resto il *placet* era stato negato nel 1556 anche a monsignor Archinto, arcivescovo di Milano, e in quella circostanza la morte del prelato impedì la soluzione del caso. Agostino Borromeo ha acutamente tratto da questi esempi la prova che, pur privo di giuspatronato, il governo spagnolo nel ducato di Milano ebbe un controllo indiretto sull'episcopato e si garantì con il *placet* vescovi politicamente affidabili. La deduzione regge in quanto nessuno poteva contestare alla monarchia spagnola il diritto di placitazione, mentre più controverso sarebbe applicarla a contesti quali la Repubblica di Lucca.

Ben più aspro e ancor più simile a quello oggetto d'indagine è il caso del vescovo Carlo Giuseppe Morozzo a Bobbio, studiato da Ugo Bruschi[58]. Le obiezioni verso Morozzo erano eguali a quelle sollevate contro Ferrero e si appuntavano sulle parentele filo-francesi del vescovo. Qui però la nomina era già avvenuta e Morozzo dovette subire la negazione del *placet* e l'impossibilità di prender possesso della diocesi, tanto che quattro anni dopo venne trasferito a Saluzzo. Anche il genovese monsignor Gentile fu impossibilitato

---

[55] Cfr. ASLu, *Offizio sopra la giurisdizione*, 176: *An Princeps liber, et in suo statu absolutus Dominus habeat ius excludendi, rationabilibus, iustis que inductus motivis, Episcopum a S.Sede electum haud permittendo ut possessionem accipiat sibi designati episcopatus*.

[56] Punto che è oggetto specifico di uno dei pareri (ivi).

[57] Agostino Borromeo, *La Corona spagnola e le nomine agli uffici ecclesiastici nello stato di Milano da Filippo II a Filippo IV*, in Paolo Pissavino, Gianvittorio Signorotto (a cura di), *Lombardia borromaica Lombardia spagnola 1554-1659*, Bulzoni, Roma, 1995, II, pp. 566-567.

[58] Ugo Bruschi, *Vasi di coccio tra vasi di ferro? Disavventure di vescovi di Bobbio fra XVII e XVIII secolo*, in *Bollettino storico piacentino*, CVI, 2011, pp. 130 s.

a prender possesso della diocesi di Parma per la diffidenza del duca di Parma nei suoi confronti[59]. Sono tutti precedenti che pure – almeno dalle fonti rinvenute – la Repubblica di Lucca non evocò durante i negoziati e gli scambi avuti con la Santa Sede, malgrado alcuni fra i responsi dei teologi-giuristi consultati esibissero un'ampia conoscenza storica e specifica di vicende affini, almeno fino al tardo Medioevo. Se quelli milanesi mal si adattavano per il diverso peso politico spagnolo, quello parmense, fra l'altro temporalmente non distante, si prestava a esser segnalato a proprio vantaggio. Al contrario i diplomatici lucchesi a Roma fecero con astuzia valere il recentissimo episodio in cui la Repubblica di Ragusa non aveva permesso l'ingresso nell'arcidiocesi di Dubrovnik all'arcivescovo eletto, il carmelitano spagnolo Felipe Itúrbide, e dal confronto era uscita vincitrice con la rinuncia del prelato nel 1728. La questione, su cui non ho trovato approfondimenti storiografici, era in effetti freschissima e causata sempre da una provvista bizzarra e ardita di Benedetto XIII, che aveva unito il decanato di Tudela alla carica di metropolita di Ragusa, provocando forti attriti sia in Spagna che nella piccola repubblica[60]. Ma, oltre a queste analogie, Lucca ben poteva dolersi di esser considerata «di condizione inferiore a' quella di Ragusi [sic], benche li motivi», non essendo personali ma oggettivi, fossero «incomparabilmente più giusti»[61]. D'altra parte, in modo altrettanto inappuntabile, il cardinale Lercari era in grado di rilevare che il mutamento di Itúrbide era avvenuto su istanza dello stesso interessato, là dove Cervioni non ne aveva manifestato volontà[62].

Risalendo alla questione prettamente giuridica, il nodo da sciogliere era quello di comprendere l'ambito di operatività dei canoni riportati nel Decreto grazianeo (e citati all'inizio di queste pagine) dopo la progressiva acquisizione di terreno della Santa Sede nella selezione e scelta dei vescovi, evoluzione dovuta non tanto al Concilio di Trento, quanto alle norme applicative di quest'ultimo e pienamente coronata con le bolle di Urbano VIII[63].

---

[59] Gentile venne poi nominato arcivescovo di Genova nel 1681: cfr. cenni in Ugo Bruschi, *"Un Principe totalmente pio, ecclesiastico, apostolico romano": dinamiche del giurisdizionalismo nel ducato di Parma e Piacenza da Pier Luigi Farnese alle guerre di Castro*, in Daniele Edigati, Elio Tavilla (a cura di), *Giurisdizionalismi. Le politiche ecclesiastiche negli stati minori della penisola in età moderna*, Aracne, Roma, 2018, p. 52.

[60] Cfr. qualche cenno in Vincente de la Fuente, *La Santa Iglesia de Tarazona en sus estados antiguo y moderno*, Rodriguez, Madrid, 1865, pp. 293-294.

[61] Cito dalla lettera dell'inviato Merenda del 29 giugno 1729 in ASLu, *Offizio sopra la giurisdizione*, 173.

[62] Al che Merenda poteva solamente replicare il tempestivo preavviso dato da Lucca alla Santa Sede sull'impossibilità di accettare Cervioni.

[63] Sul tema, in generale si rinvia a Adriano Prosperi, "*Dominus beneficiorum*": *il conferimento dei benefici ecclesiastici tra prassi curiale e ragioni politiche negli stati italiani tra '400 e '500*, in

Fin dall'opera dei commentatori del *Liber extra* al principio *Nullus invitis detur episcopus* era stata data un'accezione che si svincolava dalla mera ipotesi del rifiuto della comunità locale dei fedeli e si proiettava entro l'ottica dell'interesse più ampio di uno stato territoriale o – *rectius* – del principe. Emblematiche in tal senso erano le letture del futuro Innocenzo IV e poi di Niccolò de Tedeschi. Il primo, dopo aver escluso che il principe potesse addurre la simonia, l'adulterio o qualche crimine contro il vescovo eletto, concludeva che fosse doveroso ascoltare le ragioni di chi avesse da obiettare contro un vescovo sospetto «vel de proditione terrae, vel consiliorum suorum (…) quia sua interest»[64]. Ma aggiungeva che in presenza di consuetudine o di privilegio, si comunicava al principe la morte del prelato e in tal caso, se si fosse fatta l'elezione senza rispettare questo onere, essa sarebbe stata nulla[65].

Nella seconda metà del '300 Pietro d'Ancarano aveva riconosciuto, sulla base di alcune *leges* giustinianee, il diritto dell'autorità laica di opporsi all'elezione di un vescovo sospetto[66]. Dopo di lui, l'*Abbas Panormitanus*, allievo di Zabarella ma anche assai sensibile alle istanze principesche[67], garantiva della legittimità di tale consuetudine. Il consenso del sovrano non era tuttavia diretto a integrare la forza dell'atto, ma semplicemente a escludere future obiezioni «contra electum vel electionem»[68]. Il principe poteva infatti eccepire, in particolar modo in ogni evenienza in cui era plausibile temere una congiura o comunque un danno agli interessi dello stato, per esempio arrecato dalla rivelazione di segreti. Un qualcosa di analogo a ciò che i moderni ecclesiasticisti

---

Paolo Prodi, Peter Johanek (a cura di), *Strutture ecclesiastiche in Italia e in Germania prima delta Riforma*, Il Mulino, Bologna, 1984, pp. 51-86, mentre studi più specifici sulla nomina dei vescovi in questo lasso di tempo sono stati condotti da Massimo Faggioli, *La disciplina di nomina dei vescovi prima e dopo il Concilio di Trento*, in *Società e storia*, 92, 2001, pp. 221-256, Id., *Problemi relativi alle nomine episcopali dal Concilio di Trento al pontificato di Urbano VIII*, in *Cristianesimo nella storia*, 21, 2000, pp. 531-564; Id., *Urbano VIII e la riforma del procedimento di nomina dei vescovi*, in *Cristianesimo nella storia*, 23, 2002, pp. 79-121.

[64] Sinibaldo de' Fieschi (Innocenzo IV), *In quinque Decretalium libros Commentaria*, Francofurti ad Moenum, per Martinum Lechler, 1570, in c. *super his*, *de accusat.* [X, 5,1,16], n. 8, p. 489v.

[65] Ivi, in c. *Quod sicut*, *de elect*. [X, 1,6,1], n. 2, p. 58v. Su questa decretale, vedi il recentissimo Maria Teresa Napoli, Libertas Ecclesiae *e assenso regio: interpretazioni della decretale* Quod sicut *(X.1.6.28) di Innocenzo III*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, 237/2, 2017 259-325, in part. pp. 291 s. per una più dettagliata analisi della canonistica sulla questione della notifica al sovrano dell'elezione del vescovo e sulla sua possibilità di opporsi.

[66] Maria Teresa Napoli, *Libertas Ecclesiae*, cit., p. 297.

[67] Per un profilo e bibliografia cfr. almeno Orazio Condorelli, *Niccolò Tedeschi (Abbas Modernus, Panormitanus)*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, diretto da Italo Birocchi, Ennio Cortese, Antonello Mattone, Marco Nicola Miletti, Il Mulino, Bologna, 2013, II, p. 1426-1429.

[68] Niccolò de Tedeschi, *Commentaria primae partis in primum Decretalium librum*, Venetiis, s.n.t.[ma Boselli], 1571, in c. *cum terra*, *de elect*. (X, I, 6,14), n. 2, p. 154r.

denominano diritto di prenotificazione officiosa[69], una sorta di avviso preventivo al governo politico al fine di ottenerne il gradimento o comunque un "via libera", cui nel tempo si sarebbe detto che la Santa Sede era tenuta *de honestate* o *de urbanitate* verso i sovrani[70], indipendentemente dalla consuetudine.

Nel corso del XV e XVI secolo questa linea fu sostenuta e approfondita da altri giuristi, senz'altro sospinta dalla crescente forza delle formazioni statali e del potere principesco, con l'accentuazione del rilievo della *ratio status*. Per esempio da Andrea Barbazza[71], il quale nei suoi *consilia* contemplava specificamente l'opposizione del principe *ratione patriae* dell'eletto all'interno del quadro testé riassunto. Poco più tardi, in un contesto, come quello francese, in cui si avanzava nella riflessione sui diritti del principe sulla Chiesa, nel proprio trattato in materia beneficiale, peraltro lontano da derive conciliariste[72], il magistrato Jean de Selve (1475-1529) sviluppava ulteriormente questi spunti, dopo aver più volte addotto le *auctoritates* di Innocenzo IV e del Panormitano e rassicurato sul fatto che il consenso non comprometteva la *libertas eligendi* degli organi ecclesiastici competenti. L'eccezione proposta dal principe per un sospetto di tradimento era seria e da trattare con la massima delicatezza, giacché «non convenit alicui scrutari arcana alterius regni»[73]. Si iniziavano a tratteggiare così i contorni delle fattispecie, tutte di natura politica, che giustificavano l'opposizione del principe alla nomina. Da questa premessa si inferivano conclusioni assai favorevoli alle politiche gallicane francesi e che presto sarebbero state perseguite un po' ovunque nell'Europa cattolica, ossia che per scongiurare qualsiasi difficoltà con i governi la scelta dei prelati sarebbe dovuta ricadere su nazionali, ai quali doveva andare comunque la preferenza sugli estranei[74]. D'altra parte, non si deve esser indotti a guardare

---

[69] Cfr. in part. Pier Virginio Aimone-Braida, *L'intervento dello stato nella nomina dei vescovi. Con particolare riferimento ai paesi non concordatari dell'Europa occidentale*, Pontificia Università Lateranense, Roma, 1978, pp. 86 ss.

[70] Così uno scrittore sensibile alle istanze della giurisdizione regia come Giacomo Antonio Marta, *Tractatus de jurisdictione, per et inter iudicem ecclesiasticum et secularem exercenda, in omni foro, et principum consistoriis versantibus, maxime necessarius*, typographia Ioannis Albini, Moguntiae, 1609, p. IV, cent. 1, cas. 47, n. 12, p. 104.

[71] Andrea Barbazza, *Consiliorum sive responsorum*, I, apud Bernardum Iuntam, & fratres, Venetiis, 1581, cons. 11, n. 9, p. 40r.

[72] Cfr. almeno Patrick Arabeyre, *Le spectre du conciliarisme chez les canonistes français du XVe et du début du XVIe siècle*, in Patrick Arabeyre, Brigitte Basdevant-Gaudemet (a cura di), *Les clercs et les Princes. Doctrines et pratiques de l'autorité ecclésiastique à l'époque moderne*, École des chartes, Paris, 2013, pp. 264-265.

[73] Johannis de Selve, *Tractatus de beneficio cum notis Caroli de Molinaei*, apud Ludovicum Boulanger, Parisiis, 1628, p. 2, q. 23, n. 34, p. 446. In sintesi: Maria Teresa Napoli, *Libertas Ecclesiae*, cit., p. 315.

[74] *Ivi*, n. 35, p. 446.

semplicisticamente a queste tesi: si misura infatti in esse il duplice volto del giurisdizionalismo, che da un lato appare un'invadenza dell'autorità secolare per la tutela della propria sfera, dall'altro legittima tutto ciò per mezzo di quella missione di protettore della religione che la medesima Chiesa aveva attribuito al sovrano cristiano fin dall'Alto Medioevo e che per molti versi era ancora pronta a riconoscergli. Era in forza di tale missione che, secondo il trattato del lucchese Sesti, il principe poteva cooperare all'elezione dei vescovi, non già come forma di partecipazione all'elezione, riservata alla Santa Sede, ma a titolo di protezione, promuovendo i più meritevoli e i più degni. La costruzione politico-giuridica sottintendeva dunque un rapporto di interazione e comunque bilaterale fra principe e Chiesa locale, che doveva esser informato al principio del *neminem laedere*[75]: la scelta del pastore non poteva così esser effettuata senza alcuna considerazione delle ricadute sull'altra parte, perché entrambe agivano negli stessi confini[76].

Anche per i canonisti più fedeli alle istanze curialiste era impossibile rigettare le fonti citate ed escludere ogni rilevanza agli interessi del sovrano. Il canonista Giulio Lavori affermava che ricadeva sul principe l'onere di curare che «sub religionis praetextu Respublica detrimentum aliquod patiatur»[77], parlando anche di una generica *perturbatio publici status*; così pure Barbosa e Belletti ammettevano che talora il vescovo eletto poteva esser costretto a rinunciare se *immineat scandalum*, per quanto ciò non fosse imputabile a sua colpa[78]. Proprio per rispondere alle sempre più pressanti richieste dei principi e dei regalisti si era così escogitato in ordine a questo problema un vero e proprio meccanismo istituzionale, del quale poi abbiamo avuto una concreta esemplificazione nel

---

[75] In cui dunque il consenso del principe interveniva «causativamente ad effetto, che evitare si possa qualunque proprio, e particolare pregiudizio, che derivar potesse dall'istesso atto a quello, che acconsentir deve», come diceva il Sesti (ASLu, *Offizio sopra la giurisdizione*, 25, c. 183r). Significativo il rinvio (ivi, c. 186r), dopo aver insistito ad asserire che il Papa doveva curare il «giusto dissenso del Principe», a Feliciani de Oliva e Souza, *Tractatus de foro Ecclesiae, principaliter materiam utriusque potestatis spiritualis, scilicet et temporalis respiciens*, sumptibus Leonardi Chouet, Coloniae Allobrogum, 1678, I, q. 2, n. 22, p. 7, dove si ribadiva secondo la dottrina gelasiana che «ab his ego duabus potestatibus, spirituali scilicet, et temporali, seu politica, regimen totius mundi moveri».

[76] Interessante anche un passo di uno dei pareri anonimi cit. in ASLu, *Offizio sopra la giurisdizione*, 176: «dovendo egli [il Principe] essere sicuro di quell'unione, e concordia, che cotanto è necessaria fra il sacerdozio, e il Principato, per isfuggire quei disturbi, che ne potrebbero derivare trà l'una, e l'altra podestà».

[77] Giulio Lavori, *Variarum lucubrationum*, I, ex typographia Francisci Corbelletti, Romae, 1628, tit. IV, cap. IV, n. 57, p. 311

[78] Agostino Barbosa, *Pastoralis solicitudinis, sive de officio, et potestate Episcopi tripartita descriptio*, apud Franciscum Baba, Venetiis, 1630, all. CXIII, n. 9, p. 733; Giovanni Maria Belletti, *Disquisitio clericalis in duas partes distincta*, excudebat Ludovicus Grignanus, Romae, 1635, p. I, tit. *de disciplina clericali*, § XV, n. 20, p. 88.

caso Cervioni. Come avrebbero di lì a poco scritto i canonisti romani nel quadro delle discussioni apertesi con la corte sabauda[79], qualunque intervento, in via preventiva o successiva, del principe nella designazione dell'episcopato era un'ingerenza indebita, mai consentita dai *sacri canones*, bensì frutto di usurpazioni di fatto (anche violente) del potere secolare o al più di speciali privilegi attribuiti a singoli monarchi, spesso per sanare situazioni ben più incresciose oramai incancrenitesi. Pertanto, l'unica reale via percorribile dai principi era quella che portava a innescare un ricorso diretto al Papa, presentando le proprie obiezioni all'eletto, che dovevano esser corredate di opportune e valide prove di un sospetto reale e giustificato. Insomma, una procedura in via di grazia, avviata con una supplica, nella quale il Papa restava pertanto l'ultimo «giudice dell'eccezioni proposte»[80] ed era da reputarsi del tutto libero nella sua decisione finale. Un meccanismo che ha alcune analogie con la *remonstratio*, che i canonisti avevano tracciato a partire dalla decretale *Si quando* di Alessandro III, ma che poteva esser azionato solo dai vescovi e trovava applicazione contro atti legislativi del Sommo Pontefice e non, più genericamente, contro atti di governo[81].

3.2 *Il diritto di resistenza del principe al Papa*

Se a questo *iter*, specie nel contesto italiano e in particolare nelle entità politiche minori, i sovrani potevano esser disposti ad assoggettarsi, molto più arduo era far loro digerire un giudizio insindacabile del Pontefice, che non recedendo dal proprio originario orientamento, confermasse il prelato nella sede designata. Era ciò che aveva prodotto il lungo stallo seguente alla no-

---

[79] Cfr. da ultimo e per tutti: Mario Rosa, *Una rilettura della politica dei concordati*, cit., spec. pp. 176-177.

[80] Cito dal *Discorso sopra la materia benefiziale*, in *Ragioni della Sede Apostolica nelle recenti controversie colla Corte di Torino*, I, p. 2, s.n.t, 1732, p. XXII, opera collettiva di diversi canonisti, fra i quali Giovanni Antonio Bianchi, Giuseppe Agostino Orsi e Giusto Fontanini (Sergio Bertelli, *Giannoniana: autografi, manoscritti e documenti della fortuna di Pietro Giannone*, Ricciardi, Milano-Napoli, 1968, p. 400; Maria Teresa Silvestrini, *La politica della religione. Il governo ecclesiastico nello stato sabaudo del XVIII secolo*, Olschki, Firenze, 1997, p. 129).

[81] Le analogie stanno a mio avviso sia nel fondarsi, in entrambi i casi, la contestazione sulla pretesa inidoneità di un atto papale nei confronti di una specifica comunità di fedeli, sia nell'efficacia sospensiva dei due rimedi, in attesa di una decisione spettante comunque al Pontefice romano. Si noti inoltre, circa la natura del rimedio, come spesso l'espressione *remonstratio* è sostituita da *supplicatio*, cosa che ci riconduce in seno a un ricorso per via di grazia. Sulla *remonstratio* cfr. almeno Luigi De Luca, *Lo «jus remonstrandi» contro gli atti legislativi del Pontefice*, in *Studi in onore di Vincenzo Del Giudice* I, Giuffrè, Milano, 1952, pp. 243-273 (ora in Id., *Scritti vari di diritto ecclesiastico e canonico*, Cedam, Padova, 1997, II, pp. 193-224) e Hans Jurgen Guth, *Ius remonstrandi: das Remonstrationsrecht des Diozesanbischofs im kanonischen Recht*, Universitat, Freiburg, 1999.

mina di Cervioni: le ragioni della Repubblica erano fondate su un elemento discrezionalmente apprezzabile, la nazionalità del prelato, che di per sé la Sede Apostolica non era pronta[82] ad accettare come atto a fondare un sospetto in capo all'eletto, mentre per Lucca era risolutivo e in ogni caso ostativo. Di certo si può dire che, come confessava buona parte dei cardinali di curia, nella prassi dei rapporti con gli altri stati l'eccezione sollevata era valida e assai penetrante: se non altro da un punto di vista meramente pragmatico, inviare un vescovo male accetto avrebbe generato tensioni e intralci alla sua azione pastorale, con detrimento delle anime dei fedeli.

Ed era su questo terreno che si giocava una partita assai spigolosa, giacché si scivolava rapidamente dalla resistenza *de iure* verso quella, ben più delicata, *de facto* al Papa. I fautori delle prerogative regie non si attardavano molto sul piano canonistico, focalizzando il proprio sguardo sulla posizione del principe. Taluni sbrigavano la questione parlando *sic et simpliciter* e senza argomentazioni *ad hoc* di uno *ius regium*, connaturato nella Corona[83], di non ammettere il vescovo eletto, se a loro sospetto[84]. In altri autori si sentiva un'eco delle dottrine giusnaturalistiche e segnatamente delle teoriche sul diritto di autoconservazione, che il principe aveva non solo per conservare la propria persona, bensì anche l'intera collettività dei sudditi[85]: il principio *Nullus invi-*

---

[82] O quantomeno non lo era in rapporto a Lucca, mentre un'analoga eccezione di un principe dotato di maggior potere politico avrebbe forse avuto diversa reazione.

[83] Il perno delle rivendicazioni di buona parte dei giurisdizionalisti è il riconoscimento di facoltà spettanti al principe sulla sfera ecclesiastica per diritto naturale (per «potestà ordinaria e naturale»: Orazio Condorelli, *Istituzioni ecclesiastiche e cultura giuridica nella Sicilia di Antico Regime. Brevi note*, in *Diritto e religioni*, 9/2, 2014, p. 460).

[84] Francisco Salgado de Somoza, *Tractatus de supplicatione ad Sanctissimus a litteris et bullis Apostolicis, in perniciem reipublicae, regni, aut regis, aut juris tertii praejudicium impetratis*, sumptibus fratrum de Tournes, Lugduni, 1758, p. I, c. 2, n. 50, p. 34 (per il quale le *litterae provisionis* possono esser lecitamente ritenute); Pedro González de Salcedo, *De lege politica, eiusque naturali executione, et obligatione, tam inter laicos, quam ecclesiasticos ratione boni communis*, ex typographia imperiali, Matriti, 1678, II, cap. 8, n. 31, p. 550; Emmanuelis Gonzalez Tellez, *Commentaria perpetua in singulos textus quinque Librorum*, sumptibus Petri Borde, Joan. & Petri Arnaud, Lugduni, 1693, II, tit. XXIV, cap. 31, n. 2, p. 586. Vedi anche Carolo De Grassis, *Tractatus de effectibus clericatus, in quo praeter ecclesiasticam iurisdictionem, et clericorum privilegia, omnes fere casus ad materiam pertinentes eruditissime declarantur, et resolvuntur*, apud Petrum Mariam Bertanum, Venetiis, 1638, eff. 1, n. 1039, p. 167.

[85] Francisco Ramos del Manzano, *Al nostro SS. Padre Alessandro settimo intorno al provedimento de' vescovadi vacanti nella Corona di portogallo*, in Madrid e nuovamente in Napoli, per Egidio Longo, 1661, pp. 45 che parlava di contrarietà «alla lege politica, e naturale del conservamento dello stato de' regi, e de' regni». Su quest'opera, scritta nel contesto della grave crisi portoghese con la rivoluzione del 1640, cfr. almeno Salustiano De Dios de Dios, *Derecho, religión y política. La representación del doctor Francisco Ramos del Manzano al papa Alejandro VII sobre la provisión de obispados vacantes en la Corona de Portugal*, in Salustiano De Dios, Javier Infante e Eugenia Torijano (a cura di), *Juristas de Salamanca, siglos XV-XX*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca,

tis detur episcopus era così riletto in guisa da attribuire al principe, come *pater* e tutore della comunità, la facoltà di farsi interprete del rigetto del pastore eletto dalla Santa Sede. Si capovolgeva la prospettiva, individuando nel principe colui che doveva soppesare la ragionevolezza della resistenza, scorgendo quell' «odio universale»[86] nutrito dai fedeli verso il prelato designato.

È assai interessante osservare che il medesimo ragionamento era posto a fondamento, specie dai regalisti di ambito iberico, della potestà economica del sovrano nei confronti degli ecclesiastici, ordinariamente ritenuti esenti dalla giurisdizione del principe[87].

A ben vedere, sul riconoscimento di un diritto di resistenza – di cui si è discusso molto nel quadro delle relazioni fra individuo e potere politico e quindi nell'alveo del giusnaturalismo moderno, ma meno all'interno dell'ordinamento della Chiesa – inteso nei termini testé riassunti collimavano diverse linee di pensiero e non mi riferisco solamente a quelle più ai margini dell'ortodossia cattolica, bensì ad altre di impronta tradizionale e anticonciliari.

I lucchesi ben conoscevano le dottrine prima rammentate, perché se ne erano fatti forti già in precedenti contrasti con la Chiesa, a partire dalle scritture prodotte nell'occasione dell'interdetto del 1639[88]. E del resto pure la *Summa de Ecclesia* di Juan de Torquemada, diretta a sostenere il primato papale alla metà del '400[89], si interrogava sul *quid agendum* in caso di immoralità, scandalo o abuso di potere da parte del Sommo Pontefice e fra i diversi rimedi non escludeva affatto la resistenza[90].

Ma, proprio per il fatto d'aver già affrontato le censure canoniche, conoscevano assai bene una fonte molto sospetta, ma altrettanto preziosa, dalla quale infatti uno teologi-giuristi anonimi adesso consultati traeva interi periodi e allegazioni. Alludo al trattato sull'interdetto composto da vari consultori *in iure* veneziani, primo fra tutti Paolo Sarpi, durante il celebre episodio delle

---

2009, pp. 173-234, in part. 202 s. Si noti che l'immagine della difesa ricorre anche in altri contesti, per giustificare ad esempio l'appello al magistrato secolare contro le sentenze ecclesiastiche (Orazio Condorelli, *Istituzioni ecclesiastiche*, cit., p. 450).

[86] Cito nuovamente l'opera del Sesti (ASLu, *Offizio sopra la giurisdizione*, 25, c. 189v).

[87] Ne ho parlato in Daniele Edigati, *Un altro giurisdizionalismo*, cit., pp. 91 s.

[88] Cfr. specialmente l'opuscolo, vergato da Lelio Altogradi ma edito sotto lo pseudonimo di Girolamo Berardi, *Difesa per la Republica di Lucca contro le censure fulminate da Monsig. Cessare Raccagni*, Colonia [ma Lucca], s.n.t., 1640, pp. 10-11, con rinvio al commentario di Innocenzo IV e al *consilium* di Barbazza.

[89] Ulrich Horst, *Juan de Torquemada und Thomas de Vio Cajetan. Zwei Protagonisten der päpstlichen Gewaltenfülle*, Akademie Verlag, Berlin, 2012, spec. pp. 51 s.

[90] Cfr. Juan de Torquemada, *Summa de Ecclesia*, apud Michaelem Tramezzinum, Venetiis, 1561, lib. II, cap. 106, pp. 246v-247r, che cita a sua volta autorevoli decretalisti come Enrico da Susa, Sinibaldo de Fieschi e Guido da Baisio.

censure fulminate dalla Santa Sede nel 1606 contro la Serenissima[91]. In questi consulti, essi si sforzavano – per usare parole di Cozzi – di «sgombrare i sospetti sull'animo della Repubblica, confermare la sua fedeltà al cattolicesimo romano»[92], e per farlo dovevano dimostrare come fosse moralmente lecita, secondo la stessa teologia cattolica, la disobbedienza al precetto ingiusto, in quanto di nessun valore, del superiore, sebbene fosse il Pontefice. E conseguenzialmente che fosse giusto non curarsi delle eventuali sanzioni irrogate dalla Santa Sede ed eventualmente resistere in modo attivo, impedendo la loro attuazione[93].

Tra le citazioni che più palesemente vennero carpite dal Sarpi – anche perché presentate nello stesso ordine consequenziale – colpiscono in particolare quelle di due opere diverse per taglio, ma risalenti allo stesso torno di anni, ossia la *Summa* di Silvestro Mazzolini (1506)[94] e il trattatello sull'autorità del Papa e del Concilio (1511)[95] di Tommaso de Vio. Entrambi si schieravano contro le tesi conciliari, rigettando qualsiasi possibilità che il Papa potesse esser sottoposto a giudizio e, a maggior ragione, deposto. Ed entrambi analizzavano il caso astratto, già contemplato dal Torquemada, in cui la condotta papale, non sul piano dottrinale o dogmatico, bensì su quello amministrativo-gestionale, potesse esser deleteria fino a procurare scandalo o concorrere alla distruzione

---

[91] Sulla vicenda dell'interdetto, nell'amplissima bibliografia, vedi almeno Corrado Pin, *Capo, maestro e consultore d'un infamissimo scisma: Paolo Sarpi e l'Interdetto di Venezia del 1606-1607*, in Gino Benzoni (a cura di), *Lo Stato Marciano durante l'interdetto, 1606-1607. Atti del XXIX convegno di studi storici, Rovigo 2-4 novembre 2006*, Minelliana, Rovigo, 2008, pp. 189-220. Sul tema della resistenza nella specifica vicenda dell'interdetto, cfr. anche le riflessioni di Alfredo Viggiano, *Preti violenti e ragioni repubblicane. Alle origini di un modello nella Venezia del primo Seicento*, in *La prassi del giurisdizionalismo*, cit., pp. 91-114.

[92] Gaetano Cozzi, *Paolo Sarpi tra Venezia e l'Europa*, Einaudi, Torino, 1978, p. 82.

[93] *Trattato dell'interdetto della Santità di Papa Paolo V*, in Paolo Sarpi, *Opere varie del molto reverendo Padre F. Paolo Sarpi dell'ordine de' servi di Maria teologo consultore della Serenissima Repubblica di Venezia divise in due tomi*, I, presso a Jacopo Mulleri [ma Marco Moroni], Helmstat [ma Verona], 1750, pp. 145 s., ma cfr. anche Paolo Sarpi, *Consulti*, I, 1, *I consulti dell'interdetto, 1606-1607*, a cura di Corrado Pin, Istituti editoriali e poligrafici internazionali, Pisa, 2001, consulto 2, pp. 243-244. Per un inquadramento dei consulti sarpiani, rinviamo alla ricca introduzione di Corrado Pin, *ivi*. Sul punto specifico qui trattato dei limiti al potere papale e della resistenza alle ingiuste sanzioni canoniche, Francesco Scaduto, *Stato e Chiesa secondo fra Paolo Sarpi e la coscienza pubblica durante l'interdetto di Venezia del 1606-1607*, Ademollo, Firenze, 1885, pp. 114 ss; sul piano politico: Federico Chabod, *La politica di Paolo Sarpi*, Edizioni dell'Ateneo, Venezia-Roma, 1962, spec. pp. 63 ss; sul piano teologico, da ultimo: Sylvio Hermann De Franceschi, *Le catholicisme antiromain et l'infallibilité pontificale au début du XVII siècle*, in Id. (textes réunis par), *Le Pontife et l'erreur: anti-infaillibilisme catholique et romanité ecclésiale aux temps posttridentins (XVII-XX siècles). Actes de la journee d'etudes de Lyon (7 mai 2009)*, Resea, Lyon, 2010, pp. 66-67.

[94] Per la datazione, nonché per bibliografia sull'autore: Simona Feci, *Mazzolini, Silvestro*, in *DBI*, 72, 2009, p. 679.

[95] Eckehart Stöve, *De Vio, Tommaso*, in *DBI*, 39, 1991, p. 576.

della Chiesa, concludendo che, al di là della preghiera, era permessa la resistenza[96]. Molto eloquenti, proprio in rapporto a quanto sopra rilevato, erano le parole del cardinale Gaetano, che approfondivano non solo le fattispecie, ma altresì lo stesso concetto di resistenza, utilizzando la metafora della legittima difesa. Nell'ipotesi di scuola del Papa invasore, era lecito difendersi finanche uccidendolo, mentre non era possibile *ex post* giudicare colpevole e punire il Pontefice reo di omicidio[97], giacché esisteva

cuiuslibet privati debitum ad resistendum, impediendum defendendumque, nisi quis adeo desipiat, ut dicat quemlibet esse iudicem cuiuslibet[98].

Sulla scorta di questa impostazione, che affondava chiaramente le sue radici nel giusnaturalismo di San Tommaso[99], circa quindici anni dopo, Francisco de Vitoria, non mancando di riferire testualmente il pensiero del Gaetano e di Mazzolini, scriveva che «vim vi repellere licet iure naturali»[100] e che si resisteva «per modum defensionis». Ma Vitoria faceva un passo ulteriore, aggiungendo che la resistenza al Papa, paragonato in questo caso al re tiranno, era possibile sia per i *gubernatores ipsius Ecclesiae* che per i *principes*, estendendola pertanto al contesto extra-ecclesiale e, pur con moderazione, ammettendola persino con le armi[101]. Concetti e proposizioni che compaiono negli stessi termini anche in altre opere teologiche cinquecentesche, come quella del francescano Antonio da Córdoba, pur con avvertenze finalizzate a scongiurare che l'atto estremo della resistenza cagionasse fratture ancor più gravi nella Chiesa: la condotta doveva essere informata alla massima reverenza ver-

---

[96] Silvestro Mazzolini, *Summa Sylvestrinae, quae Summa Summarum merito nuncupatur*, II, apud haeredes Petri Dehuchini, Venetiis, 1587, v. *Papa*, n. 4, p. 210r-v. Le situazioni esemplificate erano ad esempio quelle della vendita di benefici o della concessione del patrimonio della Chiesa a propri parenti.

[97] «licet cuilibet licat vim in se et in proximum vi repellere cum moderamine inculpatae tutelae, non tamen cuilibet punire eum qui vim infert» (Tommaso de Vio, *De comparatione auctoritatis Papae et Concilii cum apologia eiusdem tractatus*, in Id., *Scripta theologica*, I, a cura di Vincentius M. Iacobus Pollet, Romae, apud Institutum Angelicum, 1936, p. 179).

[98] *Ibidem*. Sul pensiero del Gaetano in tema, anche se non in rapporto al Papa, cfr. Mario Turchetti, *«Il faut obéir à Dieu plutôt qu'aux'hommes». Aux sources théologiques du droit de résistance au siècle de la Réforme*, in Jean-Claude Zancarini (a cura di), *Le droit de résistance, XII-XX siècle*, Ens, Paris, 1999, pp. 75-76.

[99] Mario Turchetti, *Il faut obéir*, cit., pp. 73-74.

[100] Francisco de Vitoria, *De potestate Papae, et Concilii*, in Id., *Arbor magna iurisdictionis ecclesiasticae suos extendentes ramos ad potestates Ecclesiae, papae, concilii, et ad alia multae, quae sequens pagina ostentant*, apud Iuntas, Venetiis, 1640, lib. I, prop. 22, p. 161. Sul punto ha posto l'attenzione Brian Tierney, *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, Il Mulino, Bologna, 2002 (ed. orig. *The idea of natural rights. Studies in natural rights, natural law and Church law, 1150-1625*, Scholars Press, Atlanta, 1997), p. 420, ma vedi più in generale pp. 411 e s.

[101] *Ivi*, pp. 161-162: «non excedendo reverentiam, nec negando aliquo pacto authoritatem illius, sed solum allegando quod hoc este iniustum, et in detrimentum Ecclesiae».

so il Papa e che non favorisse scismi[102].

Sempre per il tramite del Gaetano tale concezione sarebbe arrivata anche a Domingo de Soto, che trovò il fondamento della *potestas resistendi* dei principi non solo nel diritto naturale, ma anche nello *ius gentium*[103], contribuendo ancor meglio a proiettare tale concezione nei rapporti tra gli stati e la Chiesa. Queste tesi costituirono una premessa per la sistemazione giusnaturalistica, che le avrebbe ricollocate sul versante dell'obbligazione politica e trasformate in diritti soggettivi inalienabili[104]. Soto, non casualmente ripreso da Sarpi, prendeva proprio in esame l'ipotesi del Papa o di vescovi che «sacerdotia in perniciem Ecclesiae providerent», ai quali il principe avrebbe potuto proibire la presa di possesso «et Ecclesiae ipsi contra huiusmodi pestem adiutrices manus porrigere».

La dottrina della resistenza al Pontefice sarebbe stata sviscerata meglio più avanti, grazie al lavorio dei trattatisti sul foro interno. Uno fra tutti, a metà Seicento, lo *Speculum* del fiammingo Pierre Marchant, nel quale l'obbedienza al Papa era considerata doverosa solo «in omnibus justis, licitis, et ordinatis»[105], attribuendo a ognuno di questi concetti un preciso contenuto: la *iustitia* vietava di eseguire ordini che procurassero *detrimentum* a terzi; la liceità di non obbedire si ravvisava quando nel comando fosse insito qualche rischio od occasione di peccato, presumendo la carenza o non esaustività del quadro informativo del Pontefice; la *ordinatio* escludeva di dover adempiere a un precetto che andasse oltre le normali forze o la vocazione di ciascuno.

Marchant era del resto nel novero di quanti avevano reso più fecondo di sviluppi il principio dell'*epieikeia*[106], ma secoli prima su di esso aveva poggiato la riflessione teologica di Jean Gerson[107]. Ed era proprio a Gerson che aveva guar-

---

[102] Antonio de Córdoba, *Quaestionarum theologicum sive Sylva amplissima decisionum, et variarum resolutionum casuum conscientiae*, sumptibus Baretii, Venetiis, 1604, II, q. X, pp. 313-315 (spec. p. 315), dove è più volte citato il Vitoria.

[103] Domingo de Soto, *In quartum sententiarum commentarii*, expensis Benedicti Boyerlj, Methymnae a Campi, 1581, II, dist. 25, q. 2, art. 2, p. 71, da cui son tratte le citazioni successive.

[104] Cfr. in generale Christine Combe, *Le droit de résistance dans l'ecole moderne du droit naturel*, in Stéfane Rials (a cura di) *Le droit des modernes (XIVe-XVIIIe siècles)*, L.G.D.J., Paris, 1994, pp. 69-86, in part. su Vattel, Alberto Carrera, *Il diritto di resistenza nella dottrina giuridica di Emer de Vattel*, in Alberto Sciumè *Il diritto come forza, la forza del diritto: le fonti in azione nel diritto europeo tra Medioevo ed età contemporanea*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 81-109.

[105] Pierre Marchant, *Tribunal sacramentale et visibile animarum in hac vita mortali, tomis tribus explicatum*, III, *Speculum totius hominis christiani sive tribunalis sacramentalis etc*., apud Petrum Bellerum, Antverpiae, 1650, III, tract. III, tit. 4, q. 3, *dubium incidentale*, p. 61.

[106] Cfr., sul versante matrimoniale, ciò che rileva su di lui Andrej Saje, *La forma straordinaria e il ministro della celebrazione del matrimonio secondo il Codice latino e orientale*, Pontificia Università Gregoriana, Roma, 2003, pp. 104-105.

[107] Francesco D'Agostino, *La tradizione dell'epieikeia nel Medioevo latino: un contributo alla storia*

dato il Sarpi che, come noto, aveva curato l'edizione del trattato sulle scomuniche del teologo francese apparsa a Venezia proprio durante la crisi dell'interdetto[108]. Con le sue tesi dirette a limitare il potere papale dinanzi al Concilio, Gerson aveva finito per esercitare un notevole fascino sul costituzionalismo inglese del Seicento[109], sul giusnaturalismo moderno[110], oltre che – ben prima e nell'ambito ecclesiale – sul movimento conciliarista a Costanza e Basilea. Certo, la teologia gersoniana si era spinta oltre i confini praticabili nel contesto cattolico post-tridentino, in particolare fino a configurare un potere di correzione del Papa da parte del Concilio[111]. Il che spostava i termini del problema entro una prospettiva diversa da quella qui considerata, interna alla Chiesa e prettamente costituzionale, in cui si rimetteva in discussione l'ufficio petrino come organo supremo.

Ma, al di là di tutto ciò, quel che rileva nell'economia delle presenti pagine è che a differenza anche di un altro filone di pensiero quattrocentesco e anche del Sarpi, in cui campeggiava la prospettiva del principe e l'esaltazione della sua sovranità[112], in diversi trattati di Gerson prevaleva il punto di vista del singolo, attribuendo a ciascun fedele un diritto di resistenza all'ordine ingiusto, anche del Papa, il cui fondamento si rinveniva nella legge di natura[113]:

Non solo non interviene sempre sprezzo delle chiavi in quelli, che non obediscono alle sentenze delle scommuniche, publicate dal Papa, overo da suoi Ministri, ma nè anco si debbe giudicare, che intervenga in quelli, che procurano diffendersi contra tal pretese sentenze per mezzo della potestà secolare: imperoche la legge naturale insegna, che a viva forza si possi far resistenza alla forza[114].

---

dell'idea di equità, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 237 s.

[108] Boris Ulianich, *Paolo Sarpi, il generale Ferrari e l'ordine dei Serviti durante le controversie vento-pontificie*, in *Studi in onore di Alberto Pincherle*, Roma, Edizioni dell'Ateneo, 1967, II, pp. 592-593; Id., *Paolo Sarpi, «riformatore», «irenico»? Note sulla sua ecclesiologia, sulla sua teologia, sulla sua religione*, in P. Branchesi e Corrado Pin (a cura di), *Atti del convegno di studio Fra Paolo Sarpi dei Servi di Maria: Venezia, 28-29-30 ottobre 1983*, Centro studi O.S.M., Venezia-Bologna, 1986, pp. 58 s.

[109] Brian Tierney, *Religion et droit dans le développement de la pensée constitutionnelle*, Paris, Presses universitaires de France, 1993, p. 122. Cfr. anche Id., *L'idea dei diritti naturali*, cit., pp. 295 s.

[110] John Neville Figgis, *Political thought from Gerson to Grotius: 1414-1625*, intr. by G. Mattingly, New York, 1960.

[111] Per questo aveva buon gioco il cardinal Bellarmino a liquidare queste citazioni, come di autore «sempre sospetto, et troppo libero» (*Risposta del Card. Bellarmino al trattato dei sette theologi di Venetia, sopra l'interdetto della Santità di Nostro Signore Papa Paolo Quinto. Et all'oppositioni di F. Paolo servita, contra la prima scrittura dell'istesso Cardinale*, Roma, 1606, p. 58).

[112] Paul Ourliac, *Le sources du droit canonique au XVe siècle: le solstice de 1440*, in Id., *Études d'histoire di droit medieval*, A. et J. Picard, Paris, 1979, I, p. 265.

[113] Zofia Rueger, *Gerson, the conciliar movement and the right of resistance (1642-1644)*, in *Journal of history of ideas*, 25/4, 1964, pp. 467-486.

[114] Cito dalla traduzione di Paolo Sarpi: *Trattato et resolutione sopra la validità delle scommuniche di*

Anche se non citato dallo stesso Gerson, non si può non intravedere in ultima analisi l'influsso del nominalismo di Guglielmo d'Ockham e specialmente del suo *Dialogus* sul Papa eretico. Certo, Ockham aveva qui di mira un problema ancor più spinoso come quello di un Pontefice che si rendesse responsabile di deviazioni rispetto all'ortodossia della fede ma, nella dialettica immaginaria fra maestro e allievo, costruiva un paragone fra violenza fisica e violenza spirituale operata dal Papa e riportava l'affermazione per cui «liceret saltem regi vel laico vim vi repellere», concludendo con queste parole:

Si licet pro morte corporali (imo gravi iniuria corporali) propria et aliena vitanda manus iniicere violentas in papam absque iurisdictione, multo magis pro morte spirituali multitudinis fidelium evitanda licebit in casu manus iniicere violentas in papam[115].

E anche nelle pagine di Ockham il diritto-dovere di resistenza veniva conferito a qualunque fedele.

Queste due distinte linee – quella ockhamiana-gersoniana e quella più ortodossa –, pur partendo da presupposti filosofici diversi e pur sostenendo nel complesso concezioni contrapposte sulla struttura della Chiesa e l'esistenza di limiti al potere papale, giungono sullo specifico tema della resistenza a conclusioni affatto divergenti.

4. *Qualche spunto conclusivo*

Tirando le fila del discorso, si può rilevare *in primis* come in contesti quali quello lucchese, in cui non le erano stati attribuiti diritti di patronato sui bene-

---

Giovanni Gersone theologo et cancellario parisino; cognominato il Dottore Christianissimo, Venezia, 1675, cons. X, pp. 44-45, ma l'originale latino è ancor più eloquente (corsivo nostro): «Contemptus Clavium etiam non semper invenitur apud illos qui nedum non obediunt sententiis excommunicationum promulgatis per Papam vel suos; sed etiam non est judicanda esse apud illos qui per potestatem secularem adversus tales praetensas sententias tueri se procurant. *Lex enim naturalis dictat ut possit vis vi repelli*» (Jean Gerson, *Circa materiam excommunicationum irregolaritatum resolutio*, in Id., *Opera omnia, novo ordine digesta, et in V. tomos distributa*, sumptibus Societatis, Antwerpiae, 1706, II, p. 1, coll. 423-424). Ma cfr. anche, sempre di Jean Gerson, ivi, *Tractatus de unitate ecclesiastica*, cons. X, col 117: «occurrere possunt casus multi, in quibus pro adeptione pacis publicae, aut justae defensionis, sicut vim repellendo, liceret a rite electo in Papam subtrahere obedientiam» e *Opera omnia*, cit., III, *Regularum moralium prologus*, tit. *de praeceptis Decalogi*, n. 109, col. 97: «Jure naturali vim vi repellere licet: sic quod impetitus aliquis a qualicumque persona cujuscumque dignitatis etiam Papalis via facti, et non habens juris remedium, fas habet injurianti de facto resistere, secundum qualitatem injuriae, scilicet quantum requiritur et sufficit contra illum ad sui tutamentum et ab hac facti via».

[115] Guglielmo di Ockham, *Dialogo sul Papa eretico*, a cura di Alessandro Salerno, Milano, Bompiani, 2015, p. 906, su cui vedi almeno Alessandro Salerno, *Saggio introduttivo*, ivi, pp. CXXXIX ss (spec. p. CXLVI).

fici episcopali, l'autorità civile reclamava comunque una forma di coinvolgimento nella scelta del candidato, in forza del naturale intreccio degli interessi fra la potestà secolare e quella religiosa, delle funzioni di tutela della prima verso la seconda, nonché della ragion di stato. I giurisdizionalisti potevano far leva su canoni antichi, mai del tutto superati, in quanto espressivi di quella naturale incidenza della dimensione locale nell'elezione del vescovo, per lo meno sul piano dell'accoglienza e accettazione del soggetto nominato. Se nei primi secoli fu la comunità diocesana dei fedeli ad avere voce in capitolo, con il rafforzamento del potere politico i principi si sostituirono ad essa, invocando i propri diritti di garanti dell'ordine pubblico e della sicurezza. I concetti di turbamento o scandalo derivanti dalla presa di possesso dell'eletto vennero reinterpretati in questa direzione. Al di là dunque di un regime ordinario che formalmente nel XVIII secolo era improntato al principio di libera disposizione dei benefici episcopali da parte del Papa, diversi condizionamenti finivano per pesare sull'esercizio del *munus* petrino nelle provviste, riducendone gli spazi di autonomia e talvolta causando l'esigenza di retromarce che risultavano – e risultano tuttora, in situazioni analoghe – assai odiose e imbarazzanti. Non erano solo in astratto attentati alla giurisdizione papale, quanto anche in concreto cedimenti pubblici che minavano l'immagine e il prestigio della Santa Sede nei confronti di tutte le monarchie e gli stati cattolici, pregiudicando l'esercizio di una facoltà considerata dall'XI secolo come intrinsecamente connessa alla *libertas* e all'unità della Chiesa[116].

Le rivendicazioni del principe – beninteso: in assenza di giuspatronato – non erano tuttavia delineate entro una situazione giuridica astratta e ben categorizzata, cosicché in esse vediamo confondersi elementi e aspetti di ciò che le dottrine ecclesiasticiste avrebbero più avanti definito diritto di veto, diritto di esclusione[117] e diritto di prenotificazione officioso. L'utilizzo di questi dispositivi era invero flessibile e non informato a una qualche istituzionalizzazione neppure nel momento attuativo, come si deduce dal contegno – radicalmente opposto – tenuto dalla Repubblica dinanzi all'elezione di Cervioni e di Colloredo. Entrambi vennero designati senza una vera e propria dialettica fra i due attori e perfino senza una previa notificazione alla Repubblica[118], ma nel secondo, non sussistendo alcun motivo di sospetto verso l'eletto, Lucca si

[116] Sul punto vedi ora Maria Teresa Napoli, *Libertas Ecclesiae*, cit.

[117] Per diritto di esclusione si intende la facoltà, concessa dal Papa, di espungere alcune persone non grate da un elenco di candidati (Pier Virginio Aimone Braida, *L'intervento dello stato*, cit., pp. 74-75).

[118] Il carteggio fra l'inviato a Roma e la Repubblica testimonia in modo inoppugnabile come il nome del Colloredo non fosse mai circolato o affiorato prima della sua stessa nomina, mentre nel settembre 1731 era corsa voce che la volontà del Papa si fosse indirizzata verso monsignor Dionigi Pieragostini, governatore di Benevento.

astenne dall'esercitare le sue prerogative.

Un altro discorso deve esser fatto per il problema della resistenza all'autorità suprema della Chiesa. È innegabile, infatti, che teologi e canonisti, poggiando su concezioni giusnaturalistiche, riconobbero pacificamente l'opzione della resistenza verso atti papali informati a un evidente abuso o ingiustizia, all'irrazionalità o al palese pregiudizio per la Chiesa. Da questo punto di vista, la teologia successiva al periodo conciliarista non nutrì alcun dubbio al riguardo e lo stesso Bellarmino, nel rispondere al Sarpi, non confutò questa dottrina né si dissociò da essa[119]. All'interno della Chiesa si ragionava piuttosto, con casi ipotetici, di individuare confini e i mezzi con cui la resistenza si poteva (o doveva) esplicare, scorgendo pochi strumenti in modo definito, tra i quali la correzione o ammonizione fraterna del Pontefice. Con Gerson si ebbe una duplice evoluzione, ripresa e coronata dalla così detta Seconda Scolastica, che soprattutto la avrebbe senza alcuna contestazione fatta pervenire a un più ampio pubblico. Per un verso, la prospettiva venne spostata *tout court* a livello individuale[120] e ben presto a quello del semplice fedele, legittimando una resistenza diffusa e non solo infra-ecclesiale e gerarchica, in cui quindi entrava prepotentemente in gioco il foro interno, regolato dalla teologia morale e dalla sempre più fiorente casistica[121]. Una resistenza radicata, seguendo spunti offerti da Ockham, in un diritto naturale di autoconservazione, identificato nella legittima difesa, che pare il nucleo sul quale si sviluppa la prima e compiuta formulazione di uno *ius naturale* inteso come potere espressione di volontà soggettiva[122]. Per l'altro, grazie alla nuova «dimensione politica del papato» in

---

[119] «allegano molti Dottori, i quali dicano, che si può resistere con forza ad ogni uno, ancor che sia il Papa. Rispondo, che questo non si nega, quando vi sia vera forza, e si proceda senza giudicare» (*Risposta del Card. Bellarmino*, cit., p. 57).

[120] Sul punto la bibliografia sarebbe amplissima (oltre ai classici di Tierney e Villey, vedi ora Annabel S. Brett, *Liberty, right and nature: individual rights in Later Scholastic thought*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003). Cfr. almeno la ricca sintesi di Italo Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 160 s.

[121] Paolo Prodi, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 325 s.

[122] Non intendo qui attribuire a uno o all'altro degli autori citati questo traguardo, né tanto meno inserirmi nel dibattito fra chi (Michel Villey su tutti) ha visto nel pensiero di Ockham e Gerson il fondamento delle teoriche dei diritti soggettivi e chi al contrario (Brian Tierney) ne ha individuato i germi nella canonistica e in altri testi precedenti o comunque di ambito diverso da quello nominalistico. Intendo piuttosto fornire qualche ulteriore spunto di riflessione su un percorso di maturazione di un lessico e di concetti che attraversa molti secoli e su cui hanno inciso vicende politiche, religiose o fattori di grande spessore (come i Concili di Costanza e Basilea, lo scisma luterano o il rafforzamento del potere monarchico). In tal senso, a mio avviso può e deve esser anche riscoperto il contributo che all'idea del diritto di autoconservazione hanno dato le tesi ortodosse favorevoli alla resistenza nei confronti del Papa, sia pure in una prospettiva infra-ecclesiale, comunitaria e comunque oggettiva, così come quelle di Ockham e Gerson, che ponevano maggiormente l'accento sulla prospettiva individuale

età moderna e al suo divenire un «partner allo stesso livello degli altri Stati»[123], la problematica si sarebbe estesa a ordini o atti ecclesiastici aventi ricadute sul potere secolare, al quale dunque per analogia si attribuì quel diritto naturale di difendersi per garantirsi la sopravvivenza. I sempre più frequenti episodi di frizione fra Papato e sovrani nel XVII e XVIII secolo furono un potente stimolo che portò a rispolverare antiche – e alternative rispetto al giusnaturalismo moderno – strade concettuali che giustificavano un diritto di resistenza come connaturato all'esigenza naturale della sopravvivenza.

in funzione di limitazione del potere pontificio.

[123] Paolo Prodi, *Il sovrano pontefice. Un corpo e due anime: la monarchia apale nella prima età moderna*, Il Mulino, Bologna, 2006 (prima ed. Bologna, 1982), rispettivamente pp. 301, 305.

La posizione della Chiesa cattolica riguardo al fine vita

Marco Canonico

1. *Il contrasto tra morale laica e morale cattolica in tema di fine vita*

La recente approvazione della legge italiana sulle disposizioni anticipate di trattamento (L. 22 dicembre 2017 n. 219 - *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*), che consente all'individuo di manifestare la propria volontà circa le terapie che potranno o meno essergli in futuro somministrate al ricorrere di determinate condizioni patologiche al fine di anticipare deliberatamente il decesso dell'interessato[1], introduce nel

[1] In senso critico sui contenuti della legge, Giampaolo Azzoni, *Una legge formalmente (semanticamente) inutile e sostanzialmente (pragmaticamente) pericolosa*, in *Newsletter OLIR.it*, (*www.olir.it*), anno XV, n. 1/2018, 30 gennaio 2018, il quale ritiene che la normativa in questione "*sia formalmente (semanticamente) inutile perché i suoi principali contenuti normativi erano già diritto vigente in Italia. In particolare, 1) Vi era già una disciplina adeguata sul consenso informato… 2) Le disposizioni anticipate di trattamento avevano già piena validità giuridica… 3) Era già possibile nominare un fiduciario… 4) Era già vietata ogni forma di c.d. accanimento terapeutico… 5) Nel modello normativo del medico, il tempo della comunicazione era già tempo di cura… Se, come s'è visto, la legge approvata ripete, nei suoi elementi rilevanti, contenuti normativi che erano già vigenti nel diritto italiano, presentandosi come una sorta di loro consolidazione, invece non regola situazioni per le quali da più parti se ne invocava l'approvazione… Infatti, continuano a non essere consentiti l'assistenza al suicidio, la sospensione di trattamenti adeguati in assenza di previa disposizione certa e, a maggior ragione, l'eutanasia attiva; mentre l'ascrizione di nutrizione e idratazione artificiale ai trattamenti sanitari (contenuta nell'art. 1 al 5° comma) non fa che confermare il dato giurisprudenziale posto nel caso Englaro e ribadito nei suoi vari sviluppi processuali… Tutte queste discussioni sono apparentemente irrelate all'effettivo testo approvato, ma ci fanno presagire che tale legge potrebbe essere invocata ed utilizzata per legittimare taluni comportamenti che vanno ben oltre quanto la lettera consentirebbe*". Si aggiunge che la legge di cui trattasi "*non solo è formalmente (semanticamente) inutile, ma è anche sostanzialmente (pragmaticamente) pericolosa… La legge è, in linea generale, pericolosa perché fa propria nel modo più solenne e con una conseguente articolazione operativa quella antropologia del consenso informato che rappresenta un grave impoverimento della realtà esistenziale del soggetto malato, oltre che un'eccessiva semplificazione delle varie fattispecie concrete in cui può venirsi a trovare. In particolare, la legge presuppone come realistica l'idea che il paziente sia sempre un decisore razionale e competente sul suo futuro e che il modo essenziale della sua relazione con il sistema della cura sia quello della volontà. Questo può accadere, ma non è certo così in una grande parte di*

nostro ordinamento il cosiddetto testamento biologico[2] e costituisce il punto

---

casi… L'autodeterminazione, se elevata ad unico valore, si converte facilmente nel suo opposto: in una eteronomia in cui il soggetto è rappresentato da altri o in cui il suo consenso è formalisticamente acquisito o presunto. In questa prospettiva, una criticità è rappresentata dall'affievolirsi del requisito dell'attualità delle DAT. Anche se il 6° comma dell'art. 4 afferma che esse possono essere rinnovabili, in realtà non è previsto alcun limite temporale alla loro validità… La legge è poi, nello specifico, pericolosa perché rischia di avallare o di sollecitare decisioni di fine vita per "togliere il disturbo" e non gravare sugli altri, presentando come alternative (e valorialmente equivalenti) l'opzione di proseguire nelle cure e quella opposta di rinunciarvi. Ciò che, quantomeno, andrebbe verificato nelle varie circostanze concrete (e che la legge affida a norme meramente parenetiche) è il presupposto fondamentale a base dello stesso testamento biologico: l'effettiva libera volontà di chi lo compie, in una realtà socio-sanitaria in cui sono sempre di più le persone socialmente fragili o con difficoltà cognitive…" (*Ibidem*). Sul recente provvedimento normativo cfr., altresì, Giuseppe Buffone, *Il consenso informato coinvolge paziente, sanitari e familiari*, in *Guida al diritto*, 2018, n. 8, 10 febbraio 2018, p. 36; Id., *Resta il difetto di coordinamento con le Unioni civili*, *ivi*, p. 43; Id., *Senza regole di rito fase contenziosa al giudice tutelare*, *ivi*, pp. 39-42; Id., *Un altro tassello che disciplina il «fine vita»*, *ivi*, pp. 34-35; Bruno de Filippis, *Biotestamento e fine vita. Nuove regole del rapporto medico-paziente: informazioni, diritti, autodeterminazione*, Cedam, Padova, 2018; Massimo Franzoni, *Le dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Giustizia civile.com*, Rivista telematica (*www.giustiziacivile.com*), 2 marzo 2018; Matteo Mainardi (a cura di), *Testamento biologico e consenso informato, Legge 22 dicembre 2017, n. 219*, Giappichelli, Torino, 2018; Marco Ridolfi, Simone Penasa, Carlo Casonato, *Consenso informato e DAT: tutte le novità in vigore dal 31 gennaio 2018*, Giuffrè, Milano, 2018.

[2] In dottrina, sulle problematiche in tema di fine vita e testamento biologico, Stefano Agosta, *Bioetica e Costituzione*, tomo II, *Le scelte esistenziali di fine vita*, Giuffrè, Milano, 2012; Gianni Ballarani, *Il diritto tra la vita e la morte*, nel vol. Mirzia Bianca (a cura di), *Le decisioni di fine vita*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 99-114; Alessandra Bellelli, *Decisioni di fine vita e disposizioni anticipate di trattamento*, nel vol. Mirzia Bianca (a cura di), *Le decisioni di fine vita*, cit., pp. 145-151; Cesare Massimo Bianca, *Trattamenti sanitari tra principio di autodeterminazione e dovere di solidarietà (a ciascuno il suo)*, nel vol. Mirzia Bianca (a cura di), *Le decisioni di fine vita*, cit., pp. 229-234; Patrizia Borsellino, *Bioetica tra autonomia e diritto*, Zadig, Milano, 1999, pp. 179-187; Rosario Carrano, *Riflessioni sulle decisioni di fine vita: tra autonomia, dignità e solidarietà*, nel vol. Mirzia Bianca (a cura di), *Le decisioni di fine vita*, cit., pp. 115-122; Giuseppe Cassano, *Un concetto giuridicamente complesso*, nel vol. Stefano Semplici, (a cura di), *Il diritto di morire bene*, Il Mulino, Bologna, 2002, pp. 85-106; Paolo Cendon, *I malati terminali e i loro diritti*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 313-346; Roberto Coffa, *Esiste il diritto di morire?*, Libreria editrice Urso, Avola, 2011; Francesco D'Agostino, *Non è di una legge che abbiamo bisogno*, nel vol. Stefano Semplici, (a cura di), *Il diritto di morire bene*, cit., pp. 27-37; Lorenzo d'Avack, *Verso un autodestino. Biotecnologie e scelte di vita*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 177-204; Carlo A. Defanti, *Eutanasia, cambiamenti in medicina e norme giuridiche*, nel vol. Cosimo Marco Mazzoni (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Il Mulino, Bologna, 1998, pp. 237-250; Maurizio D'Errico, *Il testamento biologico e il ruolo del notaio*, nel vol. Mirzia Bianca (a cura di), *Le decisioni di fine vita*, cit., pp. 153-159; Maurizio Di Masi, *Il fine vita*, Ediesse, Roma, 2015; Marisa Ferrari Occhionero, *Il bene vita tra autodeterminazione e dignità della persona: alcune considerazioni sociologiche*, nel vol. Mirzia Bianca (a cura di), *Le decisioni di fine vita*, cit., pp. 83-89; Giovanni Maria Flick, *Dovere di vivere, diritto di morire, oppure…?*, nel vol. Mirzia Bianca (a cura di), *Le decisioni di fine vita*, cit., pp. 5-23; Fortunato Freni, *La laicità nel biodiritto. Le questioni bioetiche nel nuovo incedere interculturale della giuridicità*, Giuffrè, Milano, 2012; Fausto Giunta, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, nel vol. Cosimo Marco Mazzoni (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, cit., pp. 251-279; Attilio Gorassini, *Testamento biologico e diritto a non soffrire*, nel vol. Mirzia Bianca (a cura di), *Le decisioni di fine vita*, cit., pp. 25-32; Ian Kennedy, *Il diritto di morire*, nel vol. Cosimo Marco Mazzoni (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, cit., pp. 217-236; Anna Marchio, *Principio di autodeterminazione, consenso informato e decisioni di fine vita*, nel vol.

d'arrivo di un lungo percorso, scandito da dibattiti e prese di posizione a vari

---

Mirzia Bianca (a cura di), *Le decisioni di fine vita*, cit., pp. 205-212; Arnaldo Morace Pinelli, *Libertà di curarsi e rilevanza delle decisioni di fine vita*, nel vol. Mirzia Bianca (a cura di), *Le decisioni di fine vita*, cit., pp. 33-53; M. Nuzzo, *Le decisioni di fine vita tra ideologie e tecnica: considerazioni introduttive*, nel vol. Mirzia Bianca (a cura di), *Le decisioni di fine vita*, cit., pp. 133-137; Andreina Occhipinti, *Tutela della vita e dignità umana. Consenso medico informato – Rifiuto delle cure mediche – Eutanasia – Testamento biologico*, Utet, Torino, 2008, pp. 117-176; Antonio Palazzo, Andrea Sassi, Francesco Scaglione, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Iseg Gioacchino Scaduto, Roma, 2008, pp. 377-444; Ferdinando Parente, *La fisicità della persona e i limiti alla disposizione del proprio corpo*, in Gaspare Lisella, Ferdinando Parente, *Persona fisica*, Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del Notariato diretto da Pietro Perlingieri, Esi, Napoli, 2012, pp. 470-490; Vito Peduto, *La morte appartiene ai morenti e a coloro che li amano*, nel vol. Stefano Semplici, (a cura di), *Il diritto di morire bene*, cit., pp. 47-53; Alessandra Pioggia, *Il rifiuto di cure nella tutela della salute: oneri e responsabilità delle strutture sanitarie*, nel vol. Mirzia Bianca (a cura di), *Le decisioni di fine vita*, cit., pp. 75-82; Federico Gustavo Pizzetti, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Giuffrè, Milano, 2008; Viola Poggini, *Caratteristiche di personalità e orientamenti verso il testamento biologico*, nel vol. Mirzia Bianca (a cura di), *Le decisioni di fine vita*, cit., pp. 121-127; Raffaella Rametta, *Il ruolo del medico tra libertà di autodeterminazione terapeutica del paziente e decisioni "sostitutive" del rappresentante legale*, nel vol. Mirzia Bianca (a cura di), *Le decisioni di fine vita*, cit., pp. 213-226; Pietro Rescigno, *Autodeterminazione e testamento in vita*, nel vol. Cosimo Marco Mazzoni (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, cit., pp. 281-283; Stefano Rodotà, *Il paradosso dell'uguaglianza davanti alla morte*, nel vol. Stefano Semplici, (a cura di), *Il diritto di morire bene*, cit., pp. 39-45; Sergio Rostagno, *Una visione protestante*, nel vol. Stefano Semplici, (a cura di), *Il diritto di morire bene*, cit., pp. 55-63; Fausto Santeusanio, *Problemi di fine vita: accanimento terapeutico, eutanasia, testamento biologico*, nel vol. Francesco Di Pilla (a cura di), *Le giornate della bioetica*, Iseg Gioacchino Scaduto, Roma, 2010, pp. 67-78; Amedeo Santosuosso, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Cedam, Padova, 2011, pp. 90-96; Pietro Antonio Sirena, *Note sulla responsabilità penale del medico*, nel vol. Mirzia Bianca (a cura di), *Le decisioni di fine vita*, cit., pp. 175-185; Stefania Stefanelli, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, Iseg Gioacchino Scaduto, Roma, 2011, pp. 161-215; Mario Timio, *Cure palliative e hospice: nuovi orizzonti per la dignità del morire*, nel vol. Francesco Di Pilla (a cura di), *Le giornate della bioetica*, cit., pp. 79-92; Federico Silvio Toniato, *Il momento della morte non è fuori delle vita*, nel vol. Stefano Semplici, (a cura di), *Il diritto di morire bene*, cit., pp. 65-83. Sulle legislazioni straniere in materia, Marco Aquino, *L'esperienza svizzera*, nel vol. Stefano Semplici, (a cura di), *Il diritto di morire bene*, cit., pp. 151-161; Fiammetta Berardo, *Germania: aiuto nel morire o aiuto a morire?*, nel vol. Stefano Semplici, (a cura di), *Il diritto di morire bene*, cit., pp. 121-133; Daniela Carrarelli, *Canada: un momento di riflessione*, nel vol. Stefano Semplici, (a cura di), *Il diritto di morire bene*, cit., pp. 195-206; Id., *Danimarca: i doveri del medico e i diritti del paziente*, nel vol. Stefano Semplici, (a cura di), *Il diritto di morire bene*, cit., pp. 171-177; Valentino Cattelan, *Spagna: il legislatore si esprime, ma non sull'intenzione*, nel vol. Stefano Semplici, (a cura di), *Il diritto di morire bene*, cit., pp. 163-170; Palma D'Ambrosio, M.T. Rodi, *Il dibattito negli Stati Uniti*, nel vol. Stefano Semplici, (a cura di), *Il diritto di morire bene*, cit., pp. 179-193; Leonilde Famularo, *Il problema della responsabilità del medico nell'esperienza europea*, nel vol. Mirzia Bianca (a cura di), *Le decisioni di fine vita*, cit., pp. 189-194; Cora Emily Fischer, *Decisioni di fine vita: il punto sulla legislazione svizzera*, nel vol. Mirzia Bianca (a cura di), *Le decisioni di fine vita*, cit., pp. 195-204; Antonia Ronzio, *Olanda: la scelta della legalizzazione*, nel vol. Stefano Semplici, (a cura di), *Il diritto di morire bene*, cit., pp. 109-119; Irene Sandulli, *Il suicidio assistito in Australia: storia di un effimero primato legale*, nel vol. Stefano Semplici, (a cura di), *Il diritto di morire bene*, cit., pp. 207-215; Roberto Tallarita, *L'eutanasia nel Regno Unito*, nel vol. Stefano Semplici, (a cura di), *Il diritto di morire bene*, cit., pp. 135-149. Sul conflitto di leggi in ottica internazionalprivatistica, Tito Ballarino, *Eutanasia e testamento biologico nel conflitto di leggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, pp. 69-85.

livelli, stimolate e periodicamente incoraggiate da tristi casi concreti divenuti di pubblico dominio, fra i quali vanno annoverati l'esperienza di Piergiorgio Welby il quale, pur mantenuto in vita mediante l'ausilio di macchinari, era un soggetto cosciente, dunque capace d'intendere e di volere, che ha manifestato la propria volontà di porre fine alla propria esistenza[3], a differenza della situazione di Luana Englaro che, pur conservando le funzioni vitali, per cui non necessitava di interventi esterni ad eccezione dell'alimentazione ed idratazione, versava in stato di coma vegetativo ed era pertanto priva di coscienza, risultando dunque materialmente impossibilitata ad esprimere la sua volontà[4], con una vicenda che ha dato vita a discussi pronunciamenti della magistratura[5] e singolari iniziative di privati e pubbliche istituzioni[6]. Più di recente, a riaccendere il dibattito sul tema del cosiddetto testamento biologico e, più in generale, sulla questione dell'eutanasia, ha contribuito il caso di Fabiano Antoniano, più conosciuto con il nome di "dj Fabo", giovane divenuto cieco e tetraplegico a seguito di incidente stradale il quale, dopo anni vissuti in tale difficile situazione, ritenendo preferibile interrompere un'esistenza per lui divenuta priva di significato e speranza, ha consapevolmente deciso di addi-

---

[3] Sul caso Welby, Amedeo Santosuosso, *op. cit.*, pp. 76-77, 97-102.

[4] Sulla differenza fra la situazione di Eluana Englaro e quella di Piergiorgio Welby, Carla D'Agostino Ungaretti, Piersandro Vanzan, *In margine al caso Eluana: riflessioni giuridiche e morali sul vivere e sul morire*, in *Studium*, 2008, n. 6, pp. 857-858. Sulla vicenda Englaro cfr., altresì, Amedeo Santosuosso, *op. cit.*, pp. 81-89.

[5] Per un esame critico delle pronunce giudiziarie relative al caso Englaro, Carla D'Agostino Ungaretti, Piersandro Vanzan, *op. cit.*, pp. 862-870; Giovanni Di Cosimo, *La Cassazione fra coscienza e incoscienza*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), aprile 2009, pp. 1-8; Ferrando Mantovani, *Caso Eluana Englaro e inquietudini giuridiche*, in *Iustitia*, 2009, n. 1, pp. 7-11; Antonio Palazzo, Andrea Sassi, Francesco Scaglione, *op. cit.*, pp. 418-426; Lucia Risicato, *Indisponibilità o sacralità della vita? Dubbi sulla ricerca (o sulla scomparsa) di una disciplina laica in materia di testamento biologico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), marzo 2009, pp. 13-19.

[6] La vicenda Englaro, oltre alle numerose pronunce giudiziarie all'interno dell'ordinamento italiano, ha provocato un ricorso di privati ed associazioni cattoliche dinanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che è stato tuttavia dichiarato irricevibile dai giudici di Strasburgo sul presupposto che i soggetti ricorrenti non avevano alcun rapporto diretto con Eluana e non erano dunque destinatari dei provvedimenti giurisdizionali dai quali sarebbe derivata l'addotta violazione della Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Si è avuto anche un ostruzionismo burocratico nei riguardi dell'attuazione del trattamento autorizzato dalla magistratura. Con l'emanazione di un decreto legge cd. "salva Englaro" il governo ha dunque cercato di ostacolare l'applicazione del previsto protocollo sanitario, ma detto tentativo è stato frustrato dal rifiuto frapposto dal Presidente della Repubblica alla sottoscrizione del provvedimento per ritenuto difetto delle condizioni di necessità ed urgenza richieste dalla Costituzione. Si è allora provata la strada dell'approvazione in tempi rapidissimi di una legge che prevedesse l'obbligatorietà della somministrazione dell'alimentazione ed idratazione ai malati in stato vegetativo, ma lo sforzo è risultato vano per il sopravvenuto decesso di Eluana. Su tali aspetti, Lucia Risicato, *op. cit.*, pp. 19-21.

venire al suicidio assistito, facendosi accompagnare in Svizzera per realizzare detto proposito, nell'impossibilità di pervenire a tale risultato in Italia, ove al contrario risulta (ma per certi versi si dovrebbe ora dire risultava) in linea generale vietato agevolare la morte di soggetto consenziente[7].

La discussione in materia interessa la scienza medica e giuridica, ma risente inevitabilmente dei principi morali che stanno alla base della concezione stessa della vita e caratterizzano quindi, indirizzandole e condizionandole, le scelte individuali di ciascuno e, indirettamente, gli indirizzi di politica legislativa[8].

Al riguardo giova precisare subito come nell'ambito della morale sussista una profonda, insanabile, diversità di presupposti fra l'ideologia laica e quella cattolica[9].

La bioetica laica contemporanea giustifica la possibilità in casi estremi di mettere fine alla vita umana (e di essere aiutati in tal senso) muovendo "*dall'argomento che, sul piano puramente razionale, non si dà un dovere incondizionato di continuare a vivere e che non si può invocare il concetto di "interesse alla vita" ove sussista una situazione di insostenibile sofferenza tale da rendere la vita non vivibile nella sua proprietà di vita umana. In questo caso il principio di autodeterminazione con il relativo diritto di determinare la propria morte assumerebbe figura di tutela della dignità umana, che potrebbe rendere persino doveroso l'intervento di terzi per consentirne la realizzazione. Analogamente il pensiero morale laico in linea di massima negativo*

---

[7] L'art. 579 del Codice penale italiano punisce con la reclusione da sei a quindici anni chi "cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui", stabilendo l'applicazione delle disposizioni relative all'omicidio qualora il fatto sia commesso in danno di minore degli anni diciotto, di persona inferma di mente o in condizioni di deficienza psichica per altra infermità o abuso di sostante alcoliche o stupefacenti, di soggetto il cui consenso sia stato estorto con violenza, minaccia, suggestione o inganno. Il successivo art. 380 stabilisce che "*chiunque determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito al suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni…*", con la previsione di aumento di pena ove il fatto sia commesso in danno di soggetto minore d'età o che versi in condizioni di deficienza psichica, mentre si applica le disposizioni previste per l'omicidio qualora la persona istigata, eccitata o aiutata sia minore degli anni quattordici o comunque priva della capacità d'intendere e di volere. La legge n. 219/17 legittima la condotta del personale medico che, in presenza di valide disposizioni di volontà del paziente, interrompe i trattamenti sanitari provocando la morte dell'interessato, ed alla luce di tale nuova normativa è lecito chiedersi se sia ancora attuale e legittima l'incriminazione dell'agevolazione al suicidio di persona consenziente. Ed infatti nell'ambito del procedimento penale contro colui che ha materialmente accompagnato Fabiano Antoniano in Svizzera per addivenire al suicidio assistito la Corte d'assise di Milano ha sollevato questione di legittimità costituzionale della disposizione in questione.

[8] Sul rapporto tra ordine etico ed ordine giuridico, Salvatore Berlingò, *Ordine etico e legge civile: complementarità e distinzione*, in *Iustitia*, 1996, n. 3, pp. 235-237.

[9] Sulla diversità delle concezioni bioetiche, Laura Palazzani, *Bioetiche a confronto*, in *Iustitia*, 1996, n. 3, pp. 305-315.

nei confronti del suicidio, include tuttavia il riconoscimento che esso può in certi casi essere giustificato ove risulti motivato dall'intenzione di rendere testimonianza ai valori in cui si crede"[10].

La morale cattolica, come si avrà modo di vedere, è invece di tutt'altro avviso, in quanto la Chiesa di Roma alle argomentazioni di cui sopra oppone che "*quando prevale la tendenza ad apprezzare la vita solo nella misura in cui porta piacere e benessere, la sofferenza appare come uno scacco insopportabile, di cui occorre liberarsi a ogni costo. La morte, considerata "assurda" se interrompe improvvisamente una vita ancora aperta a un futuro ricco di possibili esperienze interessanti, diventa invece una "liberazione rivendicata" quando l'esistenza è ritenuta ormai prova di senso perché immersa nel dolore e inesorabilmente votata a un'ulteriore più acuta sofferenza*"[11]. Si ottiene così l'effetto che "*larghi strati dell'opinione pubblica giustificano alcuni delitti contro la vita in nome dei diritti della libertà individuale e, su tale presupposto, ne pretendono non solo l'impunità, ma persino l'autorizzazione da parte dello stato, al fine di praticarli in assoluta libertà ed anzi con l'intervento gratuito delle strutture sanitarie…*", con il risultato che "*scelte un tempo unanimemente considerate come delittuose e rifiutate dal comune senso morale, diventano a poco a poco socialmente rispettabili*"[12].

Già da questi rapidi cenni sui rispettivi presupposti ideologi traspare l'insanabile distanza che esiste fra la morale laica e quella cattolica relativamente al tema che interessa.

2. *Il fondamento naturale del diritto canonico e l'indisponibilità dei relativi contenuti*

Per poter comprendere la posizione della Chiesa cattolica riguardo alle questioni del fine vita è necessario considerare che il diritto canonico – ovvero

---

[10] Giancarlo Zizola *Testamento in vita. I termini del discorso*, in *Il tetto*, 2008, n. 263, pp. 61-62, il quale al riguardo così conclude: "*Dal punto di vista di un'etica laica, non esistono dunque sul piano meramente filosofico, ragioni così perentorie da escludere radicalmente ogni possibilità di autodeterminazione rispetto alla morte. Il che comporta che il suicidio, – non quello conseguente a stati patologici psichici, ma quello deliberato lucidamente nella persuasione che la vita abbia perduto il suo senso proprio – non potrebbe essere moralmente riprovato, non esistendo di per sé un diritto alla vita ad ogni costo, ma solo un diritto a vivere dignitosamente e dovendo pertanto ammettere che, ove ciò non possa più verificarsi, sia lecito darsi la morte*" (*Ibidem*, p. 62).

[11] Giovanni Paolo II, Lett. enc. *Evangelium vitae*, 25 marzo 1995, n. 64. Per un commento a detta enciclica, Francesco D'Agostino, *La vita e il diritto: l'*Evangelium Vitae *letta da un giurista*, in *Iustitia*, 1996, n. 2, pp. 110-125.

[12] Giovanni Paolo II, Lett. enc. *Evangelium vitae*, 25 marzo 1995, n. 4.

l'impianto normativo che regola la vita della Chiesa, delle sue istituzioni e dei suoi fedeli – si fonda essenzialmente sul diritto divino, vale a dire il complesso di principi posto dallo stesso Creatore, distinto in diritto divino naturale e diritto divino positivo a seconda che discenda dalla creazione stessa o sia stato rivelato successivamente risultando dalle sacre scritture.

In particolare il diritto naturale è costituito da un insieme di precetti che, a prescindere dalla rivelazione, possono essere compresi e fatti propri dall'uomo attraverso la propria razionalità[13]. Dal momento che promanano dalla ragione e sono indipendenti dalla parola di Cristo e dall'adesione alla fede cattolica, i precetti del diritto naturale risultano vincolanti non solo per i fedeli, coloro cioè che in quanto battezzati appartengono formalmente all'ordinamento canonico, ma indistintamente per tutti gli esseri umani[14].

Va inoltre sottolineato che i principi del diritto divino, e dunque anche quelli del diritto naturale in esso compreso, sono immutabili nel tempo e nello spazio, e costituiscono un limite invalicabile per il legislatore umano all'interno dell'ordinamento canonico. In altri termini, quanto discende dal diritto naturale non è modificabile né derogabile da parte del legislatore terreno, con la conseguenza che neppure il Pontefice, pur godendo della massima autorità in seno alla Chiesa, può discostarsi da tali precetti. Da questo punto di vista si potrebbe paragonare il diritto divino per l'ordinamento canonico a ciò che rappresenta per gli ordinamenti statali la normativa di rango costituzionale, con la precisazione tuttavia che nel caso della Chiesa si tratterebbe di costituzione assolutamente rigida, in quanto del tutto insuscettibile di mutamenti.

Da quanto esposto consegue che i precetti del diritto naturale, vincolanti in quanto tali per tutti gli uomini, hanno un contenuto indisponibile per

---

[13] Giovanni Barberini, *Elementi essenziali dell'ordinamento giuridico canonico*, II ed., Giappichelli, Torino, 2008, p. 11, considera il diritto divino naturale come l'insieme di "*regole non scritte, non manifestate espressamente dalla divinità ma insite nella coscienza della persona umana creata da Dio. Sono i c.d. precetti di diritto naturale che la coscienza di una persona, razionale e responsabile, è tenuta a rispettare; ad es.* bonum faciendum et malum vitandum, neminem ledere, unicuique suum tribuere. *Il diritto naturale è inteso come quel complesso di valori, come sono quelli etici, che trascendono le regole giuridiche poste dal legislatore umano, canonico o civile, che a quei valori devono conformarsi. I principi e i valori che costituiscono il diritto naturale hanno una loro propria vigenza*".

[14] Il can. 11 del Codice di diritto canonico per la Chiesa latina stabilisce che "*alle leggi puramente ecclesiastiche sono tenuti i battezzati nella Chiesa cattolica o in essa accolti, e che godono di sufficiente uso di ragione e, a meno che non sia disposto espressamente altro dal diritto, hanno compiuto il settimo anno di età*". In maniera analoga dispone il can. 1490 del *Codex canonum ecclesiarum orientalium*. Si tenga presente che in materia matrimoniale, a seguito delle modifiche introdotte dal *motu proprio "Omnium in mentem"* del 26 ottobre 2009, l'attuale formulazione del can. 1117 del Codice per la Chiesa latina obbliga al rispetto della forma canonica anche i battezzati che abbiano formalmente abbandonato la fede cattolica, per i quali permane anche l'impedimento di *disparitas cultus* (can. 1086, § 1) e l'applicabilità della disciplina dei matrimoni misti (can. 1124).

la Chiesa stessa, che pure ne è interprete autentica. Si comprende allora che quanto affermato in materia di morale dai Pontefici o dagli organismi della Curia romana, per quanto umanamente suscettibile o meno di condivisione ed adesione, non rappresentano visioni personali ma costituiscono il frutto di una costruzione di principi preesistente, che il soggetto interessato, autore dei pronunciamenti in materia, si limita ad interpretare ed enunciare[15]. Non è un caso che sui temi morali le posizioni dei vari Pontefici succedutisi nel tempo non sembrino presentare effettive diversità. Come si avrà modo di constatare, le stesse esternazioni di Papa Francesco del novembre scorso contenute nel messaggio rivolto ai partecipanti al Meeting europeo della "World medical association" sulle questioni del "fine-vita"[16], al di là delle frettolose e fuorvianti letture offerte dagli organi di stampa non si discostano in realtà dalle precedenti posizioni del magistero cattolico.

Si può in definitiva affermare che i precetti derivanti dal diritto naturale costituiscono un nucleo di principi fissi ed immutabili, i quali vincolano tutti gli uomini e non sono suscettibili di deroga, né in sede interpretativa né, a maggior ragione, in ambito applicativo.

3. *La concezione cristiana della vita*

Accanto al ruolo svolto dal diritto naturale, per poter intendere la dottrina della Chiesa cattolica in materia di eutanasia occorre prendere in esame la visione cristiana della vita.

Nella concezione cristiana la vita umana è considerata un dono di Dio, che

---

[15] Il Concilio Vaticano I con la costituzione *Pastor aeternus*, oltre a ribadire il primato di giurisdizione del Vescovo di Roma sulla Chiesa universale per volontà del divino fondatore, ha sancito il principio di infallibilità, in virtù del quale "*il romano pontefice, quando parla* ex cathedra*, vale a dire quando, assolvendo il suo compito di Pastore e di Maestro di tutti i cristiani, definisce, in forza della sua suprema autorità apostolica, che una dottrina di fede e di morale deve essere creduta da tutta la Chiesa, grazie alla divina assistenza che gli è stata promessa nella persona di san Pietro, gode dell'infallibilità di cui il divin Redentore ha voluto che fosse dotata la sua Chiesa nelle definizioni dottrinali concernenti la fede e i costumi; e pertanto tali definizioni del romano pontefice, sono di per se stesse, e non in seguito al consenso della Chiesa, irriformabili*". Il principio di infallibilità del Pontefice, ed eventualmente del Collegio episcopale qualora tutti i Vescovi convergano con il Pontefice nella medesima verità in materia di fede e di costumi, risulta ora stabilito dal can. 749 del Codice per la Chiesa latina e dal can. 597 del *Codex canonum ecclesiarum orientalium*.

[16] Francesco, *Messaggio del Santo Padre Francesco ai partecipanti al Meeting regionale europeo della "World medical association" sulle questioni del "fine-vita"* (Città del Vaticano, 16-17 novembre 2017). Il testo del messaggio è reperibile nel sito *www.w2.vatican.va*, oltre ad essere pubblicato in *Iustitia*, 2017, n. 4, pp. 351-353, e riportato in appendice a Corrado Del Bò, *Dal rigorismo alla misericordia. Considerazioni su un recente messaggio di papa Francesco per un convegno sul fine-vita*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 24/2017, pp. 6-9.

si realizza con la collaborazione dei genitori nell'opera generativa. Secondo tale prospettiva la vita non è frutto esclusivo dell'unione fisica di due esseri umani (*actio humana*) ma anche dell'intervento divino (*actio naturae*) che si aggiunge all'azione dei genitori, la quale di per sé non porta in maniera necessaria ed indefettibile al concepimento. In tale ottica il ruolo dei genitori è quello di cooperare con Dio nel processo di creazione, attraverso il proprio contributo alla generazione della prole.

Nella *Lettera alle famiglie* del 2 febbraio 1994 Giovanni Paolo II dichiara espressamente che "*i coniugi, come genitori, sono collaboratori di Dio Creatore nel concepimento e nella generazione di un nuovo essere umano… nella paternità e maternità umane Dio stesso è presente in modo diverso da come avviene in ogni altra generazione "sulla terra". Infatti soltanto da Dio può provenire quell'"immagine e somiglianza" che è propria dell'essere umano, così come è avvenuto nella creazione. La generazione è la continuazione della creazione*"[17].

Ancora Giovanni Paolo II, nell'esortazione pastorale *Familiaris consortio* sui compiti della famiglia cristiana, chiarisce: "*Con la creazione dell'uomo e della donna a sua immagine e somiglianza, Dio corona e porta a perfezione l'opera delle sue mani: Egli li chiama ad una speciale partecipazione del suo amore ed insieme del suo potere di Creatore e di Padre, mediante la loro libera e responsabile cooperazione a trasmettere il dono della vita umana*"[18].

Il concetto viene ancora ribadito nella Relazione finale della XIV Assemblea generale ordinaria del Sinodo dei Vescovi del 24 ottobre 2015, in cui si afferma: "*Secondo l'ordine della creazione l'amore coniugale tra un uomo e una donna e la trasmissione della vita sono ordinati l'uno all'altra (cf. Gen 1,27-28). In questo modo il Creatore ha reso partecipe l'uomo e la donna dell'opera della sua creazione e li ha contemporaneamente resi strumenti del suo amore, affidando alla loro responsabilità il futuro dell'umanità attraverso la trasmissione della vita umana…*"[19].

Nella concezione cristiana la vita, in quanto opera del Creatore, è sacra ed appartiene a Dio, perciò solo Lui può disporne, con la conseguenza che trattasi di bene indisponibile da parte dell'uomo[20].

---

[17] Giovanni Paolo II, *Lettera alle famiglie*, 2 febbraio 1994, n. 9.

[18] Giovanni Paolo II, Esortaz. ap. *Familiaris consortio*, 22 novembre 1981, n. 28.

[19] Relazione finale della XIV Assemblea generale ordinaria del Sinodo dei Vescovi al Santo Padre Francesco del 24 ottobre 2015 su *La vocazione e la missione della famiglia nella Chiesa e nel mondo contemporaneo*, n. 63.

[20] C. Papale, *Il diritto alla vita e il magistero di Giovanni Paolo II. Profili giuridici*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2006, p. 9, afferma al riguardo: "*La vita è sacra, inviolabile, intangibile. Tale concetto è il presupposto logico della concezione cristiana della vita, secondo cui quest'ultima*

Si afferma in tal senso che "*la vita umana è sacra perché, fin dal suo inizio, comporta "l'azione creatrice di Dio" e rimane per sempre in una relazione speciale con il Creatore, suo unico fine. Solo Dio è il Signore della vita dal suo inizio alla sua fine: nessuno, in nessuna circostanza, può rivendicare a sé il diritto di distruggere direttamente un essere umano innocente*"[21].

Ed ancora: "*Come già di fronte alle cose, ancor più di fronte alla vita, l'uomo non è padrone assoluto e arbitro insindacabile, ma – e in questo sta la sua impareggiabile grandezza – è "ministro del disegno di Dio". La vita viene affidata all'uomo come un tesoro da non disperdere, come un talento da trafficare. Di essa l'uomo deve rendere conto al suo Signore (cf. Mt. 25,14-30; Lc 19,12-27)*"[22].

Viene ulteriormente precisato che "*la vita è un dono del creatore all'uomo; questo dono è concesso in funzione di una missione. La prima cosa da mettere in evidenza non è dunque il "diritto alla vita"; tale diritto è susseguente alla disposizione di Dio, che non intende dare la vita all'uomo come un oggetto di cui si può disporre come si vuole. La vita è orientata a un fine verso cui l'uomo ha la responsabilità di dirigersi: la propria perfezione personale secondo il disegno di Dio. Il primo corollario di questa affermazione fondamentale è che rinunciare per propria scelta alla vita significa rinunciare a un fine di cui non si è padroni. L'uomo è chiamato a fare uso della propria vita e non può distruggerla con le proprie mani*"[23].

Benedetto XVI ha ribadito che "*la vita dell'uomo non è un bene disponibile, ma un prezioso scrigno da custodire e curare con ogni attenzione possibile, dal momento del suo inizio fino al suo ultimo e naturale compimento*"[24].

Alle considerazioni sulla sacralità della vita si aggiunge, per confermarne

---

proviene da Dio al quale solo, quindi, essa appartiene dal suo sorgere sino al suo spegnersi. Provenendo dunque da Dio, la vita dell'uomo non può mai essere oggetto di "mercato" o di "disposizione", non può mai, cioè, divenire "oggetto". Solo il suo Creatore può decidere quando essa debba giungere al suo termine". In tale prospettiva, "*il bene della vita umana va inteso come un dato preesistente al diritto, indipendente dal pensiero e dalla valutazione del legislatore, e che quest'ultimo deve tenere nel debito conto al fine di tutelarlo al meglio. La vita umana è, in altri termini, un dato pregiuridico, una realtà ontologicamente preesistente alla norma, la quale non già la crea ma la trova*" (*Ibidem*, p. 17).

[21] Congregazione per la dottrina della fede, Istr. *Donum vitae*, 22 febbraio 1987, n. 5.

[22] Giovanni Paolo II, Lett. enc. *Evangelium vitae*, 25 marzo 1995, n. 52.

[23] Pontificio consiglio *cor unum* per la promozione umana e cristiana, Doc. *Dans le cadre*, 27 giugno 1981, n. 2.1.1.

[24] Benedetto XVI, *Discorso in occasione della XVII Giornata mondiale del malato*, 11 febbraio 2009, in *L'Osservatore romano*, 13 febbraio 2009, p. 8. Già in data 17 novembre 2007 nell'incontro con i partecipanti alla XXII Conferenza internazionale su "*La cura pastorale dei malati anziani*" il medesimo Pontefice aveva precisato che "*la vita dell'uomo è un dono di Dio che tutti siamo chiamati a custodire sempre*" (cfr. *L'attività della Santa Sede nel 2007*, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano, 2008, p. 455).

il carattere indisponibile, il rilievo che l'uomo è stato creato ad immagine e somiglianza di Dio e come tale possiede una vocazione alla vita eterna, partecipando addirittura della natura divina attraverso l'incarnazione di Cristo.

Nell'enciclica *Evangelium vitae* si legge infatti che "*l'uomo è chiamato a una pienezza di vita che va ben oltre le dimensioni della sua esistenza terrena, poiché consiste nella partecipazione alla vita stessa di Dio*"[25].

E nel documento emanato dalla Congregazione per la dottrina della fede in materia di bioetica si ribadisce che "*Dio, dopo aver creato l'uomo a sua immagine e somiglianza (cf. Gn 1, 26), ha qualificato la sua creatura come "molto buona" (Gn 1, 31) per poi assumerla nel Figlio (cf. Gv 1, 14). Il Figlio di Dio nel mistero dell'Incarnazione ha confermato la dignità del corpo e dell'anima costitutivo dell'essere umano… Divenendo uno di noi, il Figlio fa sì che possiamo diventare "figli di Dio" (Gv 1, 12), "partecipi della natura divina" (2 Pt 1, 4). Questa nuova dimensione non contrasta con la dignità della creatura riconoscibile con la ragione da parte di tutti gli uomini… A partire dall'insieme di queste due dimensioni, l'umana e la divina, si comprende meglio il perché del valore inviolabile dell'uomo: egli possiede una vocazione eterna ed è chiamato a condividere l'amore trinitario del Dio vivente*"[26].

4. *Il precetto di non uccidere*

In virtù della richiamata concezione della vita umana, considerata appartenente a Dio e pertanto sottratta alla disponibilità da parte dell'uomo, appare logico che sia da considerare vietato qualunque attentato alla vita stessa ed in particolare l'azione tendente ad estinguerla provocando la morte della persona.

Il magistero pontificio proclama infatti a chiare lettere: "*Dio si proclama Signore assoluto della vita dell'uomo, plasmato a sua immagine e somiglianza (cf. Gn 1,26-28). La vita umana presenta, pertanto, un carattere sacro ed inviolabile, in cui si rispecchia l'inviolabilità stessa del Creatore*"[27]. E si aggiunge che "*uccidere l'essere umano, nel quale è presente l'immagine di Dio,*

---

[25] Giovanni Paolo II, Lett. enc. *Evangelium vitae*, 25 marzo 1995, n. 2.

[26] Congregazione per la dottrina della fede, Istr. *Dignitas personae*, 8 settembre 2008, nn. 7 e 8. L'argomento della dignità della vita come valore fondante l'indisponibilità dell'esistenza terrena da parte dell'uomo in realtà era già stato enunciato nel 2007 da Benedetto XVI nel Messaggio pontificio per la Giornata mondiale della pace, in cui si afferma: "*Il dovere del rispetto per la dignità di ogni essere umano comporta come conseguenza che della persona non si possa disporre a piacimento*" (*Messaggio pontificio per la Giornata mondiale della pace*, 2.1.07, in *L'attività della Santa Sede nel 2007*, cit., p. 6).

[27] Giovanni Paolo II, Lett. enc. *Evangelium vitae*, 25 marzo 1995, n. 53.

è peccato di particolare gravità. Solo Dio è padrone della vita!"[28].

D'altra parte, il divieto in questione ha certamente una radice di diritto naturale, secondo quanto insegna l'*Evangelium vitae*: "*La* sacra Scrittura… *presenta all'uomo il precetto "non uccidere" come comandamento divino (Es 20,13; Dt 5,17). Esso… si trova nel Decalogo, al cuore dell'alleanza che il Signore conclude con il popolo eletto; ma era già contenuto nell'originaria alleanza di Dio con l'umanità dopo il castigo purificatore del diluvio, provocato dal dilagare del peccato e della violenza (cf. Gn 9.5-6)*"[29]; "… l'uccisione diretta e volontaria di un essere umano innocente è sempre gravemente immorale. *Tale dottrina, fondata in quella legge non scritta che ogni uomo, alla luce della ragione, trova nel proprio cuore (cf. Rm 2,14-15), è riaffermata dalla sacra Scrittura, trasmessa dalla tradizione della chiesa e insegnata dal magistero ordinario e universale*"[30].

Che di norma appartenente al diritto naturale si tratti risulta del resto confermato, nella visione cattolica, dal fatto che il rispetto della vita è principio cui la ragione umana può giungere indipendentemente dalla rivelazione divina e dall'insegnamento della Chiesa. In tal senso nella dichiarazione sull'aborto della Congregazione per la dottrina della fede si legge: "*Il rispetto della vita umana non si impone solo ai cristiani: è sufficiente la ragione a esigerlo basandosi sull'analisi di ciò che è e deve essere una persona*"[31]; "*Sui diritti e sui doveri reciproci della persona e della società, spetta alla morale illuminare le coscienze, al diritto di precisare e di organizzare le prestazioni. Ora ci sono precisamente vari diritti che non spetta alla società accordare, perché essi le sono anteriori, ma che essa ha il dovere di tutelare e di far valere: tali sono la maggior parte di quelli che oggi si chiamano i "diritti dell'uomo", e che la nostra epoca si gloria di aver formulato… Il primo diritto di una persona umana è la sua vita. Essa ha altri beni, ed alcuni sono più preziosi, ma quello è fondamentale, condizione di tutti gli altri. Perciò esso deve essere protetto più di ogni altro…*"[32].

Peraltro il precetto di non uccidere trova comunque fondamento anche nel necessario rispetto che la vita umana merita in virtù della dignità che ad essa va riconosciuta. Si esprime chiaramente in tal senso il Catechismo della Chiesa cattolica, precisando che "*l'uccisione volontaria di un innocente è grave-*

---

[28] *Ibidem*, n. 55.

[29] *Ibidem*, n. 53.

[30] *Ibidem*, n. 57.

[31] Congregazione per la dottrina della fede, Dichiarazione *Quaestio de abortu*, 18 novembre 1974, n. 8.

[32] *Ibidem*, nn. 10-11.

mente contraria alla dignità dell'essere umano…"[33].

La legislazione positiva della Chiesa cattolica ha recepito il principio in questione nel can. 1397 del vigente Codice di diritto canonico, che punisce penalmente chi commette omicidio[34].

5. *L'eutanasia come violazione del divieto di uccidere*

Sulla base di quanto sinora esposto appare scontata ed inevitabile la posizione della Chiesa cattolica in tema di eutanasia[35], come efficacemente indi-

---

[33] *Catechismo della Chiesa cattolica*, 15 agosto 1997, n. 2261. In maniera similare, già il Concilio Vaticano II aveva sottolineato: "*… tutto ciò che è contro la vita stessa, come ogni specie di omicidio, il genocidio, l'aborto, l'eutanasia e lo stesso suicidio volontario; tutto ciò che viola l'integrità della persona umana… tutto ciò che offende la dignità umana… tutte queste cose, e altre simili, sono certamente vergognose… e ledono grandemente l'onore del Creatore*" (Cost. past. *Gaudium et spes*, n. 27).

[34] Nella disposizione richiamata per l'omicidio, oltre che per le ipotesi di rapimento, mutilazione e ferimento di persone, si prevede l'applicabilità delle sanzioni di tipo espiatorio contemplate al can. 1336 (proibizione o ingiunzione di dimorare in un determinato luogo o territorio; privazione, proibizione di esercitare o di farlo in un dato luogo o fuori di esso, in relazione a potestà, uffici, incarichi, diritti, privilegi, facoltà, grazie, titoli, insegne; trasferimento ad altro ufficio; dimissione dallo stato clericale). Per le ipotesi di omicidio in danno del Pontefice, di Vescovi, di chierici e di religiosi provvede specificamente il can. 1370. In tema di aborto vale la norma speciale contenuta nel can. 1398, che per tale fattispecie delittuosa commina la pena della scomunica *latae sententiae*. Nel *Codex canonum ecclesiarum orientalium* si prevede che "*qui homicidium patravit, puniatur excommunicatione maiore; clericus praeterea aliis poenis puniatur non exclusa depositione*" (can. 1450, § 1), comminandosi le stesse pene per l'aborto (can. 1450, § 2).

[35] Con il termine eutanasia, che etimologicamente sta a significare *morte dolce*, si può indicare "*la cessazione di interventi curativi, oppure un intervento attivo del medico per porre fine alla vita del paziente, ovvero l'astensione da ogni ulteriore intervento terapeutico, ma anche l'uso di farmaci che possono provocare la morte del paziente*" (Carla D'Agostino Ungaretti, Piersandro Vanzan, *op. cit.*, p. 860). Si distingue in genere fra due ipotesi di eutanasia: quella attiva, che viene "*attuata mediante condotte commissive tese a provocare la morte del malato (es. somministrazione di sostanza tossica)*", e quella passiva, "*attuata mediante condotte omissive, nel caso in cui il malato abbia manifestato il suo dissenso a sottoporsi a un trattamento medico-terapeutico o a continuarlo, ovvero la situazione sia talmente grave da sconsigliare anche il proseguimento della terapia di sostegno vitale, ritenuta non più ragionevolmente utile (c.d. accanimento terapeutico)*" (Antonio Palazzo, Andrea Sassi, Francesco Scaglione, *op. cit.*, p. 380). Anche secondo la Chiesa "*per eutanasia s'intende un'azione o un'omissione che di natura sua, o nelle intenzioni, procura la morte, allo scopo di eliminare ogni dolore*" (Congregazione per la dottrina della fede, Dichiarazione *Iura et bona*, 5 maggio 1980, in *Enchiridion vat.*, n. 7, Documenti ufficiali della Santa Sede 1980-1981, Dehoniane, Bologna, 1982, p. 341). Ma viene in proposito precisato che "*nell'uso corrente di oggi, il termine sta ad indicare un'azione o un'omissione che mira ad abbreviare la vita del paziente. Questa accezione comune non manca di causare, nelle discussioni sull'eutanasia, una notevole confusione che è urgente dissipare… D'altra parte, i progressi della medicina contemporanea hanno ugualmente reso ambigua e probabilmente superflua la distinzione tra "eutanasia attiva" e "eutanasia passiva", a cui sarebbe preferibile rinunciare… Di conseguenza, il gruppo è del parere che, almeno negli ambienti cattolici, predomini un linguaggio che non si serva assolutamente del termine "eutanasia": - per indicare le* cure terminali ("terminal care") *destinate a rendere più sopportabile la fase terminale della malattia (reidratazione,*

cata dalla Congregazione per la dottrina della fede nella dichiarazione relativa a tale materia: "*… niente e nessuno può autorizzare l'uccisione di un essere umano innocente, feto o embrione che sia, bambino o adulto, vecchio, ammalato incurabile o agonizzante. Nessuno, inoltre, può richiedere questo gesto omicida per se stesso o per un altro affidato alla sua responsabilità, né può acconsentirvi esplicitamente o implicitamente. Nessuna autorità può legittimamente imporlo né permetterlo. Si tratta, infatti, di una violazione della legge divina, di un'offesa alla dignità della persona umana, di un crimine contro la vita, di un attentato contro l'umanità*"[36].

Analoga condanna si rinviene all'interno dell'enciclica *Evangelium vitae*, in cui si afferma che a causa della concezione edonistica della vita, che fa ritenere la morte una semplice liberazione dal dolore, e dei continui progressi della scienza medica, che consentono di protrarre l'esistenza in situazioni prima insolubili, "*si fa sempre più forte la tentazione dell'*eutanasia, *cioè di* impadronirsi della morte, procurandola in anticipo *e ponendo così fine "dolcemente" alla vita propria o altrui. In realtà, ciò che potrebbe sembrare logico e umano, visto in profondità si presenta* assurdo e disumano. *Siamo qui di fronte a uno dei sintomi più allarmanti della "cultura di morte", che avanza soprattutto nelle società del benessere, caratterizzate da una mentalità efficientistica che fa apparire troppo oneroso e insopportabile il numero crescente delle persone anziane e debilitate. Esse vengono molto spesso isolate dalla famiglia e dalla società, organizzate quasi esclusivamente sulla base di criteri di efficienza produttiva, secondo i quali una vita irrimediabilmente inabile*

---

cure infermieristiche, massaggi, interventi medici palliativi, presenza accanto al morente…); - né per indicare la decisione di rinunciare a certi interventi medici *che non sembrano adeguati alla situazione del malato (nel linguaggio tradizionale, "decisione di rinunciare ai mezzi straordinari"). In questo caso non si tratta di una decisione di far morire, ma di mantenere il senso della misura di fronte alle risorse tecniche, di non agire in maniera irragionevole, di comportarsi secondo prudenza; - né per indicare un intervento destinato a dar sollievo al malato nella sua sofferenza, forse a rischio di abbreviargli la vita. Questo tipo di intervento fa parte della missione del medico, che non è soltanto di guarire o di prolungare la vita, ma più in generale di* curare *il malato e di dargli sollievo se soffre… Bisognerebbe riservare il termine "eutanasia" all'atto di porre fine ai giorni del malato…*" (PONTIFICIO CONSIGLIO *COR UNUM* PER LA PROMOZIONE UMANA E CRISTIANA, Doc. *Dans le cadre*, 27 giugno 1981, nn. 3.1-3.3).

[36] CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, Dichiarazione *Iura et bona*, 5 maggio 1980, cit., p. 341, ove si precisa: "*Potrebbe anche verificarsi che il dolore prolungato e insopportabile, ragioni di ordine affettivo o diversi altri motivi inducano qualcuno a ritenere di poter legittimamente chiedere la morte o procurarla ad altri. Benché in casi del genere la responsabilità personale possa esser diminuita o perfino non sussistere, tuttavia l'errore di giudizio della coscienza – fosse pure in buona fede – non modifica la natura dell'atto omicida, che in sé rimane sempre inammissibile. Le suppliche dei malati molto gravi, che talvolta invocano la morte, non devono essere intese come espressione di vera volontà di eutanasia; esse infatti sono quasi sempre richieste angosciate di aiuto e di affetto. Oltre le cure mediche, ciò di cui l'ammalato ha bisogno è l'amore, il calore umano e soprannaturale, col quale possono e debbono circondarlo tutti coloro che gli sono vicini, genitori e figli, medici e infermieri*" (*Ibidem*, pp. 341-343).

non ha più alcun valore"[37]; "… l'eutanasia è una grave violazione della legge di Dio, *in quanto uccisione deliberata moralmente inaccettabile di una persona umana. Tale dottrina è fondata sulla legge naturale e sulla parola di Dio scritta, è trasmessa dalla tradizione della chiesa e insegnata dal magistero ordinario e universale*"[38].

Monito di identico tenore è contenuto nel *Catechismo della Chiesa cattolica*, ove l'eutanasia diretta, consistente nel "*mettere fine alla vita di persone handicappate, ammalate o prossime alla morte*", viene considerata "*moralmente inaccettabile*"[39].

Giovanni Paolo II, oltre che nell'*Evangelium vitae*, in più occasioni ha ribadito il concetto, affermando che "*il valore intrinseco e la personale dignità di ogni essere umano non mutano, qualunque siano le circostanze concrete della sua vita… un uomo, anche se gravemente malato od impedito nelle sue funzioni più alte, è e sarà sempre un uomo, mai diventerà un "vegetale" o un "animale""*[40]; "*… quando viene meno il riferimento al messaggio salvifico della fede e della speranza e s'allenta, di conseguenza, l'appello della carità, subentrano principi pragmatici e utilitaristici che giungono a teorizzare come logica e persino giustificabile la soppressione della vita, se essa è ritenuta di peso per se stessi o per gli altri…*"[41]; "*… la società deve imparare ad abbracciare una volta ancora il grande dono della vita, a desiderarlo, a proteggerlo, a difenderlo contro la cultura della morte*"[42].

Anche Benedetto XVI ha più volte censurato la prospettiva della morte indotta, rilevando che "*Gesù soffre e muore in croce per amore. In questo modo, a ben vedere, ha dato senso alla nostra sofferenza, un senso che molti uomini e donne di ogni epoca hanno capito e fatto proprio, sperimentando serenità profonda anche nell'amarezza di dure prove fisiche e morali… l'eutanasia è una falsa soluzione al dramma della sofferenza, una soluzione non degna dell'uomo. La vera risposta non può essere infatti dare la morte, per quanto*

---

[37] Giovanni Paolo II, Lett. enc. *Evangelium vitae*, 25 marzo 1995, n. 64.

[38] *Ibidem*, n. 65.

[39] *Catechismo della Chiesa cattolica*, 15 agosto 1997, n. 2277.

[40] Giovanni Paolo II, *Discorso ai partecipanti al Congresso internazionale su "I trattamenti di sostegno vitale e lo stato vegetativo. Progressi scientifici e dilemmi etici"*, 20 marzo 2004, in *L'attività della Santa Sede nel 2004*, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano, 2005, pp. 122-123.

[41] Giovanni Paolo II, *Discorso ai partecipanti al Convegno internazionale sulla assistenza al morente*, 17 marzo 1992, in *L'attività della Santa Sede nel 1992*, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano, 1993, p. 191.

[42] Giovanni Paolo II, *Discorso ai presuli della Conferenza episcopale degli Stati Uniti d'America in visita "ad limina"*, 2 ottobre 1998, in *L'attività della Santa Sede nel 1998*, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano, 1999, p. 510.

"dolce", ma testimoniare l'amore che aiuta ad affrontare il dolore e l'agonia in modo umano"[43]; "*… il dolore, la malattia e la morte restano, nel loro significato, insondabili per la nostra mente. Ci viene però in aiuto la luce della fede… la fede ci aiuta a ritenere la vita umana bella e degna di essere vissuta in pienezza pur quando è fiaccata dal male… Per noi cristiani è in Cristo che si trova la risposta all'enigma del dolore e della morte…*"[44].

Più di recente, il principio è stato ribadito nella Relazione finale della XIV Assemblea generale ordinaria del Sinodo dei Vescovi del 24 ottobre 2015, in cui si afferma: "*La vita è dono di Dio e mistero che ci trascende. Per questo, non si devono in alcun modo scartarne gli inizi e lo stadio terminale. Al contrario, è necessario assicurare a queste fasi una speciale attenzione. Oggi, troppo facilmente «si considera l'essere umano in se stesso come un bene di consumo, che si può usare e poi gettare. Abbiamo dato inizio alla cultura dello "scarto" che, addirittura, viene promossa» (*EG*, 53). A questo riguardo, è compito della famiglia, sostenuta dalla società tutta, accogliere la vita nascente e prendersi cura della sua fase ultima. Riguardo al dramma dell'aborto, la Chiesa anzitutto afferma il carattere sacro e inviolabile della vita umana e si impegna concretamente a favore di essa (cf.* EV*, 58)… Allo stesso modo, la Chiesa non solo sente l'urgenza di affermare il diritto alla morte naturale, evitando l'accanimento terapeutico e l'eutanasia, ma si prende anche cura degli anziani, protegge le persone con disabilità, assiste i malati terminali, conforta i morenti, rigetta fermamente la pena di morte (cf.* CCC*, 2258)*"[45].

In effetti, nella concezione cristiana, se la vita non appartiene all'uomo ed egli non può disporne, si deve necessariamente concludere che è necessario rispettarla sino al suo *naturale* compimento.

6. *La posizione della Chiesa cattolica riguardo all'accanimento terapeutico*

Il rifiuto frapposto alla prospettiva dell'eutanasia non deve indurre a ritenere che la Chiesa cattolica sia favorevole al cosiddetto accanimento terapeutico.

Il magistero ecclesiastico chiarisce infatti che dall'eutanasia "*va distinta la*

---

[43] Benedetto XVI, *Discorso all'Angelus per la Giornata della Vita*, 1° febbraio 2009, in *L'Osservatore romano*, 2-3 febbraio 2009, p. 8.

[44] Benedetto XVI, *Discorso in occasione della XVII Giornata mondiale del malato*, 11 febbraio 2009, in *L'Osservatore romano*, 13 febbraio 2009, p. 8.

[45] Relazione finale della XIV Assemblea generale ordinaria del Sinodo dei Vescovi al Santo Padre Francesco del 24 ottobre 2015 su *La vocazione e la missione della famiglia nella Chiesa e nel mondo contemporaneo*, n. 64.

*decisione di rinunciare al cosiddetto "*accanimento terapeutico*", ossia a certi interventi medici non più adeguati alla reale situazione del malato, perché ormai sproporzionati ai risultati che si potrebbero sperare o anche perché troppo gravosi per lui e per la sua famiglia… Si dà certamente l'obbligo morale di curare e di farsi curare, ma tale obbligo deve misurarsi con le situazioni concrete; occorre cioè valutare se i mezzi terapeutici a disposizione siano oggettivamente proporzionati alle prospettive di miglioramento. La rinuncia a mezzi straordinari o sproporzionati non equivale al suicidio o all'eutanasia; esprime piuttosto l'accettazione della condizione umana di fronte alla morte*"[46].

Tutto dipende appunto, a ben vedere, dalla distinzione, in materia di terapie, fra mezzi ordinari e straordinari, o meglio fra mezzi proporzionati e sproporzionati. Si afferma infatti: "*È importante oggi proteggere, nel momento della morte, la dignità della persona umana e la concezione cristiana della vita contro un tecnicismo che rischia di divenire abusivo. Di fatto, alcuni parlano di "diritto alla morte", espressione che non designa il diritto di procurarsi o farsi procurare la morte come si vuole, ma il diritto di morire in tutta serenità, con dignità umana e cristiana. Da questo punto di vista, l'uso dei mezzi terapeutici talvolta può sollevare dei problemi… Ciascuno ha il dovere di curarsi e di farsi curare. Coloro che hanno in cura gli ammalati devono prestare la loro opera con ogni diligenza e somministrare quei rimedi che riterranno necessari o utili. Si dovrà però, in tutte le circostanze, ricorrere ad ogni rimedio possibile? Finora i moralisti rispondevano che non si è mai obbligati all'uso dei mezzi "straordinari". Oggi però tale risposta, sempre valida in linea di principio, può forse sembrare meno chiara, sia per l'imprecisione del termine che per i rapidi progressi della terapia. Perciò alcuni preferiscono parlare di mezzi "proporzionati" e "sproporzionati". In ogni caso, si potranno valutare bene i mezzi mettendo a confronto il tipo di terapia, il grado di difficoltà e di rischio che comporta, le spese necessarie e le possibilità di applicazione, con il risultato che ci si può aspettare, tenuto conto delle condizioni dell'ammalato e delle sue forze fisiche e morali*"[47].

---

[46] Giovanni Paolo II, Lett. enc. *Evangelium vitae*, 25 marzo 1995, n. 65.

[47] Congregazione per la dottrina della fede, Dichiarazione *Iura et bona*, 5 maggio 1980, cit., p. 347. Vengono offerte anche indicazioni pratiche per la corretta applicazioni dei principi enunciati: "*In mancanza di altri rimedi, è lecito ricorrere, con il consenso dell'ammalato, ai mezzi messi a disposizione dalla medicina più avanzata, anche se sono ancora allo stadio sperimentale e non sono esenti da qualche rischio… È anche lecito interrompere l'applicazione di tali mezzi, quando i risultati deludono le speranze riposte in essi. Ma nel prendere una decisione del genere si dovrà tener conto del giusto desiderio dell'ammalato e dei suoi familiari, nonché del parere di medici veramente competenti… È sempre lecito accontentarsi dei mezzi normali che la medicina può offrire. Non si può, quindi, imporre a nessuno l'obbligo di ricorrere ad un tipo di cura che, per quanto già in uso, tuttavia*

Ulteriori criteri per una corretta distinzione fra terapie obbligatorie e terapie cui si può lecitamente rinunciare vengono enunciati nel documento *Dans le cadre* sulle questioni etiche relative ai malati gravi ed ai morenti, emanato dal Pontificio Consiglio *Cor unum* per la promozione umana e cristiana. In detto documento si legge: "*I criteri per distinguere i mezzi* straordinari *da quelli* ordinari *sono molteplici; li si applicherà in base alle esigenze dei casi concreti. Alcuni sono di ordine* oggettivo, *come la natura dei mezzi, il loro costo, alcune considerazioni di giustizia nella loro applicazione e nelle scelte che essa implica; altri sono di ordine* soggettivo, *come la necessità di evitare a un certo paziente degli shock psicologici, delle situazioni di angoscia, dei disagi ecc. In ogni caso, per decidere dei mezzi a cui ricorrere, si tratterà sempre di stabilire la proporzione tra il mezzo e il fine perseguito… Fra tutti i criteri, si darà particolarmente peso alla qualità della vita salvata o mantenuta dalla terapia… Il principio è dunque che non c'è obbligo morale di ricorrere a mezzi straordinari; e che, in particolare, il medico deve inchinarsi di fronte alla volontà del malato che rifiutasse tale ricorso… Rimane, invece, l'obbligo stretto di proseguire ad ogni costo l'applicazione dei mezzi cosiddetti "minimali", di quelli cioè che normalmente e nelle condizioni abituali sono destinati a mantenere la vita (alimentazione, trasfusioni di sangue, iniezioni, ecc.). Interromperne la somministrazione significherebbe in pratica voler porre fine ai giorni del paziente*"[48].

Papa Francesco ha ribadito la legittimità della rinuncia all'accanimento terapeutico come "*scelta che assume responsabilmente il limite della condizione umana mortale, nel momento in cui prende atto di non poterlo più contrastare. «Non si vuole così procurare la morte: si accetta di non poterla impedire», come specifica il* Catechismo della Chiesa cattolica *(n. 2278). Questa differenza di prospettiva restituisce umanità all'accompagnamento del morire, senza aprire giustificazioni alla soppressione del vivere. Vediamo bene, infatti, che non attivare mezzi sproporzionati o sospenderne l'uso, equivale a evitare l'accanimento terapeutico, cioè compiere un'azione che ha un significato etico completamente diverso dall'eutanasia, che rimane sempre*

---

non è ancora esente da pericoli o è troppo oneroso. Il suo rifiuto non equivale al suicidio: significa piuttosto o semplice accettazione della condizione umana, o desiderio di evitare la messa in opera di un dispositivo medico sproporzionato ai risultati che si potrebbero sperare, oppure la volontà di non imporre oneri troppo gravi alla famiglia o alla collettività… Nell'imminenza di una morte inevitabile nonostante i mezzi usati, è lecito in coscienza prendere la decisione di rinunciare a trattamenti che procurerebbero soltanto un prolungamento precario e penoso della vita, senza tuttavia interrompere le cure normali dovute all'ammalato in simili casi…" (*Ibidem*, p. 349).

[48] Pontificio consiglio *cor unum* per la promozione umana e cristiana, Doc. *Dans le cadre*, 27 giugno 1981, nn. 2.4.2-2.4.4.

illecita, in quanto si propone di interrompere la vita, procurando la morte"[49].

In definitiva, si può concludere che la Chiesa consente esplicitamente la rinuncia all'accanimento terapeutico come determinazione dell'uomo che non intende procurare la morte ma semplicemente accetta di non poterla impedire.

Va tuttavia precisato, a scanso di equivoci, che la somministrazione di acqua e cibo, ovvero l'alimentazione e l'idratazione, sono dalla Chiesa considerati sempre e comunque mezzi ordinari e pertanto obbligatori, anche qualora la somministrazione delle sostanze venga effettuata artificialmente[50].

---

[49] Francesco, *Messaggio del Santo Padre Francesco ai partecipanti al Meeting regionale europeo della "World medical association" sulle questioni del "fine-vita"* (Città del Vaticano, 16-17 novembre 2017), cit. Il Pontefice ha peraltro cura di precisare che, "*quando ci immergiamo nella concretezza delle congiunture drammatiche e nella pratica clinica, i fattori che entrano in gioco sono spesso difficili da valutare. Per stabilire se un intervento medico clinicamente appropriato sia effettivamente proporzionato non è sufficiente applicare in modo meccanico una regola generale. Occorre un attento discernimento, che consideri l'oggetto morale, le circostanze e le intenzioni dei soggetti coinvolti. La dimensione personale e relazionale della vita – e del morire stesso, che è pur sempre un momento estremo del vivere – deve avere, nella cura e nell'accompagnamento del malato, uno spazio adeguato alla dignità dell'essere umano. In questo percorso la persona malata riveste il ruolo principale. Lo dice con chiarezza il* Catechismo della Chiesa cattolica*: «Le decisioni devono essere prese dal paziente, se ne ha la competenza e la capacità» (ibid.). È anzitutto lui che ha titolo, ovviamente in dialogo con i medici, di valutare i trattamenti che gli vengono proposti e giudicare sulla loro effettiva proporzionalità nella situazione concreta, rendendone doverosa la rinuncia qualora tale proporzionalità fosse riconosciuta mancante…*" (*Ibidem*).

[50] Nella dottrina laica non v'è sul punto uniformità di vedute. In Antonio Palazzo, Andrea Sassi, Francesco Scaglione, *op. cit.*, pp. 442-443, si legge infatti che "*se si accoglie l'opinione dominante in merito alla nozione di trattamento terapeutico, sussiste più di una difficoltà ad affermare che l'alimentazione e l'idratazione artificiale possano essere considerati normali mezzi di sostentamento: esse sono mezzi di sostentamento raggiunti attraverso un trattamento terapeutico… l'utilizzo del termine "artificiali" per qualificare l'alimentazione e l'idratazione del malato in s.v.p. – a meno di non accettare una contraddizione in termini – dovrebbe indurre ad escludere che si possa parlare di "normale" mezzo di sostentamento…*". In tale direzione sembra muoversi anche Cass. 16 ottobre 2007 n. 21748, in cui si puntualizza: "*Non v'è dubbio che l'idratazione e l'alimentazione artificiali con sondino nasogastrico costituiscono un trattamento sanitario. Esse, infatti, integrano un trattamento che sottende un sapere scientifico, che è posto in essere da medici, anche se poi proseguito da non medici, e consiste nella somministrazione di preparati come composto chimico implicanti procedure tecnologiche*" (*Guida al dir.*, 2007, n. 43, p. 40). Va tuttavia precisato che il Comitato nazionale per la Bioetica, nel parere reso in data 30 settembre 2005 su *L'alimentazione e l'idratazione dei pazienti in stato vegetativo permanente* (*www.bioetica.governo.it*), ha ritenuto che a detti soggetti vada garantito "*il sostentamento ordinario di base: la nutrizione e l'idratazione, sia che siano fornite per vie naturali che per vie non naturali o artificiali. Nutrizione e idratazione vanno considerati atti dovuti eticamente (oltre che deontologicamente e giuridicamente) in quanto indispensabili per garantire le condizioni fisiologiche di base per vivere (garantendo la sopravvivenza, togliendo i sintomi di fame e sete, riducendo i rischi di infezioni dovute a deficit nutrizionale e ad immobilità). Anche quando l'alimentazione e l'idratazione devono essere forniti da altre persone ai pazienti in SVP per via artificiale, ci sono ragionevoli dubbi che tali atti possano essere considerati "atti medici" o "trattamenti medici" in senso proprio, analogamente ad altre terapie di supporto vitale, quali, ad esempio, la ventilazione meccanica. Acqua e cibo non diventano infatti una terapia medica soltanto perché vengono somministrati per via artificiale; si tratta di una procedura che (pur richiedendo indubbiamente una attenta scelta e valutazione preliminare del medico), a parte il piccolo intervento iniziale, è gestibile e sorvegliabile anche dagli stessi familiari del*

Nella *Carta degli operatori sanitari* emanata nel 1995 dal Pontificio Consiglio per la pastorale degli operatori sanitari si affermava esplicitamente che "*l'alimentazione e l'idratazione, anche artificialmente amministrate, rientrano tra le cure normali dovute sempre all'ammalato quando non risultino gravose per lui: la loro indebita sospensione può avere il significato di vera e propria eutanasia*"[51].

Giovanni Paolo II, in un discorso rivolto ai partecipanti al Congresso internazionale su "*I trattamenti di sostegno vitale e lo stato vegetativo. Progressi scientifici e dilemmi etici*", ha ulteriormente sottolineato come "*la somministrazione di acqua e cibo, anche quando avvenisse per vie artificiali, rappresenti sempre un mezzo naturale di conservazione della vita, non un atto medico. Il suo uso pertanto sarà da considerarsi, in linea di principio,* ordinario e proporzionato, *e come tale moralmente obbligatorio, nella misura in cui e fino a quando esso dimostra di raggiungere la sua finalità propria, che nella fattispecie consiste nel procurare nutrimento al paziente e lenimento delle sofferenze*"[52].

E la Congregazione per la dottrina della fede, al quesito formulato dalla Conferenza episcopale degli Stati Uniti d'America se sia o meno moralmente

---

paziente (non essendo indispensabile la ospedalizzazione). Si tratta di una procedura che, rispettando condizioni minime (la detersione, il controllo della postura), risulta essere ben tollerata, gestibile a domicilio da personale non esperto con opportuna preparazione (lo dimostra il fatto che pazienti non in SVP possono essere nutriti con tale metodo senza che ciò impedisca loro una vita di relazione quotidiana). Procedure assistenziali non costituiscono atti medici solo per il fatto che sono messe in atto inizialmente e monitorate periodicamente da operatori sanitari. La modalità di assunzione o somministrazione degli elementi per il sostentamento vitale (fluidi, nutrienti) non rileva dal punto di vista bioetico: fornire naturalmente o artificialmente (con l'ausilio di tecniche sostitutive alle vie naturali) nutrizione e idratazione, alimentarsi o dissetarsi da soli o tramite altri (in modo surrogato, al di fuori dalla partecipazione attiva del soggetto) non costituiscono elementi di differenziazione nella valutazione bioetica. Il fatto che il nutrimento sia fornito attraverso un tubo o uno stoma non rende l'acqua o il cibo un preparato artificiale (analogamente alla deambulazione, che non diventa artificiale quando il paziente deve servirsi di una protesi). Né d'altronde si può ritenere che l'acqua ed il cibo diventino una terapia medica o sanitaria solo perché a fornirli è un'altra persona. Il problema non è la modalità dell'atto che si compie rispetto alla persona malata, non è come si nutre o idrata: alimentazione e idratazione sono atti dovuti in quanto supporti vitali di base, nella misura in cui consentono ad un individuo di restare in vita. Anche se si trattasse di trattamento medico, il giudizio sull'appropriatezza ed idoneità di tale trattamento dovrebbe dipendere solo dall'oggettiva condizione del paziente (cioè dalle sue effettive esigenze cliniche misurate sui rischi e benefici) e non da un giudizio di altri sulla sua qualità di vita, attuale e/o futura" (n. 4).

[51] Pontificio consiglio per la pastorale degli operatori sanitari, *Carta degli operatori sanitari*, 1995, n. 120, riportato in *www.disf.org*. Il menzionato documento è stato ora sostituito dalla *Nuova carta degli operatori sanitari*, il cui testo è pubblicato in Pontificio Consiglio per gli operatori sanitari (per la pastorale della salute), *Nuova carta degli operatori sanitari*, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano, 2017.

[52] Giovanni Paolo II, *Discorso ai partecipanti al Congresso internazionale su "I trattamenti di sostegno vitale e lo stato vegetativo. Progressi scientifici e dilemmi etici"*, 20 marzo 2004, cit., p. 123.

dovuta la somministrazione di cibo ed acqua al malato in stato vegetativo, ha risposto affermativamente, così motivando: "*quandoquidem cibi potusque subministratio, artificiali etiam methodo peracta, in linea principii, servandae vitae medium ordinarium et proportionatum evadit. Quapropter eiusdem procurandae moralis viget obligatio, quatenus consequi comprobetur finem suum proprium, nempe nutritionem et imbibitionem aegroti; qua quidem subministratione dolores et mors inanitionis et dysydratationis causa vitantur*"[53].

7. *Le indicazioni del magistero ecclesiastico a proposito delle cure palliative*

Altra questione di rilievo è rappresentata dall'uso degli analgesici ovvero dal ricorso alle cosiddette cure palliative.

Va in proposito precisato che nella concezione cristiana il dolore assume un significato particolare, che va oltre la semplice sofferenza materiale: per un verso esso costituisce un elemento ineludibile dell'esistenza terrena, sotto altro aspetto può essere letto come partecipazione alla sofferenza di Cristo e motivo di elevazione spirituale.

Al tema della sofferenza Giovanni Paolo II ha dedicato un'apposita enciclica, la *Salvifici doloris*, nella quale si legge: "*Cristo ha vinto il mondo definitivamente con la sua resurrezione; tuttavia, grazie al rapporto di essa con la passione e la morte, ha vinto al tempo stesso questo mondo con la sua sofferenza. Sì, la sofferenza è stata in modo singolare inserita in quella vittoria sul mondo, che si è manifestata nella risurrezione. Cristo conserva nel suo corpo risorto i segni delle ferite della croce sulle sue mani, sui piedi e nel costato. Mediante la risurrezione egli manifesta la forza vittoriosa della sofferenza, e vuole infondere la convinzione di questa forza nel cuore di coloro che ha scelto come suoi apostoli e di coloro che continuamente sceglie ed invia. L'apostolo Paolo dirà: "Tutti quelli che vogliono vivere pienamente in Cristo Gesú saranno perseguitati" (*2 Tim *3, 12)*" (n. 25). Ed ancora: "*Attraverso i secoli e le generazioni è stato constatato che nella sofferenza si nasconde una*

---

[53] Congregazione per la dottrina della fede, *Responsa ad quaestiones ab Episcopali Conferentia Foederatorum Americae Statuum propositas circa cibum et potum artificialiter praebenda*, 1° agosto 2007, in *Communicationes*, n. 39, 2007, p. 198. Nel medesimo contesto, al quesito "*si cibus et potus methodis artificialibus aegroto in "statu vegetativo permanente" versanti procurantur, possunt cessare erogari ex idoneorum medicorum sententia, vi certitudinis moralis praedita, secundum quam aegrotus numquam conscientiam suam recuperaturum esse censetur?*", il medesimo organismo ha risposto in senso negativo, sul presupposto che "*etenim aegrotus in "statu vegetativo permanente" versans semper persona est, dignitate humana nullatenus destituta, cui ex hac ipsa ratione curae ordinariae et proportionatae debentur; inter quas, in linea principii, subministratio cibi et potus, etiam methodo artificiali obtinenda, connumeranda est*" (*Ibidem*).

particolare grazia. Ad essa debbono la loro conversione molti santi, come ad esempio san Francesco d'Assisi, sant'Ignazio di Loyola, ecc. Frutto di una tale conversione non è solo il fatto che l'uomo scopre il senso salvifico della sofferenza, ma soprattutto che nella sofferenza diventa un uomo completamente nuovo. Egli trova quasi una nuova misura di tutta la propria vita e della propria vocazione"[54].

Il valore cristiano della sofferenza viene ribadito da Papa Francesco nell'enciclica *Lumen fidei*, in cui si afferma che "*… parlare della fede spesso comporta parlare anche di prove dolorose, ma appunto in esse san Paolo vede l'annuncio più convincente del Vangelo, perché è nella debolezza e nella sofferenza che emerge e si scopre la potenza di Dio che supera la nostra debolezza e la nostra sofferenza. L'Apostolo stesso si trova in una situazione di morte, che diventerà vita per i cristiani (cfr* 2 Cor *4,7-12). Nell'ora della prova, la fede ci illumina, e proprio nella sofferenza e nella debolezza si rende chiaro come «noi […] non predichiamo noi stessi, ma Cristo Gesú Signore» (*2 Cor *4,5)… Il cristiano sa che la sofferenza non può essere eliminata, ma può ricevere un senso, può diventare atto di amore, affidamento alle mani di Dio che non ci abbandona e, in questo modo, essere una tappa di crescita della fede e dell'amore. Contemplando l'unione di Cristo con il Padre, anche nel momento della sofferenza più grande sulla croce (cfr* Mc *15,34), il cristiano impara a partecipare allo sguardo stesso di Gesù. Perfino la morte risulta illuminata e può essere vissuta come l'ultima chiamata della fede, l'ultimo "Esci dalla tua terra" (*Gen *12,1), l'ultimo "Vieni!" pronunciato dal Padre, cui ci consegniamo con la fiducia che Egli ci renderà saldi anche nel passo definitivo*"[55].

Sulla base di tali premesse la Chiesa spiega che "*il dolore fisico è certamente un elemento della condizione umana; sul piano biologico, costituisce un avvertimento la cui utilità è incontestabile; ma poiché tocca la vita psicologica dell'uomo, spesso supera la sua utilità biologica e pertanto può assumere una dimensione tale da suscitare il desiderio di eliminarlo a qualunque costo. Secondo la dottrina cristiana, però il dolore, soprattutto quello degli ultimi momenti di vita, assume un significato particolare nel piano salvifico di Dio; è infatti una partecipazione alla passione di Cristo ed è unione al sacrificio redentore… Non deve dunque meravigliare se alcuni cristiani desiderano moderare l'uso degli analgesici per accettare volontariamente almeno una parte delle loro sofferenze e associarsi così in maniera cosciente alle sofferen-*

[54] Giovanni Paolo II, Lett. enc. *Salvifici doloris*, 11 febbraio 1984, n. 26.

[55] Francesco, Lett. Enc. *Lumen fidei*, 29 giugno 2013, n. 56.

ze di Cristo crocifisso (cf. Mt 27,34). Non sarebbe, tuttavia prudente imporre come norma generale un determinato comportamento eroico. Al contrario, la prudenza umana e cristiana suggerisce per la maggior parte degli ammalati l'uso dei medicinali che siano atti a lenire o a sopprimere il dolore, anche se ne possano derivare come effetti secondari torpore o minore lucidità…"[56].

Indicazioni analoghe si rinvengono nel documento relativo alle questioni etiche relative ai malati gravi ed ai morenti, elaborato dal Pontificio Consiglio *Cor unum* per la promozione umana e cristiana[57], nonché nel *Catechismo della*

---

[56] Congregazione per la dottrina della fede, Dichiarazione *Iura et bona*, 5 maggio 1980, cit., pp. 344-345. Il documento avverte tuttavia che "*l'uso intensivo degli analgesici non è esente da difficoltà, poiché il fenomeno dell'assuefazione di solito obbliga ad aumentare le dosi per mantenerne l'efficacia. Conviene ricordare una dichiarazione di Pio XII, la quale conserva ancora tutta la sua validità. Ad un gruppo di medici che gli avevano posto la seguente domanda "La soppressione del dolore e della coscienza per mezzo dei narcotici…è permessa dalla religione e dalla morale al medico e al paziente (anche all'avvicinarsi della morte e se si prevede che l'uso dei narcotici abbrevierà la vita)?", il Papa rispose: "Se non esistono altri mezzi e se, nelle date circostanze, ciò non impedisce l'adempimento di altri doveri religiosi e morali: Si". In questo caso, infatti, è chiaro che la morte non è voluta o ricercata in alcun modo, benché se ne corra il rischio per una ragionevole causa: si intende semplicemente lenire il dolore in maniera efficace, usando allo scopo quegli analgesici di cui la medicina dispone*" (*Ibidem*, p. 345). La precisazione appena riferita comporta l'applicazione del cosiddetto principio del doppio effetto, secondo cui è lecito l'utilizzo di terapie e trattamenti somministrati a pazienti in stato terminale per alleviarne dolori e sofferenze, quand'anche tali trattamenti possano mettere potenzialmente in pericolo la vita del paziente abbreviandone l'esistenza. Per la Chiesa anche in tale situazione vale il criterio di proporzionalità fra il beneficio sperato (eliminazione o riduzione dei tormenti e spasimi del malato) e le possibili conseguenze (anticipazione di un decesso comunque imminente ed inevitabile). Nella dichiarazione di cui trattasi, dopo le generali indicazioni in merito all'utilizzo di analgesici la Congregazione per la dottrina della fede offre una precisazione ulteriore, osservando che "*gli analgesici che producono negli ammalati la perdita della coscienza, meritano… una particolare considerazione. È molto importante, infatti, che gli uomini non solo possano soddisfare ai loro doveri morali e alle loro obbligazioni familiari, ma anche e soprattutto che possano prepararsi con piena coscienza all'incontro con il Cristo. Perciò Pio XII ammonisce che "non è lecito privare il moribondo della coscienza di sé senza grave motivo""* (*Ibidem*).

[57] In tale documento si specifica che "*l'uso degli analgesici centrali presenta il rischio di effetti secondari: azione sulle funzioni respiratorie, alterazione della coscienza, dipendenza e assuefazione. Per questo è sempre preferibile non usarli quando si può alleviare la sofferenza del malato con altri mezzi… In molti casi, tuttavia, la cura delle sofferenze gravi, a volte intollerabili, esige, allo stato attuale delle nostre conoscenze e delle nostre tecniche, l'impiego di analgesici centrali (come la morfina) uniti ad altre droghe. Non c'è motivo di rifiutare l'impiego di queste droghe, tanto più che i loro effetti secondari possono essere fortemente ridotti facendone un uso assennato (dosi adeguate ad intervalli ridotti)…*" (Pontificio consiglio *cor unum* per la promozione umana e cristiana, Doc. *Dans le cadre*, 27 giugno 1981, nn. 4.1-4.2). Si mette anche in guardia dalla tendenza all'impiego di droghe che fanno sprofondare il malato in stato di incoscienza, rilevando che "*è forte la tentazione di ricorrere* sistematicamente *a tali droghe, molte volte indubbiamente per compassione, ma spesso anche più o meno deliberatamente, per evitare a tutti coloro che si accostano al malato (infermieri, parenti…) il rapporto spesso difficile e faticoso con un essere umano vicino alla morte. Allora non si cerca più il bene della persona ammalata, ma la protezione dei sani all'interno di una società che ha paura della morte e la fugge con tutti i mezzi a sua disposizione. Si priva così il malato della possibilità di "vivere la propria morte", di arrivare ad un'accettazione serena, alla pace, alla relazione a volte intensa che può crearsi fra un essere umano ridotto a una grande povertà e un interlocutore*

Chiesa cattolica[58].

8. *L'applicabilità dei principi in tema di eutanasia alla prospettiva del testamento biologico*

Sulla base delle esposte indicazioni del magistero ecclesiastico in tema di concezione della vita, sacralità ed indisponibilità della stessa, con conseguente divieto di ogni forma di eutanasia, si può comprendere come la Chiesa in linea di principio non possa accettare la prospettiva del cosiddetto testamento biologico, inteso come dichiarazione preventiva del soggetto che, al ricorrere di determinate circostanze, valga ad autorizzare l'interruzione di terapie o trattamenti necessari al mantenimento della vita, provocando pertanto in maniera volontaria la morte dell'interessato in virtù del consenso dal medesimo preventivamente rilasciato. Si tratta delle cosiddette dichiarazioni anticipate di trattamento, quali espressioni di volontà da valere per il futuro in presenza di certe condizioni (per esempio il versare del soggetto in stato vegetativo)[59]. Risulta evidente che attraverso simili dichiarazioni l'individuo mira in sostan-

---

privilegiato. Lo si priva della possibilità di vivere la morte in comunione col Cristo, se il morente è cristiano…" (*Ibidem*, n. 4.4).

[58] Nel *Catechismo della Chiesa cattolica*, 15 agosto 1997, n. 2279, si stabilisce che "*… l'uso di analgesici per alleviare le sofferenze del moribondo, anche con il rischio di abbreviare i suoi giorni, può essere moralmente conforme alla dignità umana, se la morte non è voluta né come fine né come mezzo, ma è soltanto prevista e tollerata come inevitabile. Le cure palliative costituiscono una forma privilegiata della carità disinteressata. A questo titolo devono essere incoraggiate*".

[59] Il Comitato nazionale per la bioetica nel parere del 18 dicembre 2003 su *Dichiarazioni anticipate di trattamento* (*www.bioetica.governo.it*) aveva proposto la seguente definizione di dichiarazione anticipata di trattamento: "*Documento con il quale una persona, dotata di piena capacità, esprime la sua volontà circa i trattamenti ai quali desidererebbe o non desidererebbe essere sottoposta nel caso in cui, nel decorso di una malattia o a causa di traumi improvvisi, non fosse più in grado di esprimere il proprio consenso o il proprio dissenso informato*" (n. 1). Nel medesimo atto si richiede che le dichiarazioni anticipate di trattamento non siano "*in contraddizione col diritto positivo, con le norme di buona pratica clinica, con la deontologia medica o che pretendano di imporre attivamente al medico pratiche per lui in scienza e coscienza inaccettabili*" (n. 6). Con successivo parere *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico*, in data 24 ottobre 2008 (*www.bioetica.governo.it*), il Comitato nazionale per la bioetica ha preso in esame la diversa ipotesi dell'opposizione da parte dell'interessato alla somministrazione delle cure, indicando come "*giuridicamente legittimi il rifiuto o la rinuncia alle terapie da parte di un paziente autonomo e competente – condizione quest'ultima che comprende coscienza di sé e consapevolezza delle proprie condizioni, nonché una completa informazione circa la malattia e le conseguenze derivanti dall'accettazione o dal rifiuto/rinuncia delle terapie*", salvaguardando nel contempo il diritto di astensione del personale sanitario da azioni o interventi in tal senso qualora avvertiti come condotte "*contrarie alle proprie concezioni etiche, deontologiche e professionali (cfr. art. 22 del Codice di deontologia medica)*". Più in generale sul tema dell'obiezione di coscienza del personale sanitario il Comitato si è espresso nel parere *Obiezione di coscienza e bioetica* del 12 luglio 2012 (*www.bioetica.governo.it*).

za a disporre della propria vita, sebbene al realizzarsi di specifiche condizioni e dunque in maniera ipotetica e condizionata. Se nella visione cristiana la vita costituisce un bene indisponibile per l'uomo, in tale ottica sarà per forza di cose inaccettabile ogni determinazione comunque tendente ad incidere sul naturale corso dell'umana esistenza e volta, in sostanza, a consentire una forma di eutanasia.

Nella prospettiva considerata, risultano a ben vedere insussistenti le paventate "aperture" e "novità" nella visione cattolica del fine vita che gli organi di stampa hanno preteso di leggere nel messaggio rivolto da Papa Francesco ai partecipanti al Meeting europeo dell'Associazione medica mondiale su detto tema tenutosi in Vaticano il 16-17 novembre 2017[60]. Ed infatti in detto frangente il Pontefice, pur esprimendosi, come sopra ricordato, per la legittimità della rinuncia all'accanimento terapeutico, non ha mancato di precisare come quest'ultimo abbia "*un significato etico completamente diverso dall'eutanasia, che rimane sempre illecita, in quanto si propone di interrompere la vita, procurando la morte*". E dunque in maniera appropriata è stato rilevato che nel menzionato discorso "*il messaggio di papa Francesco ha nel complesso ribadito le tesi standard della dottrina cattolica in materia di fine-vita*"[61].

Del resto lo stesso Pontefice in precedenza aveva chiaramente espresso "… *la convinzione che un essere umano è sempre sacro e inviolabile, in qualunque situazione e in ogni fase del suo sviluppo. È un fine in sé stesso e mai un mezzo per risolvere altre difficoltà. Se cade questa convinzione, non rimangono solide e permanenti fondamenta per la difesa dei diritti umani, che sarebbero sempre soggetti alle convenienze contingenti dei potenti di turno. La sola ragione è sufficiente per riconoscere il valore inviolabile di ogni vita umana, ma se la guardiamo anche a partire dalla fede, «ogni violazione della dignità personale dell'essere umano grida vendetta al cospetto di Dio e si configura come offesa al Creatore dell'uomo»*"[62] (n. 213). In detto contesto Papa

---

[60] Francesco, *Messaggio del Santo Padre Francesco ai partecipanti al Meeting regionale europeo della "World medical association" sulle questioni del "fine-vita"* (Città del Vaticano, 16-17 novembre 2017), cit. Corrado Del Bò, *op. cit.*, p. 1, osserva che la notevole attenzione mediatica ricevuta dal discorso in questione "*ha generato nei cronisti più distratti la convinzione che la Chiesa cattolica sia giunta a un momento di svolta sui temi bioetici legati al morire. In verità, le cose non stanno esattamente così: dal punto di vista strettamente dottrinario la continuità è indiscutibile…*".

[61] Corrado Del Bò, *op. cit.*, p. 4. Il medesimo autore tuttavia, considerando che al momento in cui veniva pronunciato era ancora in discussione in Parlamento il progetto di legge sulle direttive anticipate di trattamento, poi divenuto legge, ritiene che il discorso pontificio possa "*essere letto come un invito al legislatore italiano, affinché comprenda che una regolamentazione della materia va fatta, per restituire ai pazienti un'autodeterminazione che non sia solamente "di carta" e per offrire ai medici certezze su quel che è consentito loro di fronte alle richieste delle persone che hanno in cura*" (*Ibidem*, p. 4).

[62] Francesco, Esortazione apostolica *Evangelii gaudium*, 24 novembre 2013, n. 213.

Francesco era stato chiaro nel precisare: "*Proprio perché è una questione che ha a che fare con la coerenza interna del nostro messaggio sul valore della persona umana, non ci si deve attendere che la Chiesa cambi la sua posizione su questa questione. Voglio essere del tutto onesto al riguardo. Questo non è un argomento soggetto a presunte riforme o a "modernizzazioni". Non è progressista pretendere di risolvere i problemi eliminando una vita umana…*"[63].

Semmai, la vera novità può essere ravvisata nell'apertura al dialogo mostrata dall'attuale Pontefice nella considerazione delle questioni relative al fine vita laddove, anziché pretendere l'adesione alla visione cattolica, nel ricordato discorso egli afferma che "*in seno alle società democratiche, argomenti delicati come questi vanno affrontati con pacatezza: in modo serio e riflessivo, e ben disposti a trovare soluzioni – anche normative – il più possibile condivise. Da una parte, infatti, occorre tenere conto della diversità delle visioni del mondo, delle convinzioni etiche e delle appartenenze religiose, in un clima di reciproco ascolto e accoglienza. D'altra parte lo Stato non può rinunciare a tutelare tutti i soggetti coinvolti, difendendo la fondamentale uguaglianza per cui ciascuno è riconosciuto dal diritto come essere umano che vive insieme agli altri in società. Una particolare attenzione va riservata ai più deboli, che non possono far valere da soli i propri interessi. Se questo nucleo di valori essenziali alla convivenza viene meno, cade anche la possibilità di intendersi su quel riconoscimento dell'altro che è presupposto di ogni dialogo e della stessa vita associata. Anche la legislazione in campo medico e sanitario richiede questa ampia visione e uno sguardo complessivo su cosa maggiormente promuova il bene comune nelle situazioni concrete*"[64].

Alla luce di tali affermazioni, in dottrina è stato già sottolineato che "*l'approccio che sta tenendo papa Francesco sulle questioni bioetiche è molto più aperto e dialogante di quanto sia stato quello dei suoi predecessori… Lo stesso convegno al quale Francesco ha voluto inviare il suo messaggio pare parte di questo approccio, avendo coinvolto studiosi e operatori che non fanno mistero di sostenere tesi contrarie a quelle del Magistero cattolico ed essendo stato proprio per questa ragione oggetto di critiche violente da parte di alcune frange dell'oltranzismo cattolico. Ovviamente non possiamo aspettarci che la Chiesa cattolica giunga a legittimare l'eutanasia (questo vero-*

---

[63] *Ibidem*, n. 214. La riportata affermazione si riferisce in realtà all'aborto, ma vale comunque come precisazione circa il valore sacro e dunque indisponibile della vita umana, sia nel suo inizio che nella sua fine.

[64] Francesco, *Messaggio del Santo Padre Francesco ai partecipanti al Meeting regionale europeo della "World medical association" sulle questioni del "fine-vita"* (Città del Vaticano, 16-17 novembre 2017), cit.

similmente non accadrà mai) e forse nemmeno che allarghi le maglie per i trattamenti medici rinunciabili quanto prospettive secolari ritengono invece sarebbe doveroso fare. E tuttavia questa volontà di confronto, se autentica e non sporadica, potrebbe quantomeno far presagire la disponibilità di insistere più sui punti di contatto tra dottrina cattolica e sensibilità laiche, che non sui punti di disaccordo; allo stesso tempo, sembra di poter rilevare un'impressione complessiva di un Magistero cattolico che sulle questioni bioetiche vada orientandoci meno sulla severità delle regole catechistiche e più sullo spirito di misericordia"[65].

Per quanto concerne poi, più specificamente, la recente legge italiana sulle disposizioni anticipate di trattamento, il Presidente della Conferenza Episcopale Italiana, Card. Gualtiero Bassetti, nella Prolusione di apertura del Consiglio permanente di detto organo tenutosi il 22-24 gennaio 2018 si è espresso esortando i cattolici impegnati in politica a prendersi "*cura, senza intermittenza, dei poveri e della difesa della vita. Sono due temi speculari, due facce della stessa medaglia, due campi complementari e non scindibili. Non è in alcun modo giustificabile chiudere gli occhi su un aspetto e considerare una parte come il tutto. Un bambino nel grembo materno e un clochard, un migrante e una schiava della prostituzione hanno la stessa necessità di essere difesi nella loro incalpestabile dignità personale. E di essere liberati dalla schiavitù del commercio del corpo umano, dall'affermazione di una tecnoscienza pervasiva e dalla diffusione di una mentalità nichilista e consumista. Lo dico anche a riguardo delle recenti «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»: ci preoccupa la salvaguardia della speciale relazione tra paziente e medico, la giusta proporzionalità delle cure – che non deve mai dar luogo alla cultura dello scarto –, la possibilità di salvaguardare l'obiezione di coscienza del singolo medico e di evitare il rischio di «aziendalismo» per gli ospedali cattolici. In definitiva, vorrei ricordare a tutti:* la vita non si uccide, non si compra, non si sfrutta e non si odia!"[66].

Anche a livello nazionale la Chiesa ribadisce dunque la propria visione antropologica, fondata sulla visione della vita come dono di Dio e bene indisponibile, con conseguente inaccettabilità di ogni pratica o intervento che possa incidere sul corso naturale dell'umana esistenza e, a fronte di una normativa statale che legittima le disposizioni anticipate di trattamento e consente quindi all'individuo di stabilire, anticipandolo, il proprio decesso, non manca di riaffermare i propri principi invocando nel contempo l'operatività dell'obiezione

---

[65] Corrado Del Bò, *op. cit.*, pp. 4-5.

[66] G. Bassetti, *Prolusione del Cardinale Presidente all'apertura del Consiglio permanente della Conferenza Episcopale Italiana 22-24 gennaio 2018*, in *www.chiesacattolica.it*.

di coscienza per gli operatori sanitari che, in virtù delle proprie concezioni etiche o religiose, non intendano provocare la morte dei pazienti dando attuazione alle pur legittime determinazioni degli stessi in tal senso.

Si può condividere o meno la posizione cattolica in materia di eutanasia. Ciò non toglie che la Chiesa, per tener fede alla propria missione, abbia il dovere di esporre i suoi principi ed impartire i propri insegnamenti. A ciascuno poi è lasciata la facoltà di aderire o meno alle indicazioni del magistero cattolico e regolarsi di conseguenza, nel rispetto di quella libertà individuale che lo stesso Papa Francesco ha indicato come valore intangibile anche di fronte a valori considerati irrinunciabili e non negoziabili.

Legami d'amore e tradizione. Analogie e differenze giuridiche tra matrimonio e unioni civili

Lucia Dianda

1. Definizione di matrimonio e di unione civile e loro tutela costituzionale

Stabilire con assoluta certezza che cosa sia il matrimonio giuridicamente inteso risulta paradossalmente problematico dato che né la Costituzione, né il Codice civile lo definiscono esplicitamente[1]. L'art. 29 della Costituzione si limita a riconoscere i diritti della famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio[2]" e a ribadire l'uguaglianza giuridica e morale dei coniugi. Anche se l'art. 29 Cost. non fa alcun riferimento al matrimonio eterosessuale[3], indis-

---

[1] Così Pierluigi Consorti, *Diritto e religione*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 119.

[2] In realtà, come sottolinea Pierluigi Consorti, *Diritto e religione*, cit., pp. 119-122, la famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio" era il modello socialmente accettato al tempo dell'Assemblea costituente. Attualmente, invece, esistono molti tipi di famiglia non fondati sul matrimonio: famiglia "di fatto", "ricomposta", "allargata". La stessa Costituzione individua in un apposito articolo, l'art. 30, i doveri dei genitori nei confronti dei figli, anche se nati fuori dal matrimonio: in questo modo vengono riconosciuti implicitamente modelli di famiglia non fondati sul matrimonio. Riccardo Campione, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, § 1, in *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Giappichelli, Torino, 2016, sottolinea come lo sgretolamento del rapporto biunivoco tra famiglia e matrimonio sia iniziato con l'entrata in vigore della legge sul divorzio.
Non è questo il luogo per analizzare il significato di 'società naturale': basti solo notare che la dottrina non è concorde sul significato da attribuirle. Secondo Roberto Bin, *La famiglia alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 10, 2000, p. 1066, il riferimento a 'società naturale' "porta con evidenza a postulare l'esistenza di un qualcosa che precede il diritto". Carlo Esposito, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, p. 135, invece, contestando proprio il rinvio al diritto naturale, afferma che la definizione di famiglia come 'società naturale' "attribuisce rilievo giuridico alla constatazione di fatto che, tra i membri della famiglia, non sussistono solo freddi vincoli giuridici, ma legami affettivi (legami 'naturali' che, come dice la Costituzione, rendono la famiglia 'società naturale')". Sul significato di famiglia come 'società naturale', si veda anche Francesca Biondi, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, in *www.gruppodipisa.it*, pubblicato il 7 giugno 2013; Andrea Pugiotto, *Alla radice dei "casi": la famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio"*, in *www.forumcostituzionale.it*, pubblicato il 29 febbraio 2008.

[3] Anche nelle varie fasi dell'iter costituzionale per l'approvazione dell'art. 29 Cost. non si fa mai

solubile[4] e monogamico[5], è innegabile che questo fosse il modello al quale fecero riferimento i Costituenti[6]: un'idea di famiglia talmente radicata nella società del tempo da non avere bisogno di una definizione giuridica. Le norme del c.c. che disciplinano l'istituto matrimoniale (art. 143 ss.) danno a loro volta per scontato che il matrimonio sia il legame affettivo di un uomo e di una donna che, in possesso dei requisiti giuridici previsti dalla legge, decidono liberamente e volontariamente di costituire la loro unione: la diversità di sesso dei nubendi rappresenta, pertanto, un requisito implicito del matrimonio.

La legge 20 maggio 2016, n. 76, entrata in vigore il 5 giugno 2016[7], definisce a sua volta l'unione civile come il negozio giuridico con cui due persone maggiorenni, dello stesso sesso e in possesso dei requisiti previsti dalla legge costituiscono liberamente e volontariamente il loro legame affettivo (art. 1, c. 2, legge 76/2016). L'uguaglianza di sesso degli uniti civilmente si presenta, quindi, come elemento fondamentale dell'unione civile.

In entrambi i casi la legge si preoccupa di indicare in modo dettagliato quali siano i diritti e gli obblighi che derivano dalle unioni senza mai menzionare l'elemento socialmente ritenuto alla base di tali relazioni giuridiche che, in maniera inequivocabile, è l'amore[8]. L'ordinamento, quindi, individua le conseguenze senza fare riferimento alle premesse: non indica le ragioni per

---

riferimento alla diversità di sesso dei nubendi. Sul punto, si veda Sergio Bova (a cura di), *Le Commissioni della Costituente per l'esame dei disegni di legge*, Camera dei deputati, Roma, 1985; Id., *L'elaborazione della Carta Costituzionale nel 'Comitato di redazione'*, in Enzo Cheli (a cura di), *La fondazione della Repubblica. Dalla Costituzione provvisoria all'Assemblea Costituente*, Il Mulino, Bologna, 1979, pp. 305-347.

[4] In Italia, come noto, l'istituto giuridico del divorzio è stato introdotto con l. 898/1970.

[5] Nicola Colaianni, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 179. In realtà, esistono ordinamenti giuridici che riconoscono i matrimoni poligamici: matrimoni poliginici sono praticati soprattutto nei paesi a maggioranza islamica, mentre quelli poliandrici prevalentemente in Oriente, in ambito buddista. In Italia, invece, la poligamia è considerata un reato ex artt. 556-557 c.p.

[6] Corte Cost., s. n. 138/2010: "Infatti, come risulta dai citati lavori preparatori, la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in sede di Assemblea, benché la condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta."

[7] La l. 76/2016, c.d. legge Cirinnà, che prende nome da Monica Cirinnà, Senatrice del Partito Democratico, promotrice e prima firmataria, ha introdotto l'istituto delle unioni civili nell'ordinamento giuridico italiano. La legge è stata emanata per conferire un'adeguata tutela delle coppie omosessuali, in adempimento degli obblighi di origine comunitaria e in linea con le soluzioni già adottate dagli altri Stati europei. Infatti, con sentenza del 21 luglio 2015 *Oliari and others v. Italy*, la Corte di Strasburgo ha condannato all'unanimità l'Italia proprio a causa dell'assenza di un adeguato riconoscimento legale delle coppie formate da persone dello stesso sesso. Si veda Simona Attollino, *Nuovi modelli familiari. Considerazioni in ordine al Consiglio di Stato n. 4899 del 2015 sulla trascrivibilità del matrimonio omosessuale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 17/2016, pp. 5-12, pubblicato il 6 maggio 2016.

[8] Pierluigi Consorti, *Diritto e religione*, cit., pp. 125-126.

cui ci si sposa/unisce, ma specifica ciò che ne deriva. Il matrimonio/l'unione civile sono, per l'ordinamento, due negozi giuridici a cui assicurare stabilità e certezza: che l'amore ci sia o non ci sia, al diritto non interessa.

La differenza giuridica delle due unioni è espressamente desunta dal diverso riferimento costituzionale. L'art. 29 Cost. non entra in gioco per le unioni civili[9] che ricadono, invece, nel quadro delle tutele accordate dall'art 2 Cost. alle formazioni sociali per esplicita menzione dell'art. 1, c. 1, legge 76/2016. Tuttavia questa differenza formale perde la sua centralità se si pensa che "con l'espressione formazione sociale si fa riferimento ad ogni tipo di organizzazione o di comunità che si frapponga tra l'individuo e lo Stato" e nella quale si svolga la personalità dell'uomo[10]. Pertanto anche la famiglia fondata sul matrimonio è una formazione sociale nella quale si sviluppa la personalità dell'individuo e, in quanto *species* del *genus* formazione sociale, riceve copertura anche dall'art. 2 Cost.[11]. Sotto questo profilo matrimonio e unioni civili ricevono la medesima garanzia costituzionale basata sull'art. 2 Cost.

2. *Uguaglianze e differenze tra matrimonio e unioni civili*

La disciplina delle unioni civili appare sostanzialmente uguale a quella del matrimonio; del resto la l. 76/2016 rinvia espressamente alle disposizioni del codice civile relative al matrimonio. Più precisamente, la disciplina delle cause impeditive[12] per la costituzione di un'unione civile e quella dell'impu-

---

[9] Anche la famiglia non fondata sul matrimonio è riconosciuta e tutelata dalla Costituzione in base all'art. 2 poiché anch'essa è una specifica formazione sociale "ove si svolge la […] personalità [dell'uomo]". Da notare che, con l. 219/2012 e d.lgs. 154/2013 nel c.c. sono state sostituite le espressioni "figli legittimi " e "figli naturali" con quelle di "figli nati nel matrimonio" e "figli nati fuori dal matrimonio" al fine di rimuovere ogni tipo di disuguaglianza. Conseguentemente, non si distingue più tra "famiglia legittima" e "famiglia naturale", ma tra "famiglia fondata sul matrimonio" e "famiglia non fondata sul matrimonio". Così Alessandra Mei, *Le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto nella legge Cirinnà approvata l'11.5.2016: analogie e differenze con l'istituto del matrimonio*, in *La nuova procedura civile*, 3, premessa, n. 9, pubblicato il 13 maggio 2016.

[10] Così Roberto Bin, Giovanni Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 564. La definizione è unanimemente accettata dalla dottrina.

[11] alessandra mei, *Le unioni civili tra persone dello stesso sesso* cit. Anche Francesca Biondi, *Famiglia e matrimonio* cit., pp. 4-10, si domanda se l'art. 29 Cost. possa essere considerato una specificazione dell'art. 2 Cost.

[12] Si veda art. 1, c. 4, legge 76/2016: l'unione civile è impedita dalla sussistenza di un vincolo matrimoniale o di un'unione civile per una delle parti (cfr. art. 86 c.c.), dall'interdizione di una delle parti per infermità di mente (cfr. art. 85 c.c.), dalla sussistenza di rapporti di parentela, affinità o adozione tra le parti (cfr. art. 87 c.c.), dalla condanna di una delle parti per omicidio tentato o consumato nei confronti del coniuge o di chi sia unito civilmente con l'altra parte dell'unione civile (cfr. art. 88 c.c.). Come per il matrimonio (cfr. artt. 117 e 118 c.c.), la sussistenza di una delle cause impeditive suddette

gnazione[13] ricalcano la normativa prevista per il matrimonio, come anche il regime patrimoniale dell'unione civile[14] e quello successorio[15].

Esistono, però, alcune differenze tra il regime giuridico dei due istituti che possiamo suddividere in quattro gruppi:

- differenze che riguardano specifici diritti e doveri scaturenti dall'unione civile e dal matrimonio: obbligo di fedeltà e di collaborazione;
- differenze che riguardano l'istituto della separazione;
- differenze che riguardano l'istituto dell'adozione;
- differenze marginali: il regime giuridico del cognome, l'età, l'inconsumazione.

3. *Sulle differenze tra matrimonio e unioni civili: l'obbligo di fedeltà e di collaborazione e l'istituto della separazione*

La differenza più significativa riguarda l'applicabilità alle unioni civili dell'art. 143 c.c. relativo all'obbligo di fedeltà per entrambi i coniugi[16] che la l. 76/2016 non prevede per le parti dell'unione civile[17]. Si tratta di una dif-

---

comporta la nullità dell'unione civile.

[13] Cfr. art. 1, c.7, legge 76/2016 che disciplina l'impugnazione dell'unione civile per violenza, timore di eccezionale gravità ed errore sulla falsariga dell'art. 122 c.c.

[14] Cfr. art.1, c. 13, legge 76/2016: come per il matrimonio, in mancanza di diversa convenzione patrimoniale il regime patrimoniale dell'unione civile è costituito dalla comunione dei beni (cfr. art. 159 c.c.).

[15] Il c. 21, in relazione al regime successorio riservato alle parti dell'unione civile, rinvia espressamente alle norme del c.c. dettate in tema di indegnità (cfr. capo III, tit. I, libro II, c.c.), collazione (cfr. capo II, tit. IV, libro II, c.c.), successione dei legittimari (cfr. capo X, tit. I, libro II, c.c.), successione legittima (cfr. capo I, tit. II, libro II, c.c.) e patto di famiglia (cfr. capo V - bis, tit. IV, libro II, c.c.). Pertanto, nell'ambito della successione legittima, l'unito civilmente rientra nella categoria dei successibili ex art. 565 c.c., proprio come il coniuge al quale è equiparato in riferimento alle quote di eredità. Inoltre, così come il coniuge, l'unito civilmente rientra nella categoria degli eredi legittimari ex art. 536 c.c. ed ha diritto alla stessa quota di riserva che spetta al coniuge. Sul regime successorio delle unioni civili, si veda Ruggiero Fiorella, *Schema: le successioni alla luce della riforma sulle unioni civili (L. 76/2016)*, in *La nuova procedura civile*, 3, 2016, p. 3016, pubblicato il 31 maggio 2016.

[16] Il 25 febbraio 2016 la Senatrice del Partito Democratico Laura Cantini ha presentato al Senato il ddl n. 2253. Il testo di legge è composto da un solo articolo con il quale si intende sopprimere l'obbligo di reciproca fedeltà per i nubendi previsto dall'art. 143, c. 2, c.c. La relazione al ddl sottolinea che tale obbligo è ritenuto "un retaggio di una visione ormai superata e vetusta del matrimonio, della famiglia e dei doveri e diritti dei coniugi". Secondo il ddl, l'obbligo di fedeltà aveva il suo fondamento nella distinzione tra figli legittimi e figli naturali perché la fedeltà della moglie poteva "garantire" la legittimità dei figli. Con l. 21/2012, però, è stata posta fine alla distinzione tra figli legittimi e naturali in quanto tutti i figli godono degli stessi diritti: pertanto, l'obbligo di fedeltà non avrebbe più motivo di esistere. Il ddl è stato assegnato alla seconda Commissione permanente (Giustizia) in data 17 maggio 2016. Ad oggi, l'esame del ddl non è ancora iniziato.

[17] In realtà, l'originario disegno di legge delle unioni civili prevedeva l'obbligo in questione: l'art. 3, c.

ferenza su cui si è molto discusso[18], quasi per segnalare la minore solennità dell'impegno morale assunto da una coppia unita civilmente rispetto a una coppia sposata. Sembra, perciò, utile precisare che cosa intenda per "fedeltà" l'ordinamento giuridico.

La questione ha radici antiche; infatti, già il codice penale disciplinava all'art. 559 c. p. il delitto di adulterio e all'art. 560 c. p. quello di concubinato. L'art. 559 c. p. puniva la moglie adultera con la reclusione mentre l'art. 560 c. p. prevedeva la reclusione per il marito che avesse tenuto una concubina nella casa coniugale o notoriamente altrove. Il marito infedele, a differenza della moglie, non era punito *tout court* per il comportamento fedifrago, ma per una specifica condotta fedifraga[19]. In seguito, com'è noto, la Corte Costituzionale con le sentenze n. 126/1968 e 147/1969[20], ha dichiarato incostituzionali sia l'art. 559 c. p. che l'art. 660 c. p. per la loro evidente portata discriminatoria nei confronti delle donne.

Resta il fatto che il contenuto dell'obbligo di fedeltà non appare espressa-

---

1, ddl 2081, stabiliva, infatti, che "con la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso le parti acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri; dall'unione civile deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione. Entrambe le parti sono tenute, ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni". Nel corso dell'esame al Senato, però, l'obbligo di fedeltà è stato espunto.

[18] Secondo alcuni, la mancata previsione dell'obbligo di fedeltà per le unioni civili è stata frutto di una precisa scelta politica: distinguere l'istituto in questione dal matrimonio. Così Geremia Casaburi, *Il nome della rosa (la disciplina italiana delle unioni civili)* in *Articolo 29*, p. 11, pubblicato il 3 marzo 2016. Altri sostengono che il mancato riferimento all'obbligo di fedeltà riconfermi il pregiudizio nei confronti delle coppie omosessuali, accusate di condurre "vite promiscue", e attribuisca alle unioni civili minore dignità sociale rispetto al matrimonio. Così si esprime Francesca Dell'Anna Misurale, *Unioni civili tra diritto e pregiudizio. Prima lettura del nuovo testo di legge*, in G*iustiziacivile.com*, 10, pubblicato il 27 giugno 2016. Altri ancora ritengono che la mancanza dell'obbligo di fedeltà per le unioni civili non abbia rilevanza concreta: l'unione civile non prevede l'istituto della separazione e, di conseguenza, non è possibile pronunciare l'addebito in caso di violazione dell'obbligo di fedeltà. Così Enrico Quadri, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: osservazioni (solo) a futura memoria?* in *Giustiziacivile.com*, pp. 5-6, pubblicato il 1 aprile 2016. Secondo altra parte della dottrina, invece, l'obbligo di fedeltà può essere ricondotto all'interno dell'"obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale" previsto dall'art. 1, c. 11, legge 76/2016. A tale proposito si veda Geremia Casaburi, *Il nome della rosa* cit.; Riccardo Campione, *L'unione civile tra la disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti* cit., pp. 13-17.

[19] Guido Lagomarsino, *L'esclusione della fedeltà coniugale prima e dopo la riforma del diritto di famiglia, con riferimento all'esclusione canonica della fedeltà nel ns ordinamento*, in *Il diritto delle persone e della famiglia*, 2015, par. 2.

[20] Con s. n. 126/1968 la Corte Cost. ha dichiarato l'incostituzionalità dei commi 1 e 2, art. 559, c. p. perché contrari agli artt. 3 e 29 Cost.: "La legge, non attribuendo alcuna rilevanza all'adulterio del marito e punendo invece quello della moglie, pone in stato di inferiorità quest'ultima, la quale viene lesa nella sua dignità, è costretta a sopportare l'infedeltà e l'ingiuria, e non ha alcuna tutela in sede penale". Con s. n. 147/1969 la Consulta ha dichiarato incostituzionali i commi 3 e 4, art. 559, c. p. e l'art. 560 c. p. perché contrari agli artt. 3 e 29 Cost.

mente stabilito in termini legali: deriva pertanto da un'interpretazione socialmente orientata, influenzata dal trascorrere del tempo e dall'evoluzione dei costumi.

In un primo momento, che orientativamente corrisponde al periodo precedente alla riforma del diritto di famiglia[21], l'obbligo di fedeltà era comunemente inteso in senso restrittivo[22], ossia veniva per lo più identificato con il dovere di astenersi dall'intrattenere rapporti sessuali con persone diverse dal coniuge[23]. Con il tempo, il senso del matrimonio è però iniziato a cambiare e l'aspetto contrattualistico, basato sul binomio diritti-doveri reciproci, ha cominciato a perdere rilievo a favore di una maggiore attenzione verso i sentimenti di affetto, fiducia e amore che legano o, almeno, dovrebbero legare i coniugi[24]. Conseguentemente si avverte anche un progressivo cambiamento del concetto di fedeltà, che non resta più circoscritto alla sola sfera delle relazioni sessuali, ma si estende alla esclusività del legame affettivo inteso in senso anche spirituale, consistente nel mantenimento di un perdurante rapporto di reciproca fiducia che lega chi ha scelto di costituire la relazione matrimoniale[25].

La decisione di espungere l'obbligo di fedeltà nel caso delle unioni civili,differenziandole così dal matrimonio, ha diviso dottrina e opinione pub-

---

[21] L. 19 maggio 1975, n. 151, *Riforma del diritto di famiglia*.

[22] Guido Lagomarsino, *L'esclusione della fedeltà coniugale*, cit., par. 3: "Dalla menzionata pronunzia traspare una concezione riduttiva della fedeltà, quale dovere di astenersi da rapporti sessuali con persona diversa dal coniuge, con deducibilità di un diritto-dovere identificabile nella disponibilità fisica di un coniuge nei confronti dell'altro".

[23] Si veda Corte costituzionale, s. n. 99/1974.

[24] Il mutamento, a livello sociale, del concetto di famiglia e la riconosciuta uguaglianza della moglie rispetto al marito hanno reso necessaria la riforma del diritto di famiglia, attuata con l. 19 maggio 1975, n. 151.

[25] Anche la giurisprudenza fa riferimento a un concetto di fedeltà in senso ampio. Con s. n. 1045/1976 la Cassazione ha affermato che l'obbligo di fedeltà non si concretizza solo nell'astensione da rapporti sessuali con terzi ma, "ancor prima, in senso positivo, quale dedizione fisica e spirituale tra i coniugi e come impegno di fiducia e lealtà reciproca mirante alla salvaguardia e al consolidamento della comunione materiale e spirituale dei coniugi stessi". Rilevante sull'argomento è anche Cass., s. n. 9287/97: "il dovere di fedeltà, collocato dall'articolo 143 c.c. tra gli obblighi nascenti dal matrimonio, consiste nell'impegno, ricadente su ciascun coniuge, di non tradire la fiducia reciproca, ovvero di non tradire il rapporto di dedizione fisica e spirituale tra i coniugi che dura quanto dura il matrimonio e non deve essere inteso soltanto come astensione da relazioni sessuali extraconiugali". Per quanto riguarda le Corti di merito, si veda Trib. di Milano, 24 ottobre 2001 - 4 giugno 2002, che ha ribadito come l'obbligo di fedeltà corrisponda al "dovere di lealtà verso l'altro coniuge e anche (alla) capacità di sacrificare gli interessi e le scelte individuali che si rivelino in contrasto con gli impegni e le prospettive della vita in comune". Analogamente, Trib. di Bari, 13 luglio 2007. Anche la dottrina condivide questa nuova concezione di fedeltà: così Francesco Scardulla, *La separazione personale dei coniugi e il divorzio*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 51; Gabriella Contiero, *I doveri coniugali e la loro violazione. L'addebito e il risarcimento del danno*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 15-16.

blica. Secondo alcuni, è stata frutto di una precisa scelta politica[26]; altri affermano che si tratti di una conferma del pregiudizio che attribuisce alle coppie omosessuali un'ambiguità connessa alla loro presunta "promiscuità", che le renderebbe socialmente meno degne di contrarre matrimonio[27]. Altri ancora ritengono che la mancanza dell'obbligo renda la l. 76/2016 "non solo incostituzionale, ma anche irrazionale[28]". Non manca chi ha sostenuto che l'assenza esplicita di questo obbligo sia dovuta al fatto che esso è implicitamente ricompreso nell'"obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale[29]" previsto dall'art.1, c. 11, legge 76/2016[30].

A differenza di quanto previsto dall'art. 143 c.c. per i coniugi, la nuova legge non fa rifermento, per gli uniti civilmente, all'obbligo di collaborazione nell'interesse della famiglia. Siccome l'obbligo in questione riguarda il dovere di "attivarsi per far fronte a tutte le necessità del gruppo familiare (figli compresi)[31]", la sua assenza costituisce un ulteriore elemento di differenza fra "unioni civili" e "matrimonio" connesso alla dimensione "familiare naturale".

Secondo parte della dottrina, l'obbligo di collaborazione nell'interesse della famiglia è stato previsto per i coniugi ma non per gli uniti civilmente perché le parti di un'unione civile non sono geneticamente predisposte alla procreazione, mentre il matrimonio ha (anche) una finalità riproduttiva[32]. Questa critica, che pure coglie il segno di una naturalità connessa alla dimensione biologica, omette di dare la giusta importanza al dato concreto, che vede la

---

[26] Così, ad esempio, si esprimono le associazioni Lgbt. Si veda anche Geremia Casaburi, *Il nome della rosa* cit.

[27] Così, ancora, le associazioni Lgtb; si veda anche Francesca Dell'Anna Misurale, *Unioni civili tra diritto e pregiudizio*, cit.

[28] Mario Mauro, Senatore della XVII Legislatura per il gruppo parlamentare *Per l'Italia*.

[29] Secondo Francesco Ruscello, *Diritti e doveri nascenti dal matrimonio* in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Paolo Zatti, I, 1, Giuffrè, Milano, 2011, p. 752, con l'obbligo di assistenza morale e materiale si intende "l'obbligo di attenzione ai bisogni dell'altro coniuge e rispetto della sua persona." Si veda anche Valeria Cianciolo, *Unioni civili e Convivenze*, *guida commentata alla legge 20 maggio 2016, n. 76*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 32: "Per 'assistenza' si devono intendere i comportamenti diretti alla soddisfazione degli interessi dell'altro coniuge e inerenti il rapporto coniugale".

[30] Così, ad esempio, si esprimono le associazioni Lgbt. Vedi Geremia Casaburi, *Il nome della rosa* cit.; Riccardo Campione, *L'unione civile tra la disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti* cit., pp. 13 - 17.

[31] Paolo Cendon, *Commentario al codice civile*, artt. 143-201 bis, *Diritti e doveri fra coniugi, Scioglimento del matrimonio, Separazione personale, Rapporti patrimoniali*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 42.

[32] Come sostiene Francesca Biondi, *Famiglia e matrimonio cit*., p. 10-12 e come già evidenziato, "oggi la filiazione è spesso slegata dal contesto matrimoniale" in quanto non importa essere sposati per generare figli: basti pensare alle coppie di fatto o alla possibilità di "concepire anche senza la collaborazione attiva del partner", ad esempio rivolgendosi a una banca del seme.

presenza di molte coppie unite in matrimonio senza figli. Tale elemento dovrebbe far sorgere qualche dubbio sull'assolutizzazione della procreazione come elemento costitutivo della relazione matrimoniale. Le coppie sposate non sono obbligate ad avere figli: infatti, se è vero che il matrimonio dovrebbe aprire alla procreazione, è anche vero che quest'ultima non è necessaria; ed è altrettanto vero anche l'inverso, nel senso che la procreazione è naturale anche fuori dal matrimonio. Del resto non può escludersi che l'unione di due persone, etero o omosessuali, costituisca già di per sé un nucleo familiare, indipendentemente dalla presenza o meno di figli: lo stesso art. 1, c. 12, legge 76/2016 prevede che le parti di un'unione civile concordino, tra loro, l'indirizzo della "vita familiare".

Alle unioni civili non si applica la disciplina della separazione personale dei coniugi: più precisamente, non si applicano né la disciplina della separazione giudiziale *ex* art. 151 c. c., né quella consensuale *ex* art. 158 c. c[33]: per sciogliere un'unione civile è sufficiente la manifestazione di volontà delle parti, anche disgiuntamente[34], dinanzi all'ufficiale dello stato civile (art. 1, c. 24, legge 76/2016).

Il legislatore non indica espressamente la ragione per cui lo scioglimento dell'unione civile e quello del matrimonio siano disciplinati in modo diverso. Eppure, l'aver previsto che la semplice manifestazione della volontà delle parti, anche disgiunta, sia sufficiente a porre fine a un'unione civile e che il tempo richiesto per proporne domanda di scioglimento sia minore rispetto a quello stabilito per la domanda di scioglimento del matrimonio[35] pare proprio basarsi sul presupposto (*rectius* pregiudizio) che l'unione civile sia meno solida e

---

[33] Il testo del ddl S. 2081 (versione emendata del c.d. ddl Cirinnà), invece, rinviava, in modo generico, alle norme in materia di separazione personale dei coniugi.

[34] Luigi Balestra, *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it*., 2016, p. 1787: "Il legislatore, nel contesto delle unioni civili, ha affiancato dunque al tradizionale procedimento contemplato per addivenire allo scioglimento del matrimonio – l'ormai anacronistico doppio binario (separazione, vista la scarsa incidenza pratica delle altre cause di scioglimento del matrimonio, e successivo divorzio) – un meccanismo risolutore che fa perno sulla volontà unilaterale. Si tratta di una presa d'atto di come, nella sostanza, al fine di pervenire allo scioglimento dell'unione sia sufficiente – e ciò indipendentemente dal contesto, matrimoniale o non – il disimpegno di uno soltanto dei partner".

[35] La domanda di scioglimento dell'unione civile dovrà essere proposta decorsi tre mesi dalla data della manifestazione di volontà di scioglimento della stessa (art. 1, c. 24, legge 76/2016). Cfr. Alessandra Mei, *Le unioni civili tra persone dello stesso sesso*, cit., p. 12. Il coniuge, invece, può proporre domanda di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio anche nel caso in cui la separazioni si sia protratta ininterrottamente da almeno dodici mesi dall'avvenuta comparizione dei coniugi innanzi al presidente del tribunale nella procedura di separazione personale e da sei mesi nel caso di separazione consensuale (art. 3, c. 2, lett. b, legge 898/1970 così modificata dalla legge 55/2015).

impegnativa del vincolo coniugale[36].

Senza insistere sull'analisi delle motivazioni sottese a una tale scelta, sembra utile soffermarsi a considerarne le conseguenze pratiche. La violazione dei doveri matrimoniali da parte di un coniuge, che risulti causa dell'impossibilità della prosecuzione della convivenza, può determinare l'addebito della separazione a carico del coniuge fedifrago (art. 151 c. c.)[37] e dare luogo al risarcimento del danno endofamiliare[38]. Pertanto, il coniuge nei cui confronti non siano stati rispettati gli obblighi coniugali potrà richiedere sia l'addebito della separazione, sia il risarcimento del danno endofamiliare *ex* art. 2043 c.c. Al contrario, l'unito civilmente che lamenti una violazione degli obblighi derivanti dall'unione civile tale da determinarne la crisi, non potrà chiedere l'addebito ma solo il risarcimento del danno, trovandosi in una posizione svantaggiata rispetto al coniuge cui sia stato leso il diritto a una serena e rispettosa unione.

A ben vedere, le differenze evidenziate tra il regime giuridico del matrimonio e quello delle unioni civili appaiono del tutto immotivate. Se, infatti, il fine ultimo dei due istituti consiste nel conferire stabilità a una relazione affettiva, non risulta comprensibile una diversità di trattamento. L'obbligo di fedeltà può essere ritenuto imprescindibilmente connaturato all'essenza di una relazione stabile, basata sulla dedizione e sulla fiducia reciproca ma, allora, dovrà essere previsto sia per l'istituto del matrimonio che per quello delle unioni civili. Allo stesso modo, anche i rimedi giuridici stabiliti in caso di una sua violazione dovranno essere gli stessi, sia che si propenda per l'istituto della separazione e dell'addebito, sia che si preferisca una modalità di scioglimento del vincolo affettivo più rapida e semplice e sfornita dell'addebito. Al contrario, l'obbligo di fedeltà potrà essere considerato un inutile anacronismo, ma allora lo sarà sia per le unioni civili che per il matrimonio. Conseguentemente ai coniugi non sarà più richiesto il rispetto di tale obbligo, ma neppure sarà più possibile proporre domanda di separazione coniugale con eventuale addebito, né quella di risarcimento del danno in caso di una sua violazione.

---

[36] Si veda Marilena Gorgoni, *Unioni civili e convivenze di fatto. L. 20 maggio 2016, n. 76*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 99. Geremia Casaburi, *Il nome della rosa*, cit., pp. 15-16, invece, ritiene che l'aver previsto termini più brevi per giungere allo scioglimento di un'unione civile rispetto a quelli richiesti per lo scioglimento del matrimonio vada, in pratica, a vantaggio degli uniti civilmente.

[37] Secondo Cass., s. n. 8862/2012, è indispensabile, inoltre, che la violazione degli obblighi coniugali sia cosciente e volontaria. In maniera concorde, Cass., s. n. 8873/2012; Cass., s. n. 21245/2010.

[38] Con danno endofamiliare si intende la lesione della dignità e della personalità commessa da un componente della famiglia nei confronti di un altro componente. Cfr. Cass., s. n. 9801/2005: "il rispetto della dignità e della personalità, nella sua interezza, di ogni componente del nucleo familiare assume il connotato di un diritto inviolabile, la cui lesione da parte di altro componente della famiglia costituisce il presupposto logico della responsabilità civile".

4. *Sulle differenze tra matrimonio e unioni civili. L'adozione legittimante e l'adozione in casi particolari*

Un'altra differenza tra l'istituto delle unioni civili e quello del matrimonio riguarda l'adozione legittimante, ammessa per i coniugi[39] ma non per gli uniti civilmente, atteso il silenzio della l. 76/2016 che non prevede nemmeno l'istituto dell'adozione in casi particolari[40]. La questione tocca ancora una volta la sensibilità politica connessa alla equiparazione delle unioni civili con il matrimonio, come dimostra l'analisi degli atti parlamentari che ne tenevano in origine conto nella forma della c.d. *stepchild adoption*[41].

Il dibattito parlamentare in relazione alla *stepchild adoption* è stato molto amplificato anche da un'opinione pubblica divisa in funzione di una molteplicità di aspetti collegati a questa ipotesi, ritenuta da alcuni un modo per incentivare la pratica dell'utero in affitto[42] o della fecondazione eterologa[43], entrambe proibite dall'ordinamento giuridico italiano[44]. Dati i forti contrasti sul punto, la disposizione è stata espunta in sede di approvazione al Senato del

---

[39] L'adozione, disciplinata dalla l. 184/1984, modificata dalla l. 173/2015, è consentita a coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni. Tra i coniugi non deve sussistere e non deve aver avuto luogo negli ultimi tre anni separazione personale neppure di fatto. Il periodo dei tre anni può essere raggiunto computando anche un eventuale periodo di convivenza prematrimoniale *more uxorio* (cfr. art. 6, c. 1 e c. 4, legge 184/1984).

[40] L'art. 44, c. 1, legge 184/1983 disciplina l'adozione in casi particolari per il matrimonio. "I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al c. 1 dell'art. 7:
a) da persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, quando il minore sia orfano di padre e di madre;
b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge (*stepchild adoption*);
c) quando il minore si trovi nelle condizioni indicate dall'articolo 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e sia orfano di padre e di madre;
d) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo".

[41] Cfr. ddl 2081 sulle unioni civili, presentato in Senato il 6 ottobre 2015 dalla Senatrice Monica Cirinnà. Con il termine *stepchild adoption* si intende l'istituto giuridico che consente a un membro di una coppia di essere riconosciuto come genitore del figlio, biologico o adottivo, del compagno. L'art. 5 del ddl 2081 recitava: "All'articolo 44, comma 1, lettera b), della legge 4 maggio 1983, n. 184, dopo la parola: 'coniuge' sono inserite le seguenti: 'o dalla parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso' e dopo le parole: 'e dell'altro coniuge' sono aggiunte le seguenti: 'o dell'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso'."

[42] L. 40/2004. *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*. Si veda anche Cass., s. n. 24001/2014.

[43] L. 40/2004. *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*.

[44] I politici contrari all'introduzione della *stepchild adoption* sono stati soprattutto i parlamentari di Area Popolare (UdC e NCD), ma anche alcuni di Scelta Civica e del M5S, una parte dei parlamentari di Forza Italia e quelli della Lega Nord. Un gruppo di parlamentari cattolici del PD ha presentato un emendamento al ddl 2081 per sostituire la *stepchild adoption* con l'istituto dell'affido.

ddl[45]; tuttavia successivamente, anche in assenza di una disciplina generale, la giurisprudenza nella sostanza si è dimostrata favorevole al riconoscimento della *stepchild adoption* per le coppie omosessuali. L'assenza di tale istituto per gli uniti civilmente non modifica la situazione di fatto: il figlio continua a rimanere nel nucleo familiare formato dal genitore biologico e da quello sociale, anche se non viene riconosciuto il legame creatosi con quest'ultimo né la tutela che ne consegue[46].

Problema altrettanto delicato riguarda il divieto di adozione legittimante per gli uniti civilmente. La questione non è stata nemmeno presa in considerazione durante la stesura della l. 76/2016, probabilmente per non porsi in contrasto con una concezione diffusa secondo la quale un bambino non potrebbe crescere sano e felice in una famiglia omosessuale. A ben vedere, anche in questo caso la prospettiva in cui la questione è stata analizzata non appare del tutto conforme al dato giuridico, perché il diritto all'adozione va inteso in capo agli adottati e non agli adottandi e quindi la coppia omosessuale non dovrebbe subire discriminazioni. Come recita lo stesso titolo della legge[47], è qui in gioco il diritto del minore a crescere in una famiglia che lo ami e si prenda cura di lui. Partendo da questo principio, alcuni Stati[48] hanno previsto l'adozione per le coppie dello stesso sesso perché la capacità o meno di essere un buon genitore non è ontologicamente collegata all'orientamento sessuale.

---

[45] La giurisprudenza, però, sulla base di un orientamento consolidato e confermato dalla stessa Cassazione, è riuscita ad applicare la *stepchild adoption* anche alle unioni civili per mezzo del combinato disposto degli artt. 1, c. 20, legge 76/2016 e 44, c. 1, lett. d, legge 184/1983. Cfr. Cass., s. n. 12962/2016; Corte d'Appello di Milano, s. 9 febbraio 2017; Tribunale min. Bologna, s. 8 giugno 2017; Trib. min. Firenze, ord. 7 marzo 2017 che ha ordinato la trascrizione di un provvedimento straniero con il quale era stata disposta l'adozione di due fratelli residenti nel Regno Unito da parte di una coppia di uomini, cittadini italiani e residenti anch'essi da tempo nel Regno Unito.

[46] Il 29 marzo 2016 è stato presentato in Senato il ddl 2301 intitolato "Norme per l'adozione coparentale". Come afferma lo stesso proponente Luigi Manconi, Senatore del Partito Democratico, nella relazione al ddl, "salva la possibilità di una più ampia revisione della normativa sulle adozioni, con questo disegno di legge si propone la piena parificazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso alle coppie unite in matrimonio in punto di adozione coparentale, attraverso l'approvazione di un unico articolo che riprende testualmente quanto già previsto dall'articolo 5 del disegno di legge 2081, a prima firma della Senatrice Cirinnà". Sul testo, assegnato in Commissione Giustizia il 17 maggio 2016, non è ancora stato avviato l'esame.

[47] L. 184/1983, *Diritto del minore a una famiglia*.

[48] L'adozione di minori da parte di coppie omosessuali è ammessa nei seguenti Stati: Regno Unito, Spagna, Francia, Germania, Belgio, Paesi Bassi, Lussemburgo, Svezia, Norvegia, Danimarca, Austria, Islanda, Stati Uniti d'America, Canada, Argentina, Brasile, Uruguay, Sudafrica, Finlandia, Andorra, Colombia, Irlanda, Malta, Portogallo e Nuova Zelanda. L'adozione da parte di coppie dello stesso sesso è inoltre legale in alcune giurisdizioni del Messico e dell'Australia.

5. *Sulle differenze tra matrimonio e unioni civili. Il regime giuridico del cognome, l'età, l'inconsumazione*

In base all'art. 84 c.c. il minore di età non può contrarre matrimonio, salvo il caso in cui abbia compiuto sedici anni, esistano gravi motivi[49], venga accertata dal giudice la sua maturità psico - fisica e la fondatezza delle ragioni addotte (art. 38 disp. att. c.c.). Le unioni civili, invece, possono essere contratte solo da persone dello stesso sesso che siano maggiorenni (art. 1, c. 2, legge 76/2016).

Ancora: marito e moglie non possono scegliere un cognome comune tra i loro, né il marito può aggiungere al proprio quello della moglie[50]: è la moglie che aggiunge al proprio cognome quello del marito e lo conserva durante lo stato vedovile fino a che passi a nuove nozze (art. 143 bis c. c.). Le parti dell'unione civile, invece, possono stabilire di assumere, per la durata dell'unione, un cognome comune scegliendo tra i loro (art. 1, c. 10, legge 76/2016).

Infine l'inconsumazione[51] è prevista come causa autonoma di divorzio per i coniugi ma non per gli uniti civilmente. Come evidenzia Simone Baldetti, questa causa di divorzio è "un'eredità canonistica". Infatti, inizialmente il matrimonio civile poteva sciogliersi solo in caso di morte di uno dei coniugi mentre quello canonico anche per inconsumazione[52]. Con l'introduzione della l. 898/1970 l'ordinamento giuridico italiano ha mutuato da quello canonistico questa particolare forma di divorzio. La l. 76/2016, invece, non ha risentito dell'influsso canonistico[53] per l'ovvio motivo che requisito indispensabile per il matrimonio canonico è la diversità di sesso dei nubendi.

---

[49] Un grave motivo che giustifica la deroga al generale divieto del matrimonio del minore è lo stato di gravidanza: si veda Trib. min. Genova, s. 8 aprile 1981 e Trib. min. Napoli, s. 5 giugno1995 che fanno riferimento allo stato di gravidanza della minore accompagnato dalla maturità psico-fisica. Forse il riferimento implicito allo stato di gravidanza può aver spinto il legislatore a prevedere una diversa normativa sull'età minima richiesta per contrarre un matrimonio o un'unione civile.

[50] Maria Cristina De Cicco, *"La normativa" sul cognome e l'uguaglianza tra genitori*, in *Rass. dir. civ*., 1985, p. 968, ha sollevato questione di legittimità costituzionale tra l'art. 143 bis c.c. per contrasto con gli artt. 3 e 29 della Costituzione in quanto tale articolo attribuirebbe una posizione di ingiustificato privilegio al marito. Per un'analisi della posizione della Corte Costituzionale al riguardo e delle problematiche collegate all'attribuzione del cognome alla prole, si veda Riccardo Campione, *L'unione civile tra la disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti* cit., pp. 13-17; Paolo Cendon, *Commentario al Codice Civile*, cit., pp. 93-102.

[51] L'art. 3, c. 2, lett. f, legge 898/1970 stabilisce che lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio possa essere domandato da uno dei coniugi quando il matrimonio non sia stato consumato.

[52] Oltre che per privilegio paolino e petrino.

[53] Per approfondire l'argomento si veda Simone Baldetti, *La legge sulle unioni civili nel quadro del diritto matrimoniale italiano, tra secolarizzazione ed eredità canonistiche*, in Antonio Fuccillo (a cura di), *Le proiezioni civili delle religioni tra libertà e bilateralità. Modelli di disciplina giuridica*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017, pp. 192-193.

6. *Matrimonio e unioni civili: il punto di vista della giurisprudenza*

Ancor prima dell'entrata in vigore della l. 76/2016, la giurisprudenza è stata chiamata a pronunciarsi sulla natura e sui requisiti fondamentali del matrimonio.

Con s. n. 138/2010, la Corte Costituzionale[54] analizza l'art. 29 Cost. e sottolinea che il Costituente, definendo la famiglia (fondata sul matrimonio) come "società naturale", vuole evidenziarne i diritti originari e preesistenti allo Stato che l'ordinamento giuridico deve riconoscere[55]. La famiglia ha natura giusnaturalistica[56], seppure il concetto di matrimonio e famiglia non possano ritenersi "cristallizzati" all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore perché dotati della "duttilità propria dei principi costituzionali" e, dunque, devono essere interpretati tenendo conto delle trasformazioni dell'ordinamento giuridico, dell'evoluzione della società e dei costumi. Pertanto la Corte Costituzionale dà al matrimonio un'interpretazione intermedia tra quella giusnaturalistica e quella storica[57].

Esiste, però, un nucleo duro della norma che non può essere modificato "in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata[58]". Elemento essenziale e imprescindibile di questo nucleo è la diversità di sesso dei coniugi, così come la si può desumere dal c.c. del 1942[59] e dal suo significato tradizionale. Non è quindi possibile

---

[54] Prima della sentenza della Corte Cost. 138/2010, la giurisprudenza si era occupata raramente della diversità del sesso dei nubendi come requisito indispensabile per il matrimonio. Sull'argomento si veda Cass., s. n. 7877/2000 che ha ritenuto la diversità di sesso dei coniugi un requisito indispensabile per l'esistenza del matrimonio.

[55] Corte Cost., s. n. 138/2010, pronuncia storica sull'argomento. Per un'analisi della sentenza, cfr. Francesca Biondi, *Famiglia e matrimonio*, cit., pp. 26-30.

[56] Roberto Bin, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, cit., p. 1066 ss.

[57] Fabrizio Mastromartino, *Il giudicato costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso: quale discrezionalità per il legislatore italiano?*, in *Diritto e Questioni pubbliche*, vol. 15, n. 1, 2015, p. 132.

[58] Fabrizio Mastromartino, *Il giudicato costituzionale* cit., pp. 132-133. Per l'orientamento giusnaturalista "l'espressione 'società naturale' equivale alla formula 'società di diritto naturale', la quale evoca una società, la famiglia, i cui componenti sarebbero titolari di diritti naturali, come tali inviolabili. La famiglia, così intesa, si presenta come un soggetto astorico, immutabile, sottratto alla potestà dello Stato, poiché rispetto a questo preesistente e precostituito, e indifferente alle trasformazioni sociali e culturali". Secondo l'orientamento storicista, invece, "la dimensione naturale della famiglia – ciò che fa di essa appunto una società naturale – risiede nel fatto che la sua costituzione risponde a un'esigenza connaturata all'essere umano, un bisogno primario e insopprimibile, vincolato all'espressione della sua spontanea socialità, che lo Stato è tenuto a proteggere. Sicché la famiglia, così intesa, si presenta come una realtà aperta alle dinamiche sociali; non già unica e assoluta, bensì plurale e relativa, venendo ad assumere la forma dei modelli che si realizzano in un dato momento storico".

[59] In realtà, sulla base del principio della gerarchia delle fonti, è il codice civile a dover essere inter-

un'interpretazione differente del concetto di matrimonio perché ciò "non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere a un'interpretazione creativa[60]".

Altro elemento che sottolinea la diversità tra unione omosessuale e matrimonio è, secondo la Corte, la potenziale finalità procreativa di quest'ultimo che manca, per sua natura, nella coppia omosessuale[61].

A riprova della necessità della differenza di sesso tra i nubendi vi è anche l'art. 29, c. 2, Cost. che, "affermando il principio dell'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ebbe riguardo proprio alla posizione della donna cui intendeva attribuire pari dignità e diritti nel rapporto coniugale[62]".

In seguito la Cassazione, con s. n. 4184/2012 e, di nuovo, la Corte Costituzionale, con s. n. 170/2014, hanno ribadito quanto affermato precedentemente dalla Consulta: nel nostro ordinamento giuridico la diversità di sesso dei nubendi è un requisito minimo indispensabile del matrimonio[63].

7. *La tradizione e l'amore*

La legge sulle unioni civili riproduce, nella sostanza, il regime giuridico previsto per il matrimonio pur mantenendo alcune differenze, come a voler evidenziare che le unioni civili sono "quasi" come il matrimonio, ma "non proprio". Questo perché *tradizionalmente*[64] il matrimonio è considerato l'u-

---

pretato alla luce della Costituzione e non il contrario.

[60] Corte Cost., s. n. 138/2010. Si veda anche Andrea Pugiotto, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010*, cit., p. 9.

[61] Roberto Romboli, *La sentenza 138/2010 della Corte Costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in *Rivista AIC (associazione italiana dei costituzionalisti)*, n. 3, 2011, p. 10, pubblicato il 12 luglio 2011.

[62] Corte Cost., s. n. 138/2010.

[63] Da notare che la giurisprudenza delle Corti internazionali non ha mai imposto di estendere l'istituto matrimoniale alle persone di sesso uguale. Sul punto si veda Angioletta Sperti, *Omosessualità e diritti, I percorsi giurisprudenziali e il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa University Press, Pisa, 2013, Cap. I.

[64] Sulla base di quanto argomentato da Patrick Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo, La sostenibilità della differenza*, Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 29-32; 42-43; 87-92, la tradizione, intesa come insieme di valori o comportamenti sedimentati nel tempo e che costituiscono una società, per essere tale necessita di tre elementi: il protrarsi nel tempo, la continuità storica e la capacità persuasiva. Per quanto riguarda la giurisprudenza, la stessa Corte Cost., nella s. n. 138/2010, richiama il concetto di tradizione: "Si deve ribadire, dunque, che la norma non prese in considerazione le unioni omosessuali, bensì intese riferirsi al matrimonio nel *significato tradizionale* di detto istituto". Il Tribunale di Venezia, con ord. 3 aprile 2009, fa riferimento a una "consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio come unione di un uomo con una donna". Più oltre precisa: "la necessaria eterosessualità dello stesso nascerebbe da una *tradizione* interpretativa, sorta in un contesto sociale del tutto diverso dall'attuale e tramandata

nione di un uomo e di una donna ed ha, per sua natura, finalità procreativa[65].

È innegabile che la tradizione giuridica occidentale[66] sia stata influenzata dal cristianesimo e che l'istituto del matrimonio non ne sia rimasto esente. La religione cristiana ha da sempre ritenuto elemento imprescindibile per contrarre matrimonio la diversità di sesso dei nubendi in quanto solo la differenza di sesso permette la procreazione, fine ultimo dell'istituto matrimoniale[67]: alla luce della cultura e della tradizione cattolica, ritenere matrimonio un'unione di persone dello stesso sesso è ontologicamente impossibile[68]. L'ordinamento giuridico italiano, sulla base della tradizione cristiana, ha scelto di non riconoscere a persone dello stesso sesso il diritto di contrarre matrimonio, ma di garantire comunque a queste ultime la possibilità di costituire un'unione stabile e (potenzialmente) duratura dalla quale sorgono, in sostanza, gli stessi diritti e gli stessi obblighi che derivano dall'istituto matrimoniale[69].

La tradizione è un elemento indispensabile per la struttura dell'individuo[70], ma spesso viene utilizzata come espediente per rigettare istanze progressiste ed egualitarie senza dare adeguate motivazioni, ancorando la tutela giuridica a elementi morali, religiosi o storici. Eppure la tradizione non è un peso morto, ma qualcosa che vive, che trasporta il passato verso il presente e il futuro: limitarsi a ritenerla un semplice sinonimo di "radici", oltre che ridutti-

---

in modo tralaticio, anche per i riflessi della disciplina canonistica dell'istituto sul sistema civilistico".

[65] Si veda Francesco Dal Canto, *Matrimonio tra omosessuali e principi della costituzione italiana*, in *Foro it*., V, 2005, p. 275; Giovanni Giacobbe, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Materiali per una ricerca*, II ed., pp. 44-45. Cfr. anche Corte Cost., s. n. 138/2010.

[66] John Henry Merryman, *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 9: "Una tradizione giuridica, come lo stesso termine implica, non consiste in un insieme di norme giuridiche relative a istituti particolari, anche se in un certo senso l'apparato normativo è quasi sempre il riflesso della tradizione, ma si presenta piuttosto come un complesso di atteggiamenti profondamente radicati, storicamente condizionati sulla natura del diritto, sul ruolo del diritto nella società e nell'assetto politico, sull'organizzazione e il funzionamento di un sistema giuridico e sul modo in cui il diritto è o deve essere creato, applicato, studiato, perfezionato e insegnato. La tradizione giuridica collega il sistema giuridico alla cultura di cui essa è espressione parziale, lo immette in una prospettiva culturale".

[67] Can. 1055 - §1, Cic: "Il patto matrimoniale con cui l'uomo e la donna stabiliscono tra loro la comunità di tutta la vita, per sua natura ordinata al bene dei coniugi e alla generazione e educazione della prole, tra i battezzati è stato elevato da Cristo Signore alla dignità di sacramento".

[68] Per un'analisi delle relazioni fra religione, diritto e antropologia si veda Sergio Ferlito, *Le religioni, il giurista e l'antropologo*, cit., pp. 43-61. Sul rapporto tra diritto e religione nelle società multiculturali si veda anche Mario Ricca, *Dike meticcia. Rotte di diritto interculturale*, Rubbettino, Soveria Mannelli, pp. 32-38.

[69] Cfr. la più volte citata legge 20 maggio 2016, n. 76. Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze.

[70] Patrick Glenn, *Tradizioni giuridiche*, cit., p. 25: "La storia ci dice […] che tutti noi siamo parte di una o di più tradizioni".

vo, sarebbe un errore. Allo stesso modo, considerarla come verità apodittica, universalizzante e con una capacità persuasiva totalizzante porta alla nascita del fondamentalismo[71] che reprime ogni visione contraria, può incentivare l'affermarsi di pregiudizi e legittimare discipline giuridiche che ne risultino influenzate. Ad esempio, basandosi sul presupposto che il matrimonio ha *naturalmente* finalità riproduttive e, dunque, *per natura*, un bambino nasce da un uomo e da una donna, si ritiene comunemente che una coppia omosessuale non sia in grado di svolgere la funzione genitoriale. È probabile, quindi, che, sulla base di tale assunto, la l. 76/2016 non abbia previsto gli istituti dell'adozione legittimante e della *stepchild adoption* per gli uniti civilmente. Pertanto la tradizione può sì essere utilizzata per le proprie argomentazioni giuridiche, ma non può ritenersi vincolante perché non deve costituire un freno per la tutela dei diritti[72].

Se nell'antichità i matrimoni erano combinati dalle famiglie, servivano per creare alleanze e assicurare una discendenza, con il trascorrere del tempo hanno assunto sempre più importanza il consenso degli sposi e il loro legame d'amore[73] che è diventato elemento centrale del matrimonio con il Concilio Vaticano II[74].

Al di là del fatto che l'ordinamento giuridico e la società italiana non siano ancora pronti a riconoscere il matrimonio per le coppie omosessuali, il fondamento di entrambi gli istituti è e rimane l'amore, l'"amore romantico": un sentimento aperto alla reciprocità, fatto di intimità, di "dolci emozioni che caratterizzano la vita domestica[75]". Matrimonio e unioni civili appaiono istituti paralleli: due rotaie di un unico binario costituito dalla volontà di pubblicizzare un'unione fondata sull'affetto e sull'amore reciproco. È l'amore che

---

[71] *Ibid*., pp. 566-568.

[72] Si veda Angioletta Sperti, *Omosessualità e diritti*, cit., pp. 92-97.

[73] Sul tema si veda Daniela Lombardi, *Storia del Matrimonio. Dal Medioevo a oggi*, Il Mulino, Bologna, 2008.

[74] Sull'importanza del sentimento d'amore all'interno del matrimonio si sono pronunciati recentemente anche Papa Giovanni Paolo II e Papa Francesco: Papa Giovanni Paolo II, Esortazione apostolica *Familiariis Consortio*, 22 novembre 1981; Papa Francesco, Esortazione Apostolica postsinodale *Amoris Laetitia*, 8 aprile 2016;

[75] Rita Biancheri, *Legami di coppia e di affettività. Dall'amore romantico alla relazione pura*, in *SocietàMutamentoPolitica. Rivista italiana di sociologia*, 2, n. 4, 2011, pp. 119-124; Émile Durkheim, *Per una sociologia della famiglia*, a cura di Filippo Cittarrella, Roma, Armando Editore, 1999; George Simmel, *Sull'intimità*, a cura di Vittorio Cotesta, Armando Editore, Roma, 1996. Come evidenzia Giddens, però, l'amore romantico sta lasciando il posto all'amore convergente. "L'amore convergente è amore attivo, contingente e quindi non fa rima con i 'per sempre' e gli 'unico e solo' tipici del paradigma dell'amore romantico. La società 'separante e divorziante' di oggi diventa la conseguenza piuttosto che la causa della nascita dell'amore convergente": Anthony Giddens, *La trasformazione dell'intimità. Sessualità, amore ed erotismo nelle società moderne,* Il Mulino, Bologna, 1995, p. 72.

spinge due persone a costruire un futuro insieme, a supportarsi e sopportarsi giorno per giorno, indipendentemente dalle proprie inclinazioni sessuali. Eppure, sebbene il sentimento sia lo stesso, non è sufficiente per garantire a due persone dello stesso sesso il diritto di contrarre matrimonio: la diversità di sesso dei nubendi è talmente connaturata alla tradizionale immagine di matrimonio da prevalere sul comune sentimento d'amore. In pratica, si ritiene più importante ciò che differenzia i due istituti invece di ciò che li accomuna anche se la disciplina giuridica risulta sostanzialmente identica.

Ma se è vero che la tradizione deve servire per trasportare il passato nel presente e nel futuro e che non può limitarsi ad essere un elemento statico e avulso dalla realtà, potrebbe accadere che, con il trascorrere del tempo, il concetto *tradizionale* di matrimonio perda la sua forza persuasiva[76] grazie a un mutato conteso sociale e all'interrelazione con altri sistemi giuridici[77]. Occorre, quindi, spostare l'attenzione dalla tradizione millenaria che allontana i due istituti al legame affettivo che ne è la base comune. In altre parole, se la differenza di sesso non fosse più avvertita come ontologicamente connaturata all'istituto del matrimonio, rimarrebbe soltanto l'elemento comune ai due istituti: l'amore. In questo modo, l'accessibilità al matrimonio anche per le persone dello stesso sesso non sarebbe più preclusa. Amore e tradizione appaiono, in qualche maniera, elementi attraverso i quali leggere analogie e differenze giuridiche tra matrimonio e unioni civili: saranno in grado l'ordinamento giuridico e il sostrato sociale di prendere le distanze dalla tradizionale e potente immagine di matrimonio? Si tratta di riconoscere l'importanza dell'amore[78]: quel sentimento che, anche se "per il diritto non conta[79]", merita di essere tutelato in tutte le sue forme.

---

[76] Si veda Patrick Glenn, *Tradizioni giuridiche*, *cit*., cap. X.

[77] Si veda Angioletta Sperti, *Omosessualità e diritti*, cit., p. 184.

[78] Sull'importanza dell'amore nella società, Pierpaolo Donati, *L'amore come relazione sociale*, in *SocietàMutamentoPolitica*, *Rivista italiana di sociologia*, 2, n. 4, 2011, pp. 15-35.

[79] Pierluigi Consorti, *Diritto e religione*, cit., p. 125.

L'uso del kirpan: problematiche ad esso connesse ed eventuali soluzioni

Raffaella Losurdo

1. *Le incongruenze della sentenza n. 24084/2017*

La Corte di cassazione penale, con la pronuncia n. 24084 del 15 maggio 2017, ha respinto l'istanza di un indiano S*ikh*, condannato in primo grado al pagamento di un'ammenda di euro 2000 per il reato di cui all'art. 4, secondo comma, della legge n. 100/1975, il quale stabilisce che «non possono portarsi, senza giustificato motivo, fuori dalla propria abitazione o dalle appartenenze di essa, (…) qualsiasi altro strumento non considerato espressamente come arma da punta o da taglio, chiaramente utilizzabile, per le circostanze di tempo e di luogo, per l'offesa alla persona». L'imputato era in possesso di un coltello di 18,5 cm, che portava alla cintura e si rifiutava di consegnarlo alla polizia locale sostenendo che il pugnale rappresentasse un simbolo distintivo della propria identità religiosa, essendo egli un indiano *Sikh*; ma la Corte "non ritiene che il simbolismo legato al porto del coltello possa comunque costituire la discriminante posta dalla legge".

Il *kirpan* è una spada rituale portata solitamente in una custodia, ben legato, e generalmente indossata in vita o appesa ad una cintura. La sua dimensione varia da pochi centimetri al metro di lunghezza in occasione di feste religiose e cerimonie. Esso simboleggia per i *Sikh* l'obbligo al coraggio nelle dure battaglie che la vita presenta e rappresenta, quindi, un simbolo di lotta all'ingiustizia, uno strumento di difesa che deve essere usato esclusivamente per aiutare gli altri e mai in modo offensivo[1].

La Corte ha ritenuto che «la convivenza tra soggetti di etnia diversa richie-

[1] «The *kirpan* furthered this distinct appearance as it aligned and solidified the intangible moral obligation of Sikhs with the tangible concept of the *kirpan,* to become an instrument of compassion to be used to protect and safe-guard the dignity or honour of others. Sikhs view the Kirpan as a defensive tool that is used strictly to help others and not to be used in an offensive manner». Per saperne di più sul valore religioso del kirpan cfr. Sukhraaj Shergill, *The Kirpan: Justified Doctrine or Just a Dagger? When Religious Symbols Clash with Public Safety*, in *The Legal Studies Undergraduate Journal*, vol. 1, 2016, p. 33-45.

de necessariamente l'identificazione di un nucleo comune in cui immigrati e società di accoglienza si debbono riconoscere**.** Se l'integrazione non impone l'abbandono della cultura di origine, in consonanza con la previsione dell'art. 2 Cost. che valorizza il pluralismo sociale, il limite invalicabile è costituito dal rispetto dei diritti umani e della civiltà giuridica della società ospitante».

L'immigrato, dunque, avendo liberamente scelto di trasferirsi in un Paese occidentale aveva innanzitutto l'obbligo preventivo di verificarne la compatibilità con i propri comportamenti e valori atteso che, «nessun credo religioso può legittimare il porto in luogo pubblico di armi o di oggetti atti ad offendere». I giudici citano anche l'art. 9 della CEDU, il quale stabilisce che la libertà di manifestare la propria religione può incontrare delle restrizioni che rappresentano misure necessarie finalizzate a tutelare l'ordine pubblico, salute, morale pubblica, nonché diritti e libertà altrui.

La Cassazione, dunque, conformemente a quanto affermato dalla Corte costituzionale[2] e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo sul punto, sostiene che la tutela dell'ordine pubblico, e in particolare della sicurezza e della pacifica convivenza, beni giuridici di primaria importanza nella società contemporanea, non possa soccombere di fronte ad una non meglio specificata esigenza di condurre con sé uno strumento oggettivamente pericoloso.

Tale pronuncia segue un indirizzo giurisprudenziale recente della Corte di cassazione, cominciato con la sentenza n. 25163/2016, la quale esclude che la motivazione religiosa possa integrare il giustificato motivo *ex* comma 2 dell'art. 4 della L. n. 100/1975, ritenendo che le pratiche religiose devono necessariamente adeguarsi ai valori fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano, in relazione ai quali importanza primaria assumono la tutela della sicurezza pubblica e l'incolumità delle persone; stesso *iter* interpretativo viene seguito dalla immediatamente successiva sentenza n. 24739/2016[3].

Diversamente si era orientata la giurisprudenza maggioritaria, che si era occupata dell'uso del *kirpan* e aveva utilizzato il fattore culturale per escludere l'applicabilità della fattispecie penale di porto di armi od oggetti atti ad offendere.

Ad esempio, nel 2009 il Tribunale di Cremona[4] ha affermato che per i *Sikh* che indossano i pugnali tradizionali la ragione di culto è idonea a consentire di ritenere non perfezionata la condotta illecita sanzionata dall'art. 4 della legge

---

[2] Corte costituzionale, sentenza n. 63 /2016.

[3] Cfr. Giovanni Cavaggion, *Diritto alla libertà religiosa, pubblica sicurezza e "valori occidentali". Le implicazioni della sentenza della cassazione nel "caso kirpan" per il modello di integrazione italiano*, in *Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo,* 14 giugno 2017, p. 6.

[4] Trib. Cremona, 19 febbraio 2009.

110 del 1975. Con tale sentenza l'imputato veniva assolto perché il fatto non sussisteva e l'attenzione veniva focalizzata sul giustificato motivo: «il porto del coltello sequestrato, sebbene indubbiamente riguardi uno strumento astrattamente idoneo all'offesa alla persona, integrerebbe dunque la suddetta ipotesi di reato, non già sempre e comunque, ma soltanto qualora avvenisse senza giustificato motivo». In quella occasione il Tribunale di Cremona riconosceva il *kirpan* quale «segno distintivo di adesione ad una regola religiosa», nonché «peculiare modalità di espressione della fede religiosa».

Per questo motivo, la condotta del Sikh che indossa il pugnale tradizionale (tra l'altro non occultato, ma palesemente appeso al collo) esprime a parere del giudice «quella valenza intrinsecamente e coerentemente comunicativa dell'identità religiosa» e quindi rientra nell'ambito della tutela della libertà di fede religiosa.

Il Tribunale cremonese ha ritenuto che «il rango costituzionale assegnato dal nostro ordinamento giuridico alla libertà della confessione religiosa non consente di ritenere privo di "giustificato motivo" il porto di tale simbolico elemento ornamentale da parte del cittadino indiano», il quale per l'appunto invochi l'uso di esso,«fuori della propria abitazione, quale vincolata modalità di professare il proprio culto». L'irrilevanza penale della condotta in esame è stata oggetto anche delle pronunce emesse prima dal Tribunale di Modena[5] e poi da quello di Vicenza; quest'ultimo, in un decreto di archiviazione del 28 gennaio 2009, affermava che il *kirpan* non è un'arma bianca, non essendo un oggetto atto ad offendere in quanto su tale pugnale non è presente il filo di lama.

Nonostante la copiosa giurisprudenza riguardante l'uso del *kirpan*, la sentenza n. 24084/2017 ha particolarmente sollevato le critiche dell'opinione pubblica, non per la decisione presa dagli ermellini, ma per le argomentazioni poste a corollario della stessa. Non è discutibile il fatto che il legislatore abbia confermato il divieto di portare fuori casa un oggetto che, anche se considerato un importante simbolo religioso, nell'ordinamento italiano è considerato un'arma e quindi vietato; è doveroso che la giurisprudenza imponga il rispetto dell'ordinamento giuridico vigente anche se probabilmente sarebbe stato più giusto prestare maggiore attenzione alle esigenze spirituali di un gruppo minoritario[6]. Altrettanto condivisibile è l'argomento secondo il quale l'integrazione non impone l'abbandono della cultura d'origine, perché tale abbandono risulterebbe incompatibile con il principio pluralista contenuto nell'art. 2 della Cost.

---

[5] Cfr. Trib.di Modena, decreto del 9 agosto 2003.

[6] Cfr. Silvio Calzolari, *Kirpan: il sacro e la sicurezza. Lo stato laico vorrebbe stabilire quali sono i "valori" religiosi accettabili*, in *www.freedomofbelief.net*.

a. *I "valori occidentali"*

A queste lecite considerazioni si aggiungono altre piuttosto illogiche, prima tra tutte quella secondo la quale l'immigrato avrebbe l'obbligo «di conformare i propri valori a quelli del mondo occidentale, in cui ha liberamente scelto di inserirsi», che ha scatenato pesanti critiche da parte della dottrina, perché ritenuta ultronea, imprecisa e di scarsa rilevanza giuridica. A quali valori si riferisce la pronuncia? E per occidente quale Paese si intende esattamente? I valori sono innumerevoli, inclassificabili, indefiniti e non circoscrivibili ad un determinato territorio; non si può imporre ad appartenenti ad altre culture e religioni di adattarsi ai parametri occidentali che, per altro, non sono omogenei. Infatti, il riferimento ai valori del mondo occidentale rappresenta un elemento oltre che di difficile delimitazione territoriale e concettuale, anche privo di specifica rilevanza per il caso in questione dal momento che ci si poteva limitare all'interpretazione e applicazione del principio di legalità correlato al divieto di portare armi fuori dalla propria abitazione senza giustificato motivo[7].

Non è corretto, in un Paese in cui si parla di tutela del pluralismo, prescrivere agli immigrati di "conformarsi" alla cultura e ai valori del Paese che li ospita. Sostanzialmente si vorrebbe che gli appartenenti alla minoranza culturale condividessero i principi morali e gli elementi etici su cui si fonda la mentalità religiosa e culturale della maggioranza e, tale richiesta, somiglia molto ad una ingiusta imposizione che invade la sfera più intima dell'individuo e dimostra un atteggiamento poco attento alle esigenze religiose "dell'altro".

Credenze religiose e comportamenti dettati o ispirati da precetti religiosi sono solitamente considerati come immuni da critiche, per almeno due ragioni: innanzitutto le credenze religiose appaiono come "questione di fede" e, dunque, come qualcosa che non richiede di essere compreso, capito, ma semplicemente creduto e devono essere pertanto distanti e immuni da processi di razionalizzazione. Inoltre, dal momento che la questione religiosa riguarda ciò che vi è di più importante nella vita (ciò che dà un senso all'esistenza), esso ambisce a "sottomettere" qualsiasi altro elemento potenzialmente confliggente, come ad esempio il rispetto di obblighi giuridici. Pertanto, «la componente religiosa dell'identità si presenta come più stabile, più impermeabile e forse più aggressiva rispetto ad altri fattori costitutivi dell'identità. I valori

---

[7] Cfr. Annamaria Nico, *Ordine pubblico e libertà di religione in una società multiculturale. (Osservazioni a margine di una recente sentenza della Cassazione sul kirpan)*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 2/2017, 14 giugno 2017, p. 4.

religiosi sono considerati meno negoziabili (forse, non negoziabili affatto), e di conseguenza l'identità religiosa tende a colonizzare altri aspetti dell'identità personale». Naturalmente anche le religioni, come ogni altra componente culturale, sono dotate di dinamicità, soggette a cambiamento e a pluralità di opzioni interpretative al loro interno anche se, in molti casi, «in modo meno visibile rispetto ad altri sistemi sociali e culturali»[8].

Come già sostenuto, l'obbligo, da parte degli immigrati, a conformarsi ai valori del mondo occidentale, risulterebbe illogico perché tale obbligo non ha un supporto giuridico. Infatti, nonostante la Costituzione italiana, all'art. 54, preveda un vincolo di fedeltà ai principi fondamentali dell'ordinamento repubblicano, la fedeltà alla Repubblica è innanzitutto un dovere dei soli cittadini e poi non si pone, in qualunque caso, come un'imposizione. Altrettanto "aleatorio" è il richiamo ad una presunta «unicità del tessuto culturale e giuridico» del Paese che eleverebbe la sicurezza a valore supremo e intangibile; ma la suddetta "unicità" è solo presupposta, non dimostrata né promossa dal testo costituzionale che invece riconosce e garantisce agli artt. 5-6 e 8 le autonomie, le minoranze linguistiche e le confessioni religiose[9].

Pretendere che coloro che appartengono ad una minoranza culturale debbano condividere principi morali ed etici che sono alla base della mentalità della maggioranza ospitante, è un presupposto ingiusto e soprattutto lesivo dei diritti inviolabili che tutelano la sfera più intima dell'individuo. La sola cosa che si potrebbe chiedere al migrante è di conoscere e rispettare i principi fondamentali dell'ordinamento, senza però dover condividere i valori sui quali gli stessi sono fondati.

L'integrazione è un processo complesso e graduale; sarebbe tutto più semplice se i processi migratori potessero essere disciplinati secondo modelli prestabiliti e sulla base di "rotte interculturali" con effetti poco traumatici per le società ospitanti[10]. Ma la realtà è diversa, perché la nostra società si ingrandisce giorno per giorno con l'arrivo di nuovi individui e di nuove culture, che devono essere valorizzate ed incluse e non omologate. La gran parte dei migranti che approdano nel nostro Paese non conoscono i "valori di riferimento" né immaginano da cosa sia costituita "l'unicità del tessuto culturale e giuridico del nostro paese" e neanche può essere imposto loro di farlo, dal momento

---

[8] Giorgio Pino, *Libertà religiosa e società multiculturale*, in Tecla Mazzarese (a cura di), *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 165.

[9] Cfr. Alessandro Morelli, *Il pugnale del Sikh e il grande equivoco dei "valori occidentali"*, in *www.laCostituzione.info,* 17 maggio 2017.

[10] Cfr. Gianfranco Macrì., *Cosa minaccia la società pluralista? C'è ben altro oltre il kirpan*, in *www.laCostituzione.info*, 4 giugno 2017.

che provengono da contesti socio-culturali nei quali non vi sono né i mezzi né le condizioni per documentarsi sui principi posti alla base degli ordinamenti dei paesi ospitanti. Essi pensano piuttosto, a crearsi un futuro migliore o, nelle situazioni più complesse, a mettere in salvo la propria vita.

I "valori di riferimento" di cui parla la Corte sono difficilmente individuabili nell'ordinamento italiano, dal momento che persino la libertà di scelta della donna o la parità dei sessi non sono condivisi da tutta la società e importanti gruppi religiosi cristiani assumono atteggiamenti diversi su tematiche quali l'aborto, il divorzio, il ruolo della donna nella compagine familiare[11].

Un giudice dovrebbe applicare la legge senza in alcun modo valutare il grado di integrazione sociale degli stranieri e neppure può ergere limiti giurisprudenziali "invalicabili" all'esercizio dei diritti costituzionali. Egli può, ancora, desumere conseguenze giuridiche dalla legge, ma non «ipotizzare criteri interpretativi riferendoli alla "civiltà giuridica ospitante"»[12].

È un dato certo che se in Italia è vietato, secondo la legge, girare armati, nessuno può invocare un'eccezione in nome della propria religione; per cui la decisione della Cassazione, che ha condannando un indiano *Sikh* che voleva circolare con un coltello "sacro" secondo i precetti della sua religione, può ritenersi giusta[13]. Le perplessità, si ribadisce, sorgono piuttosto in merito innanzitutto al principio di far conformare gli immigrati ai nostri valori, dal momento che questa imposizione rappresenterebbe il primo passo verso l'assimilazione, nel senso che sarebbe finalizzata a rendere gli immigrati "uguali a noi", annullando differenze e identità. Il principio per risolvere i conflitti culturali non dovrebbe ispirarsi ad accogliere lo straniero e farlo diventare uguale a noi, ma accoglierlo consentendo al medesimo di rimanere sé stesso, ovvero di integrarsi, nel rispetto delle regole dell'ordinamento giuridico ospitante.

Inoltre, stupisce che tanta inflessibilità sia stata applicata ai *Sikh,* comunità che non si è mai distinta per particolari problemi di ordine pubblico o per tensioni interreligiose. I giudici riscoprono l'inflessibilità dei "valori occidentali"

---

[11] Cfr. Giovanni Cavaggion, *Diritto alla libertà religiosa*, cit, p. 10.

[12] Pierluigi Consorti., *Il kirpan e la Cassazione: maneggiare con cura*, in *www.unipi.it*, 17 maggio 2017.

[13] «La sentenza non ha fatto che ribadire un principio a dir poco ovvio. E cioè che tutti coloro che vivono sul territorio italiano sono tenuti a rispettare le leggi dello Stato italiano», concludendo che «è molto pericoloso mettere in discussione il principio di eguaglianza davanti alla legge, che è un portato di civiltà etica, politica e giuridica. Un principio che può essere osteggiato solo da fautori di ideologie oppressive o, al contrario, da una ingenua visione, incosciente e irresponsabile, degli abusi che sono commessi in nome della tolleranza multiculturale». In tal senso cfr. Ginevra Cerrina Feroni, *Se la legge vale per tutti (infibulazione addio)*, in *Corriere della Sera*, 17 maggio 2017.

contro un'usanza che è caratterizzata da una natura assolutamente nobile e virile, infatti il pugnale rituale fa di chi lo indossa un soldato dell'Armata di Dio per proteggere i deboli e i bisognosi. Criminalizzare, con motivazioni scarne e irrilevanti una tradizione non pericolosa e sacra per gli indiani *Sikh,* è ingiusto.

b. *Il giustificato motivo*

La Corte di cassazione tecnicamente, si sofferma a valutare se un simbolo religioso, con le caratteristiche di un'arma, si possa considerare un "giustificato motivo" e conclude con un giudizio negativo, nel senso che l'esercizio della libertà religiosa non costituisce un giustificato motivo al porto in pubblico di armi improprie. Le armi c.d. improprie sono quegli strumenti -che possono offendere, ovvero che hanno in sé una destinazione lecita, ma che si prestano ad essere utilizzati anche in modo improprio, per arrecare offesa- per i quali il divieto di porto in luogo pubblico opera esclusivamente in assenza di un giustificato motivo.

La condotta dell'agente, anche ove sia motivata da una prescrizione religiosa, è penalmente rilevante, perché rientra nel fatto tipico di reato di cui all'art. 4, secondo comma, della L. 110/1975.

La fattispecie di reato suscita non poche perplessità, perché applicata, in questo caso, senza che il porto dell'arma impropria si accompagni a un effettivo pericolo per la sicurezza pubblica. Ed inoltre, la disposizione vuole che il reato sia escluso se ricorre "giustificato motivo", concetto all'interno del quale non sarebbe stato errato annoverare l'esercizio del diritto di professare la propria fede religiosa mediante l'uso dei suoi simboli.

La Corte di cassazione sostiene che il "giustificato motivo" sussista solo in relazione a esigenze di utilizzo «corrispondenti a regole relazionali lecite rapportate alla natura dell'oggetto, alle modalità di verificazione del fatto, alle condizioni soggettive del portatore, ai luoghi dell'accadimento e alla normale funzione dell'oggetto»[14]. In tal senso, "il giustificato motivo" sarebbe riferito ad un qualunque utile impiego dell'oggetto, escluso quello improprio perché atto ad offendere. Pertanto, diversamente dalle armi che sono naturalmente destinate all'offesa, gli strumenti atti ad offendere hanno una destinazione puramente lecita, ma possono essere utilizzati anche per offendere. La legge, nel tentativo di impedire un utilizzo improprio e pericoloso

[14] Cassazione Pen., sez I, sent. n. 4498 del 14 gennaio 2008.

dell'oggetto, giustificherebbe qualsiasi impiego lecito dello stesso[15].

Secondo quanto su esposto, il porto del *kirpan* avrebbe potuto essere senza dubbio ricondotto alla nozione di "giustificato motivo" di cui al comma 2, art. 4, della L. 110/1975. Le esigenze dell'agente erano sicuramente lecite, dovendo egli esclusivamente osservare una prescrizione della propria religione e dovendo, quindi, manifestare il proprio credo religioso come garantito dall'art. 19 della Cost. La normale funzione del *kirpan* è, come noto, quella di arma ornamentale indossata dai Sikh come simbolo religioso e non come oggetto atto ad offendere, tanto che il porto del pugnale sacro è garantito in diversi Stati ed in India è persino "autorizzato" dalla Costituzione[16].

Sic stantibus, la Corte piuttosto che imporre ad una minoranza di uniformarsi ai valori della maggioranza, avrebbe dovuto sforzarsi di "giustificare" il porto del *kirpan* riconoscendo a quest'ultimo il valore religioso che esso riveste. Secondo quanto sostenuto in dottrina, nella società attuale, in quanto multiculturale, il *kirpan* dovrebbe acquistare una nuova valenza categoriale, ovvero gli aspetti simbolico-religiosi dovrebbero rivestirsi di maggiore salienza, facendo recedere quelli materialistico-difensivi/offensivi. Del resto, da un punto di vista prettamente pratico, «quasi nessuno dotato di senso della realtà penserebbe di difendersi dai malintenzionati, in una società dotata di pistole e altri diabolici marchingegni, grazie al suo "coltellino da passeggio"»[17].

La volontà dell'organo giudicante di tutelare la sicurezza pubblica è un dato certamente apprezzabile, ma la stessa si potrebbe ritenere lesa solo ove si presentasse un pericolo concreto per la pubblica incolumità; così non pare essere per il fedele *Sikh*, se si "contestualizza" l'uso che egli fa del *kirpan*. Infatti dalla condotta dello stesso traspare un utilizzo del pugnale sacro secondo una "normale" destinazione, senza alcuna finalità lesiva[18], ferma restando la contestualizzazione del fatto che non può prescindere dall'identità culturale dell'agente.

In conclusione, la Corte ha condannato il porto del *kirpan* in luogo pubbli-

---

[15] Cfr. Angelo Licastro, *Il motivo religioso non giustifica il porto fuori dell'abitazione del kirpan da parte del fedele Sikh (considerazioni in margine alle sentenze n. 24739 e n.25163 del 2016 della Cassazione penale)*, in *www.statoechiese.it*, 16 gennaio 2017, p. 11.

[16] L'art. 25 della Costituzione indiana disciplina il diritto di libertà di coscienza e il diritto alla libera professione, pratica e propaganda della religione e alla *Explanation I* stabilisce che: «*The wearing and carrying ok kirpans shall be demeed to be included in the profession of the Sikh religion*».

[17] Mario Ricca., *Il tradimento delle immagini tra kirpan e transazioni interculturali. Cultura vs competenza culturale nel mondo del diritto*, in *Rivista on-line dell'AISS*, disponibile all'indirizzo: *www.ec.aiss.it*, 2013, p. 9.

[18] Cfr. Alessandro Provera, *Il "giustificato motivo": la fede religiosa come limite intrinseco della tipicità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010, p. 967.

co, perché il principio di libertà religiosa, garantito dall'art. 19 Cost., «incontra dei limiti stabiliti dalla legislazione in vista della tutela di altre esigenze, tra cui quelle della pacifica convivenza e della sicurezza, compendiate nella formula dell'ordine pubblico».

Il diritto di libertà religiosa incontra, come emerge dal dettato costituzionale, il limite del buon costume e implicitamente anche quello dell'ordine pubblico. La libertà religiosa è, per sua natura, la libertà che crea più facilmente conflitti con altri valori costituzionali concorrenti, perché la molteplicità di precetti su cui si fonda ciascuna fede (vincolanti per il fedele) toccano e si intrecciano con i più diversi aspetti della vita umana ed è, conseguentemente, molto probabile che i suddetti si pongano in conflitto con i valori o i principi sanciti dalla Legge fondamentale[19].

In un contesto che si caratterizza sempre più in senso pluriculturale, il problema dei limiti all'esercizio della libertà religiosa appare come una nuova e complessa sfida per lo Stato costituzionale di diritto, per la sua stabilità a fronte dei processi di trasformazione sociale e culturale che richiedono un nuovo approccio in materia di rapporti tra lo Stato e la comunità. La questione si ingrandisce ove si considera che non sempre i valori costituzionali concordano con i principi di un determinato credo religioso, ragion per cui la loro eventuale violazione, in nome della libertà di fede, può generare delle importanti crepe all'interno della comunità statale con le minoranze culturali, compromettendo in tal modo le dinamiche di integrazione sociale.

Si profila, dunque, per lo Stato costituzionale di diritto una nuova "sfida dell'integrazione" che mette alla prova le capacità dello stesso, alla luce dell'incidere di un pluralismo non soltanto di interessi, ma anche culturale e verifica le sue capacità di coniugare, rispettivamente, libertà individuali e valori comunitari secondo un criterio di razionalità condiviso. La sfida, a questo punto, sta nella capacità della Costituzione di confermarsi anche per «il futuro quale "medio dell'integrazione", favorendo lo svilupparsi di un'esperienza in cui l'istanza pluralista si componga, essenzialmente, secondo un principio organizzatore di libertà».

Non minore importanza deve essere riconosciuta al «rispetto delle radici culturali di un popolo e la preservazione dell'istanza solidaristica, quali valori della Costituzione e come collante delle vicende comunitarie all'interno della dimensione istituzionale nazionale ed europea è condizione imprescindibile delle dinamiche di integrazione delle minoranze nel tessuto sociale e nello

[19] Cfr. Angelo Licastro, *Il motivo religioso,* cit., p. 15.

sviluppo degli ordinamenti statali»[20].

In tal senso un ruolo fondamentale assumono i giudici di merito, ai quali spetta l'interpretazione e la semplificazione dei principi costituzionali di fronte ai tanti interessi da governare. Non meno rilevante è il ruolo dei Tribunali costituzionali, che hanno il compito di bilanciare le istanze di libertà con le esigenze di integrazione, nel rispetto dell'identità culturale di un popolo e di una comunità statale.

Nella Costituzione italiana, ogni diritto ha un corrispondente limite ed il bilanciamento è una tecnica argomentativa e interpretativa che consente un ragionevole contemperamento di più interessi costituzionali concorrenti. Nel "bilanciare" i diritti fondamentali che la Costituzione italiana tutela non è possibile far prevalere uno di essi sugli altri perché, in tal caso, uno dei diritti diventerebbe (ricordando l'espressione usata in giurisprudenza) "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente protette, che sono espressione della dignità della persona[21].

Ciò significa, in relazione alla sentenza in esame, che se pure la sicurezza pubblica è un bene da tutelare nel nostro ordinamento, essa non può prevalere sul diritto alla libertà religiosa, visto che l'esito del bilanciamento non deve in alcun caso portare al sacrificio totale di uno dei valori in questione, perché deve essere tutelato il nucleo essenziale di ciascuno di essi[22].

Bisognerebbe a fronte delle numerose situazioni che riguardano rivendicazioni identitarie di natura religiosa, individuare logiche e concrete forme di integrazione tra la libertà religiosa e le esigenze di sicurezza, in modo da tutelare i valori in gioco e, allo stesso tempo, prevenire qualsivoglia tipo di pericolo per la società.

2. *Dalla strategia multiculturale a quella interculturale*

Il termine multiculturalismo, diventato di uso comune intorno alla fine degli anni Ottanta, indica una società nella quale più culture, anche molto differenti, convivono rispettandosi reciprocamente fra loro. Il medesimo ha come obiettivo quello di ispirare una linea politica tendente ad assicurare la

---

[20] Vincenzo Baldini, *Integrazione sociale, "verità" costituzionali e pluralismo religioso*, in *Rivista AIC*, disponibile all'indirizzo: *www.archivio.rivistaaic.it.*

[21] Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 264/2012, nella quale si precisa che la tutela deve essere «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro».

[22] Cfr. Marta Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, relazione tenutasi alla "Conferenza trilaterale delle Corte costituzionali italiana, portoghese e spagnola", Roma, 24-26 ottobre 2003.

coesione sociale senza la pretesa di una omologazione culturale fra i diversi gruppi culturali ed etnici, ma riconoscendo e difendendo le pratiche culturali delle minoranze, superando così varie forme pre-esistenti di discriminazione.

Il multiculturalismo è nato a seguito dell'intensificarsi dei processi di globalizzazione (primo tra tutti l'immigrazione), e ha come fine ultimo quello di garantire ai diversi gruppi etnici e alle minoranze in particolare, la conservazione ciascuna delle proprie peculiarità, mantenendo il loro diritto a esistere senza omologarsi a una cultura predominante.

Così, «multiculturale è la politica orientata alla valorizzazione e alla conservazione delle diversità culturali» e capace di ridurre fortemente « la fusione tra gli originari patrimoni culturali»[23].

Negli ultimi anni, tuttavia, sia gli studiosi sia gli operatori sociali hanno iniziato a sottolineare gli aspetti critici di questo modo di intendere l'integrazione, tanto da concludere che esso avrebbe l'effetto paradossale di escludere le minoranze, piuttosto che promuovere la loro partecipazione alla società e alla cultura nazionale e transnazionale.

Tale risultato discenderebbe dalle modalità con cui si è inteso il concetto "multiculturalismo" e tutte le nozioni che sono collegate al medesimo, in particolare quelle di cultura e di etnicità. In più, in termini pratici, le politiche multiculturali avrebbero aumentato la frammentazione, e «il rischio di apartheidizzazione» all'interno della società. «Il multiculturalismo, o meglio un certo modo di intendere il multiculturalismo, avrebbe insomma prodotto la propria contraddizione: il monoculturalismo»[24].

Effettuando una breve riflessione sulla società multiculturale dal punto di vista delle religioni, bisogna innanzitutto notare che non si può pensare che le religioni sappiano adeguatamente partecipare al dibattito politico se non sono capaci di dialogare fra loro. Certamente la cooperazione sul piano della società civile e l'incontro di fatto delle identità culturali può favorire lo stesso dialogo interreligioso, infatti possiamo sostenere che escludere le religioni dalla sfera pubblica e dalla vita politica significa rafforzare la loro tendenza verso l'intolleranza e impedire il loro sviluppo critico. Inoltre, i progressi del dialogo interreligioso, che è ancora ai suoi primi passi, mettono le religioni in condizione di essere più incisive. La religione, nelle situazione più complesse, rafforza la ricerca del senso dell'esistenza e conduce alla realizzazione delle prime forme di integrazione e solidarietà[25].

---

[23] Mario Ricca, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Edizioni Dedalo, Bari, 2008, p. 8.

[24] Nicola Fiorita, *Multiculturalismo e intercultura*, in *www.laricerca.loescher.it*, 2 luglio 2012.

[25] Gaetano Dammacco, *Diritti e religioni nel crocevia Mediterraneo*, Cacucci, Bari, 2016, p. 107.

Nelle riflessioni teologiche delle grandi religioni, il dialogo assume una doppia identità: da un lato ha un valore strumentale, finalizzato all'apertura e al confronto con "l'altro da sé", dall'altro rappresenta una via per la scoperta della Verità. Oggi il dialogo si è fatto più maturo, riconoscendo che la finalità principale non è solo quella della reciproca accettazione, ma è quella più elevata del bene supremo della Verità stessa; dunque il dialogo è il mezzo con il quale si incontrano mondi religiosi diversi, ma non contrapposti[26].

Come suggerisce il documento del Pontificio consiglio del dialogo interreligioso, *Dialogo e annuncio*, quest'incontro delle religioni deve essere quadruplice: nella vita, nelle opere, negli scambi teologici e nell'esperienza religiosa. Il suo fine è la conoscenza reciproca, l'eliminazione delle diffidenze e il rispetto dei valori insiti in ogni tradizione religiosa. A differenza della deliberazione pubblica, in cui si soppesano le opinioni differenti per arrivare ad una decisione finale con vincitori e vinti, il dialogo interreligioso non ha un carattere deliberativo, perché non si tratta di stabilire quale sia la religione più vera o migliore, anzi tale sospetto può solo rallentarne considerevolmente i progressi raggiunti in questo campo.

Il dialogo interreligioso presuppone un riconoscimento reciproco delle religioni in quanto tali e questo riconoscimento nobilita le stesse identità culturali e le rende più resistenti all'assimilazione, poiché è per la loro anima religiosa che le culture acquistano una forza di resistenza e di durabilità anche nei confronti dello stesso progresso tecnologico.

La situazione attuale in cui versa la società italiana, sempre più attraversata da importanti flussi migratori che determinano una mescolanza tra culture diverse, impone la necessità di affrontare una serie di questioni che il nostro ordinamento è tenuto ad analizzare per trovare una soluzione.

Diventa, a tal proposito, fondamentale che tutti mostrino un atteggiamento di coinvolgimento nei confronti delle molteplici situazioni complesse, e spesso drammatiche, che un tempo rappresentavano un'eccezione, ma che oggi costituiscono un problema diffuso. Questa è la ragione per cui diventa essenziale sensibilizzarsi all'immigrazione ed ai fenomeni ad essa connessi e predisporre nell'ordinamento tutti gli strumenti necessari a consentire una pacifica convivenza tra le culture.

L'atteggiamento assunto da un ordinamento nei confronti di una società multiculturale può avere diverse sfaccettature e variare, a seconda della strategia che l'ordinamento stesso decide di intraprendere. A tal proposito, occorre precisare che multiculturalità non è un sinonimo di multiculturalismo; infatti

---

[26] Cfr. Gaetano Dammacco, *Il partenariato euromediterraneo tra giustizia e dialogo*, in *Quaderni di "storia, antropologia e scienze del linguaggio"*, 12, 2008, pp. 60-61.

la multiculturalità sta ad indicare una società composta da gruppi con diverse tradizioni culturali. Il multiculturalismo, invece, è una corrente di pensiero che, preso atto del fenomeno ora descritto, ha sviluppato alcune tesi finalizzate ad individuare formule di convivenza multiculturale. In parole povere, il secondo è uno dei possibili approcci alla prima[27]. Per cui, non si può parlare di un solo multiculturalismo, ma di più correnti di pensiero che pensano alla società multiculturale come ad una compagine all'interno della quale sono presenti svariati gruppi ai quali deve essere data la possibilità di convivere pacificamente.

Tali correnti non sembrano, però, riuscire a dare una soluzione concreta alle società multiculturali, in alcuni casi perché poco attente ai diritti individuali (i comunitaristi, secondo i quali «l'individuo è costituito dall'insieme dei progetti che si dà, e anche i popoli si definiscono e caratterizzano in rapporto a una concezione determinata del bene comune; diritti e libertà devono scaturire dalle finalità costitutive del soggetto e della società; il giusto non può avere il sopravvento sul bene; infine, lo Stato ha il dovere di occuparsi delle concezioni del bene comune») ed in altri perché ispirate all'antico concetto di tolleranza (i liberali, secondo i quali «gli individui e i popoli possiedono un'identità antecedente alle finalità che li guidano; i diritti e le libertà individuali costituiscono dei principi comuni cui far ricorso nella gestione del pluralismo morale; esiste un primato del giusto sul bene; infine, lo Stato liberale ha un atteggiamento neutrale verso ogni concezione particolare del bene comune»)[28].

Ma le due tesi sul multiculturalismo hanno la comune caratteristica di tenere poco presente il rispetto delle libertà e dei diritti di tutti gli uomini e le donne, procurando non l'incontro pacifico tra identità diverse (comprese quelle religiose), ma lo scontro tra le medesime. Affinché, invece, si possa tutelare ogni persona all'interno del proprio gruppo è essenziale rilevare che all'interno degli stessi non è detto che tutti abbiano la stessa cultura, per cui è necessario disegnare un sistema grazie al quale consentire una rete di relazioni tra i gruppi e all'interno dei gruppi, ovvero dare la possibilità all'individuo di confrontarsi con altri gruppi e con gli altri membri del suo stesso gruppo, perché appartenenti ad una cultura differente. E' così che prende forma l'ipotesi interculturale, all'interno della quale ogni persona assiste non solo alle relazioni tra il suo gruppo ed altri, ma vive anche una propria relazione con il

---

[27] Cfr. Pierluigi Consorti, *Nuovi razzismi e diritto interculturale. Dei principi generali e dei regolamenti condominiali nella società multiculturale,* in *www.statoechiese.it*, ottobre 2009, p. 5.

[28] Bernard Valade, *Multiculturalismo,* in *Enciclopedia del Novecento – III Supplemento*, Treccani, Roma, 2004.

gruppo al quale appartiene; e dentro questa relazione vive collegamenti con altre persone ed altri gruppi[29].

Il concetto base dell'interculturalità risulta essere più dinamico rispetto a quello più statico del multiculturalismo, in quanto prevede la comparazione di disuguali idee e valori differenti, proveniente dalle varie culture. La differenza culturale non va vista in senso negativo, ma come scambio positivo, attraverso un intreccio di scambi necessari per riconoscersi. Il prefisso inter «sta a indicare la matrice fondativa della "reciprocità" interculturale, il suo essere terreno fecondo di negoziazione e di scambio, facendo risaltare la ricchezza e la produttività del confronto»[30]. Il prefisso multi-utilizzato, invece, nell'accezione multiculturale, «non implica di per sé una relazione e può fare da sfondo teorico a progetti di ghettizzazione culturale, indifferenza culturale o relativismo culturale spinto che teorizza l'impossibilità del dialogo»[31].

La soluzione dell'interculturalismo si colloca in un punto intermedio tra l'assimilazionismo e la tolleranza e si tratta di quel fenomeno grazie al quale si scavalca la semplice convivenza tra le culture, basata sull'indifferenza reciproca e sul trattamento da parte dell'ordinamento fondato sulla "mera uguaglianza", e si approda ad una convivenza fondata sul dialogo e sul reciproco riconoscimento, ma soprattutto finalizzata a creare una sintesi tra valori capace di creare un rapporto virtuoso tra le differenti culture presenti su un territorio. Appare utile precisare che il "rapporto" di cui si parla non è da considerarsi scontato, perché è necessario verificare "la reciproca possibilità di integrazione"[32], che non sempre è facile da attuare.

Pertanto l'interculturalismo potrebbe essere considerato una sorta di evoluzione del concetto di multiculturalismo, ovvero un modo di essere del medesimo. La categoria dell'interculturalità, inoltre, non solo è quella maggiormente rilevante in termini di fenomeno religioso, ma appare anche quella maggiormente adatta a creare le basi per una pacifica convivenza tra le culture e una reale integrazione tra le stesse[33].

La diversità culturale assume importanza solo se posta in relazione alle persone ed alle comunità che la incarnano. Tale diversità rivela che nessun pa-

---

[29] Cfr. Pierluigi Consorti, *Nuovi razzismi*, cit., p. 8.

[30] Franca Pinto Minerva, *L'intercultura*, Laterza, Roma, 2004, p. 13.

[31] Chiara Giaccardi, *La comunicazione interculturale nell'era digitale*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 18.

[32] Giuseppe Cacciatore-Giuseppe d'anna, *Introduzione. Dentro la differenza:riflessioni sull'etica interculturale*, in *Interculturalità. Tra etica e politica*, Carocci, Roma, 2010, p. 13.

[33] Cfr. Alberto Randazzo, *Ruolo genitoriale e società interculturale*, relazione tenutasi al Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", "*La famiglia davanti ai suoi giudici*", Catania 7-8 giugno 2013.

radigma culturale può essere considerato unico né superiore agli altri, perché ciascuna cultura ha un suo *iter* e rappresenta una cristallizzazione del percorso umano nello spazio e nel tempo.

Il pluralismo culturale non ritiene che le culture debbano essere chiuse e distanti tra loro, ma piuttosto, in nome di una prospettiva interculturale, "aperte" ciascuna alla realtà dell'altra. L'interculturalità insegna a riconoscere le altre culture, ad accettare i valori e le conquiste di civiltà degli "altri", a dialogare con tutta l'umanità.

Il concetto di interculturalità, intesa non come un mero fatto, ma come una scelta che sfocia in un atteggiamento, vuole che l'interazione venga prima dell'integrazione; tra la prima e la seconda vi è solo una "g" di differenza, ma ciò che cambia realmente è la prospettiva. L'interazione è basata sulla possibilità di stabilire un rapporto tra le culture, instaurare un processo di cambiamento, non essere mai "definitive e complete"[34], per creare un dialogo finalizzato all'arricchimento reciproco tra le culture e tra gli uomini e, quindi, produrre una nuova cultura fondata sul dialogo interculturale quale strumento utile a dettare regole e trovare prassi grazie alle quali stabilire relazioni pacifiche ed insieme approdare ad una convivenza multiculturale.

In sostanza, non si tratta di riconoscere assurde diversità o di concedere prerogative sconvolgenti, ma semplicemente riconoscere nell'altro un soggetto portatore della nostra stessa dignità umana e titolare di diritti inviolabili. Un atteggiamento giuridicamente interculturale, che rispetti la sovranità della legge, esclude il riconoscimento di elementi di diversità contrari ai principi costituzionali, ma ammette quegli elementi che potrebbero essere compatibili con le attuali regole.

3. *Un conflitto culturale da risolvere*

Per effetto dell'immigrazione, la società italiana sta subendo una notevole trasformazione, diventando sempre più una società multiculturale e scontrandosi, pertanto, con tutta una serie di conseguenze in svariati ambiti. Uno di questi è il diritto penale, il quale si configura come prodotto "locale"[35], nel

---

[34] Cfr. Roberto De Vita, *Identità e dialogo*, Franco Angeli, Milano, 2003, p. 123 ss.

[35] Il diritto penale, più di altri settori dell'ordinamento giuridico, può essere definito un 'prodotto tipico *locale*', destinato, conseguentemente, ad una consumazione soltanto *in loco*; dunque ad ogni singolo Stato corrisponde una determinata, specifica legislazione penale. Ciò significa che il passaggio dei confini da uno Stato all'altro comporta la presenza di un sistema penale diverso, spesso molto diverso da quello di provenienza. Per toccare con mano la frammentarietà localistica del diritto penale basterebbe prendere in considerazione la questione dell'aborto, dell'eutanasia, della procreazione assistita,

senso che lo stesso, se osservato da determinati punti di vista, è strettamente connesso alla cultura locale.

Tanto premesso, sembra inevitabile che nel momento in cui uno Stato, il cui ordinamento penale ha natura "locale", assuma la connotazione di società multiculturale, proliferino le situazioni di conflitto, quale è senza dubbio quella oggetto del presente lavoro, in relazione alle quali la dottrina penalistica, nell'ultimo decennio ha iniziato a parlare di "reati culturalmente motivati". Con questa denominazione si vuole definire un comportamento messo in atto da un membro appartenente ad una cultura di minoranza, considerato reato all'interno dell'ordinamento giuridico della cultura dominante, nonostante il medesimo comportamento sia accettato in quanto normale nel gruppo culturale dell'agente[36]. Il conflitto sorge tra una norma giuridica del Paese d'accoglienza, che condanna una determinata condotta, ed una norma culturale ben salda nel gruppo etnico di appartenenza dell'immigrato che giustifica o autorizza o, di più, impone di tenere quella condotta.

Prima di cedere alla facile tentazione di classificare l'immigrato come un soggetto dalla cultura rude e feroce o, al contrario, come un inerme individuo oppresso dalla propria cultura di origine, conviene dare uno sguardo al nostro passato. Infatti, nella storia dell'Italia del secondo dopoguerra, si ritrovano tanti emigranti che, inseguendo una ricchezza ormai perduta (o mai acquisita) nella propria terra, partivano verso paesi lontani e culture molto diverse dalla propria. Tale fenomeno ha prodotto una serie di casi giurisprudenziali in cui l'imputato è un italiano che tenta di difendersi da numerose accuse invocando l'autorità giudicante del paese ospitante di prendere in considerazione la sua cultura e le sue tradizioni, ovvero il suo *background* culturale. A titolo di esempio si ricorda una sentenza emessa dalla Corte federale tedesca nel 1977[37], con la quale un giovane siciliano fu condannato per omicidio semplice, anziché qualificato, con riferimento all'omicidio della fidanzata, rea di volerlo lasciare e di tre amici della stessa. In tempi più recenti, una Corte americana ha assolto un immigrato siciliano dall'accusa di maltrattamenti in famiglia e abusi sessuali nei confronti dei figli, sulla scorta del *background* culturale del medesimo, ovvero della diversa idea di educazione dei minori,

---

dell'omosessualità, dell'adulterio, del consumo di sostanze stupefacenti, dei mezzi a cui i genitori ricorrono per educare i figli, della bestemmia dei vilipendi alla religione: tutti fatti la cui disciplina penale cambia da paese a paese. Cfr. Fabio Basile, *Il diritto penale nelle società multiculturali: i reati culturalmente motivati*, in *Polìtica criminal,* Vol. 6, n. 12 (Dicembre 2011), Art. 4, pp. 345-347.

[36] Cfr. Jeroen Van Broeck, *Cultural Defense and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, n. 1, p. 5.

[37] *Bundesgerichtshof*, 17 marzo 1977.

sostenuta dal difensore dell'imputato[38].

Uno sguardo ai reati culturalmente motivati commessi all'estero da emigrati italiani diventa necessario al fine di consentirci un cambio di prospettiva, un'inversione di ruoli che consente di assumere un atteggiamento più razionale ed equilibrato di fronte ai reati culturalmente motivati commessi dagli immigrati giunti nel nostro Paese[39].

Ci si chiede, dunque, in che modo il diritto penale debba confrontarsi con i reati culturalmente motivati, ovvero se si possa dare rilievo o meno alla "motivazione culturale", quale elemento che ha determinato nell'autore la commissione del reato. A tal proposito si parla di *cultural defense*, o meglio, di un modello statunitense che descrive, essenzialmente, una tecnica difensiva che valorizza l'appartenenza dell'imputato ad una minoranza culturale, al fine di pervenire ad un esito processuale (condanna o assoluzione) più coerente con le circostanze del caso concreto.

Parte della dottrina definisce il modello adottato nel sistema penale italiano, relativamente ai reati culturalmente motivati, "assimilazionista discriminatorio"[40]. Altra parte ritiene, invece, che accanto ad alcune manifestazioni che proverebbero il modello assimilazionista, esistono nell'ordinamento interno norme apparentemente riconducibili al modello multiculturalista quale, ad esempio, quella che consente la macellazione secondo il rito islamico. A parere di quest'ultima corrente dottrinaria, l'Italia è da considerarsi "in bilico tra i due modelli"[41].

In Italia non esiste una disciplina *ad hoc* in materia di reati culturalmente motivati, ma viene lasciato ai giudici il compito di prendere in considerazione tutti gli elementi e le peculiarità legate ai singoli casi. Ciò essenzialmente perché sotto l'etichetta "reato culturalmente motivato" è riconducibile una pluralità di casi, tra loro molto eterogenei sotto tanti punti di vista. Sarà dunque davvero difficile individuare un'adeguata soluzione unitaria a tutti i casi ed una eventuale nuova norma introdotta con tale finalità potrebbe rivelarsi «una

---

[38] *Settecase Children Case*, Juvenile Court di Cook, Illinois (1997).

[39] Per una completa trattazione della questione cfr. Fabio Basile, *Il diritto penale*, cit., pp. 354-355.

[40] A fondamento di questo giudizio cfr. Cristina De Maglie, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Edizioni ETS, Pisa, 2010, p. 70. l'Autrice ricorda la recente introduzione dei reati di mutilazioni genitali femminili (art 583bis c.p.) e di impiego di minori dell'accattonaggio (art. 600 octies c.p.), fattispecie entrambe assai discutibili in prospettiva politico-criminale, in quanto tese a colpire condotte di chiara matrice culturale attraverso un importante irrigidimento dell'apparato punitivo. Poi, l'Autrice osserva anche che la giurisprudenza italiana spicca per l'orientamento decisamente assimilazionista, teso a non dare rilevanza ai conflitti culturali.

[41] Fabio Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 63.

coperta troppo corta, capace di coprire, sì, alcune ipotesi, lasciandone, però, ingiustificatamente scoperte tante altre»[42].

L'uso del *kirpan* può essere annoverato tra i reati culturalmente motivati, perché rappresenta una manifestazione evidente di appartenenza ad un gruppo culturale. La giurisprudenza italiana, come dimostra la pronuncia in esame, ha dovuto di recente affrontare alcuni casi in cui diverse pratiche culturali sono state vagliate alla luce della loro possibile rilevanza penale rispetto ad alcune figure di reato poste a tutela della sicurezza pubblica. Più esattamente ci si riferisce ai casi relativi al porto del *kirpan*, appunto, e all'uso del *burqa* (di cui ci si è chiesti se esso integri il reato previsto dalla legge Reale del 1975 sul riconoscimento delle persone).

Il significato di un *kirpan* può essere compreso solo nell'ambito del suo uso religioso, culturale e storico, fuori da questo contesto potrebbe essere visto come un coltello, un pugnale o una spada convenzionali. Eppure, non è nessuno di questi. A vietarlo, considerandolo come appena detto, è il liberalismo più sbagliato, quello che non fa nulla per promuovere le libertà individuali. La potenziale pericolosità di qualunque oggetto, dipende sempre dal contesto in cui lo si inserisce e da come il medesimo viene utilizzato; infatti potrebbero potenzialmente essere rischiosi, e quindi meriterebbero di essere vietati, anche i coltelli in cucina, le forbici in classe o l'uso delle nostre mani al di fuori della casa. Se pure si volesse considerare il *kirpan* come un coltello potenzialmente offensivo, e non come un simbolo religioso, diventa necessario valutare se esista un giustificato motivo per portarlo. Tale decisione va presa caso per caso, anche se non vi è dubbio che un *Sikh* abbia un valido motivo per indossare un *kirpan*. Sarebbe utile però verificare se si tratti di un *kirpan* enorme e affilato (più simile ad una spada) o di un *kirpan* piccolo, non affilato, e magari conservato in una custodia sigillata.

Su questi dati oggettivi, insieme ad altri criteri che riguardano anche le condizioni soggettive, di luogo ecc., il giudice valuterà di volta in volta se quel *kirpan* può essere portato o no.

Osservando le leggi utilizzate dagli altri Stati, si noterà che la condotta di chi porta un *kirpan* viene quasi sempre ricondotta ad un'espressione del diritto alla libertà religiosa e pertanto non viene ritenuta penalmente irrilevante. Infatti:

- nel Regno Unito il *Criminal Justice Act* del 1988 tutela i diritti dei Sikh a portare il *kirpan*, in quanto è considerata una parte necessaria della loro religione;

---

[42] Fabio Basile, *ivi*, p. 357.

- negli Stati Uniti ci sono stati diversi casi giudiziari relativi alla legittimità di indossare il *kirpan* nei luoghi pubblici. I Tribunali di New York[43] e dell'Ohio[44] hanno stabilito che impedire l'uso di un *kirpan* è incostituzionale. Negli ultimi anni la pratica dei Sikh di indossare un *kirpan* ha causato problemi per il personale di sicurezza negli aeroporti e negli altri punti di controllo[45] ed in tal senso si è stabilito che il personale di sicurezza può confiscare il kirpan se ritiene che sia necessario, ma è consigliabile usare rispetto nei confronti di coloro che lo indossano;
- in Canada, nella maggior parte dei luoghi pubblici, è consentito l'uso del *kirpan*. Nella decisione del Tribunale Supremo del Canada del 2006, *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, il giudice ha stabilito che il divieto del *kirpan* in un ambiente scolastico è contrario a quanto disciplinato dalla Carta dei diritti e delle libertà del Canada;
- la legge svedese contiene un divieto di "armi da strada" in luoghi pubblici che comprende anche coltelli, a meno che non siano usati per hobby (per esempio pesca) o per professione (ad esempio un falegname). Coltelli considerati innocui, come un coltello da tasca, sono permessi, per cui un *kirpan* "innoquo" è consentito;
- in Danimarca, l'Alta Corte Orientale con una sentenza del 2006[46] ha confermato quanto stabilito dalla precedente pronuncia del Tribunale di Copenaghen, con la quale l'uso del *kirpan* da parte di un Sikh è stato dichiarato illegale. A seguito di questa decisione, la Danimarca è diventato il primo Paese al mondo ad adottare una tale regola. La legge danese sulle armi consente il trasporto di coltelli in luoghi pubblici se si tratta di strumenti da utilizzare per pesca, caccia, sport o qualsiasi altro scopo riconosciuto come "validi" e la Corte Suprema non ha ritenuto che la religione fosse un valido motivo per indossare il *kirpan*.

La ragione per cui il *kirpan* è considerato inaccettabile in alcune società occidentali è che il suo significato contestuale non è sempre apprezzato. Molti

---

[43] Cfr. *New York v. Partap Singh*, 516 N.Y.S.2d 412 (13 maggio, 1987).

[44] Cfr. *State of Ohio v. Harjinder Singh*, 690 N.E.2d 917, 920, (31 dicembre, 1996).

[45] Dopo il dramma vissuto negli USA l'11 settembre del 2001, l'Amministrazione statunitense ha potuto solo curare una campagna di comunicazione nei confronti del personale addetto alla sicurezza degli aeroporti e dei voli per invitarli a «respectfully ask if a Sikh is *carrying* a kirpan. If so, request to inspect the kirpan», e conseguentemente «if a kirpan must be confiscated, explain the reason(s) and handle the kirpan with respect and care», rammentando infine l'importanza di manifestare platealmente «respect to all variations of faith». Cfr. Sull'argomento Settimio Carmignani Caridi, *Ostentazione di simboli religiosi e porto di armi od oggetti atti ad offendere. Il problema del kirpan dei fedeli Sikh*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 3- 4, 2009.

[46] Cfr. *Eastern High Court of Denmark*, Conviction number U, 2007.316.

scelgono di considerare lo stesso come niente di più che una lama normale o un pugnale. Il *kirpan* non dovrebbe essere considerato intrinsecamente pericoloso, visto che non esistono prove per sostenere una simile tesi e, dunque, le autorità preposte dovrebbero adottare misure positive per sviluppare una comprensione migliore e più informata dell'oggetto, come indossato dai devoti Sikh.

Trovare una soluzione alla questione del *kirpan*, ovvero un compromesso tra il rispetto delle esigenze religiose e la necessità di garantire sicurezza alla collettività, non sembra essere particolarmente complesso. Potrebbe essere utile semplicemente effettuare delle modifiche di tipo strutturale, in modo da allontanarlo dal concetto di arma e prescriverne le modalità con cui indossarlo, nel senso che dovrebbe essere custodito in una maniera tale da non essere facilmente estratto da colui che lo esibisce.

Una prima ipotesi di accordo, elaborata congiuntamente dai rappresentanti dei Sikh e dal Consiglio scientifico incaricato di attuare la Carta dei valori della cittadinanza e dell'immigrazione, prevedeva una riduzione delle dimensioni del pugnale, in modo da attenuarne anche visivamente il carattere di arma, e pericolosità, l'arrotondamento della punta, la custodia lievemente decorata e l'impugnatura ridotta al minimo fino a divenire quasi simbolica. In ultimo, era prevista una chiusura ermetica del pugnale, con una chiavetta in possesso dell'interessato. Tutti questi adattamenti avevano come unico scopo quello di non sollevare più alcun dubbio sulla "religiosità" del simbolo[47].

Un'altra ipotesi è invece costituita da un recente disegno di legge che tende ad attuare a livello nazionale la soluzione pratica escogitata dalla questura di Cremona per permettere ai Sikh di rimanere fedeli ai propri valori religiosi senza divenire un pericolo per l'ordine pubblico e risolvere un problema di sicurezza nazionale. […] Il provvedimento consta di due soli articoli. Con il primo, si autorizzano i residenti nel nostro Paese di confessione Sikh ad indossare il tradizionale coltello *kirpan*, a patto che si tratti di una versione riconoscibile inidonea a produrre ferite da taglio ed impossibile da affilare, approvata dalla direzione centrale per gli affari generali della Polizia di Stato, acquisito il parere dei vertici della rappresentanza dei Sikh in Italia[48].

Tale disegno di legge potrebbe costituire, da una parte, un'ottima soluzione ad un problema urgente e sentito e, dall'altra, un fulgido esempio adottato dal

---

[47] Cfr. Giulia Bassetti, *Interculturalità, libertà religiosa, abbigliamento. La questione del burqa*, in *www.statoechiese.it*, 2012, pp. 8-9.

[48] *Senato della Repubblica*, XVII Legislatura, atto n. 1910 del 6 maggio 2015, *Disposizioni in materia di porto del Kirpan da parte dei cittadini o degli stranieri di confessione Sikh legalmente residenti nel territorio della Repubblica*.

nostro ordinamento di forme di accomodamento rispettose sia di esigenze di sicurezza sia di libertà fondamentali[49].

[49] Cfr. Alessandro Negri, *Sikh condannato per porto del kirpan: una discutibile sentenza della Cassazione su immigrazione e "valori del mondo occidentale"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3 luglio 2017.

La procreazione medicalmente assistita: problemi e prospettive

Rosanna Pane

1. *Le trasformazioni strutturali e funzionali della famiglia, la procreazione medicalmente assistita e le mancate risposte del diritto*

In questi tempi si assiste a una profonda quanto rapida trasformazione delle dinamiche che conformano le relazioni umane e, prime tra tutte, quelle familiari.

Mutamenti questi ai quali il diritto non può restare indifferente, essendo sua precipua funzione quella di offrire risposte adeguate volte a comporre armonicamente i diversi interessi sociali coinvolti nelle varie manifestazioni della vita di relazione, in termini di ragionevolezza, proporzionalità e precauzione. Il diritto, per sua natura, poiché criterio ordinante la realtà sociale, è imprescindibilmente chiamato ad assumere, sulla base dei valori comunemente condivisi dalla società, precise posizioni, che offrano un'opportuna disciplina in grado di conformarsi e di conformare il contesto storico, sociale e culturale sul quale si trova a incidere. Diversamente è condannato alla disapplicazione.

Nel corso degli ultimi decenni, in tutti i paesi del mondo e, in particolare in quelli occidentali, si sono susseguiti interventi di riforma riguardanti il "pianeta" famiglia.

La mutata concezione culturale e giuridica di tale concetto, seppur con le peculiarità proprie a ogni realtà nazionale, si fonda sul superamento del modello tradizionale di famiglia fondata sul matrimonio[1]. Il cambiamento tro-

[1] Sul paradigma familiare immaginato dal legislatore del 1942: cfr. Antonio Cicu, *Il diritto di famiglia nello Stato fascista*, ora in *Scritti minori*, I, 1, Giuffrè, Milano, 1965; Id., *Teoria generale del diritto di famiglia*, ristampa, Arnaldo Forni, Bologna, 1978. Francesco Santoro Passarelli, *Saggi di diritto civile*, I, Jovene, Napoli, 1961, p. 381 ss.; più di recente Antonio Ruggeri, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, 4, p. 751 ss., spec. p. 753. Per un superamento della visione istituzionale della famiglia cfr. Paolo Zatti, *Tratt. dir. fam.*, I, *Famiglia e Matrimonio*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2011, ove ulteriori riferimenti. Di particolare interesse i rilievi di Vincenzo

va ragione anche nell'indebolimento del vincolo coniugale, dovuto al forte incremento delle separazioni e dei divorzi[2] e al contemporaneo sempre piú diffuso ricorso a svariate forme di percorsi familiari soprattutto nelle giovani generazioni[3].

Molti ordinamenti europei già da qualche tempo si sono aperti al riconoscimento di nuovi modelli familiari, quali: la famiglia fondata sul matrimonio, di fatto, monoparentale, ricostituita, allargata, di sangue, degli affetti. E dunque a ogni tipo di formazione sociale che, di là dal suo titolo fondante, svolga in concreto con carattere di stabilità e serietà, funzioni familiari.

Allo stato lo scenario normativo europeo prospetta soluzioni variegate e spesso disomogenee, fonti di ulteriori gravi problemi per i cittadini comunitari, e nel loro insieme ancora molto distanti dall'auspicato obiettivo di armonizzazione[4].

Scalisi, *«Famiglia» e «famiglie» in Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 15 ss.; Francesco Donato Busnelli, *La famiglia e l'arcipelago familiare,* in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 524 ss., in contrapposizione al famoso concetto di famiglia quale «isola che il mare del diritto doveva solo lambire» espresso da Arturo Carlo Jemolo, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, Napoli, 1949, *passim*; Paolo Zatti, Familia, Familiae. *Declinazione di un'idea*, I, *La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, p. 9 ss.

[2] Sui mutamenti della compagine familiare intervenuti negli ultimi tempi in Italia, si veda *Dossier Famiglia in cifre*, 2010, in www.istat.it. Secondo le più recenti rilevazioni dell'Istituto nazionale di statistica le famiglie di fatto sono cresciute piú del doppio dal 2008 al 2014 e di quasi dieci volte rispetto agli anni 1993 - 1994, con conseguente sensibile incremento della nascita di figli da coppie non sposate. Sono, inoltre, diminuiti il numero dei matrimoni in prime nozze, mentre lievemente aumentati quelli in seconde nozze. Infine, si assiste ad un sempre maggiore numero di separazioni e divorzi, fenomeni che intervengono in tempi ben più celeri rispetto al passato. In dottrina Giorgio Collura, *Il civilista, la famiglia e le sue trasformazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, p. 627 ss., ove ulteriori riferimenti.

[3] Sul tema nel tempo, in vario senso, si vedano gli studi di stampo sociologico, che partendo dalla famiglia nucleare giungono alla constatazione di nuovi e sempre più mutevoli scenari familiari. Talcott Robert Parsons, *Famiglia e socializzazione*, 1955, trad. it. di Gian Antonio Gilli (a cura di), Mondadori, Milano, 1974; David Cooper, *La morte della famiglia,* Einaudi, Torino, 1977; JAN E. Dizard e Howard Gadlin, *The minimal family*, Boston, 1990, con prefazione all'edizione italiana di Luisa Leonini (a cura di), *La famiglia minima. Forme della vita familiare moderna*, Franco Angeli, Milano, 2002; Anna Laura Zanatta, *Le nuove famiglie*, Il Mulino, Bologna, 1997; Pierpaolo Donati (a cura di), *Famiglia e capitale sociale nella società italiana. Ottavo rapporto sulla famiglia italiana*, San Paolo, Milano, 2003, p. 15 ss.; Pierpaolo Donati e Luigi Tronca, *Il capitale sociale degli Italiani. Le radici familiari, comunitarie e associative del civismo*, Franco Angeli, Milano, 2008; Daniela Del Boca e Alessandro Rosina, *Famiglie sole. Sopravvivere con un welfare inefficiente*, Il Mulino, Bologna, 2009; Pierpaolo Donati e Paola Di Nicola, *Lineamenti di sociologia della famiglia*, Carocci, Roma, 2011.

[4] In argomento Guido Alpa, *Alcune osservazioni sul diritto comunitario e sul diritto europeo della famiglia*, in *Familia*, 2003, I, in part. p. 448; Nicolò Lipari, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in *Familia*, 2006, I, p. 8; di "convergenze tecniche" e di "convergenze naturali" che hanno decretato negli ultimi anni un'attenuazione delle differenze tra i molteplici ordinamenti, parla Salvatore Patti, *Il «principio famiglia» e la formazione del diritto europeo della famiglia*, *ivi*, p. 531 ss.; Walter Pintens, *La famiglia e il diritto in Europa: sviluppi e prospettive*, in Maria Giovanna Cubeddu e Salvatore Patti (a cura di), *Introduzione al diritto di famiglia in Europa*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 92 ss.

La ricaduta di tali svolgimenti non è estranea alla nostra realtà nazionale, nella quale si possono, pur se con le dovute diversificazioni, scorgere le trasformazioni e le ridefinizioni strutturali e funzionali della famiglia. Cambiamenti determinati dall'affermazione di costumi e stili di vita, che si traducono in modelli organizzativi familiari tra i più vari che hanno trovato, sebbene in modo non compiuto e appagante, una prima risposta nella regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze[5].

Se dal piano dei rapporti interpersonali tra coniugi o *partners* la riflessione trascorre a vicende che vedono coinvolti interessi e diritti dei figli e in particolare di quelli minori, l'analisi deve divenire più attenta. Al giurista, consapevole del valore apicale assunto nel nostro ordinamento dall'interesse del minore[6], non può sfuggire la necessità di garantire cautele e precauzioni "a chi non ha voce".

---

[5] Su tali profili si rinvia al dibattito parlamentare che ha caratterizzato il lavorìo in materia della XVII Legislatura (in www.senato.it). Cfr., per alcuni commenti, Luigi Principato, *I profili costituzionali della famiglia, come canone ermeneutico, soggetto giuridico e fattispecie*, in *Giur. cost*., n. 2, 2015, *passim*; Lea Querzola, *Riflessioni sulla legge in materia di unioni civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., n. 3, 2016, p. 843 ss.; Cristiano Cicero, Non amor sed consensus matrimonium facit? *chiose sull'obbligo di fedeltà nei rapporti di convivenza familiare*, in *Dir. fam. pers*., n. 4, 2016, p. 1095 ss.; Marco Canonico, *Gli aspetti patrimoniali delle unioni civili e delle convivenze di fatto*, in *Dir. fam. pers*., n. 4, 2016, p. 1108 ss.; Francesco Paolo Luiso, *La convivenza di fatto dopo la l. 76/2016*, in *Dir. fam. pers*., *ivi*, p. 1083 ss.; Bruno De Filippis, *Unioni civili e contratti di convienza*, Cedam, Padova, 2016; Marilena Gorgoni (a cura di), *Unioni civili e convivenze di fatto*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016; Aa. Vv., *L'istituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso e la disciplina delle convivenze*, in *Fam. dir*., n. 10, 2016, p. 845 ss.; Cesare Massimo Bianca (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017, d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, Giappichelli, Torino, 2017; Giovanni Bonilini (a cura di), *Tratt. dir. fam*., *Unione civile e convivenza di fatto*, V, Utet, Torino, 2017, ove ulteriori riferimenti.

[6] Sul rilievo sempre crescente dell'interesse del minore, in vario senso: Giovanni Manera, *Due diversi modi di intendere l'interesse del minore*, in *Dir. fam. pers*., 1985, p. 567 ss.; Giovanni Sciancalepore, *L'interesse del minore nel giudizio di cui all'art. 274 c.c*., in *Rass. dir. civ*., 1992, p. 834 ss.; Giampiero Dinacci, *L'adozione: dall'interesse dell'adottante al diritto del minore*, in Michele Sesta e Vincenzo Cuffaro (a cura di), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, p. 629 ss.; Franca Galletta, *I nuovi assetti familiari e l'interesse del minore*, in *Scritti in onore di Cesare Massimo Bianca*, II, Giuffrè, Milano, 2006, p. 261 ss.; Giuseppe Recinto, *Stato di abbandono morale e materiale del minore: dichiarazione e revoca della adottabilità*, in *Rass. dir. civ*., 2011, p. 1165 ss.; Lara Ferla, Status filiationis *ed interesse del minore: tra antichi automatismi sanzionatori e nuove prospettive di tutela,* in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2012, p. 1575 ss.; Gianni Ballarani e Pietro Sirena, *Il diritto dei figli di crescere in famiglia e di mantenere rapporti con i parenti nel quadro del superiore interesse del minore*, in *Nuove leggi civ. comm*., 2013, p. 538 ss.; Emanuela Giacobbe, *Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla riforma "Bianca"*, in *Dir. fam. pers*., n. 2, 2014, p. 817 ss.; Gilda Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli* status *familiari*, in *Corr. giur*., 2017, p. 181 ss. L'importanza assunta dal principio nel corso del tempo attraverso la sua applicazione concreta ha condotto a considerare la formula del "superiore interesse del minore" criterio privilegiato al quale fare ricorso in tutte le controversie che lo riguardano. Sul tema, di recente, Guido Corapi, *La tutela dell'interesse superiore del minore*, in *Dir. succ. fam*., n. 3, 2017, p. 777 ss., ove ulteriori riferimenti bibliografici.

La riforma della filiazione di recente intervenuta in Italia, pur se lodevolmente tesa a garantire gli effetti del rapporto di filiazione in una visione finalmente egualitaria[7], non è intervenuta su particolari aspetti che, per la loro delicatezza, avrebbero avuto necessità di una rivisitazione quali: la procreazione medicalmente assistita. Il silenzio del legislatore su tale profilo rappresenta sicuramente un'occasione perduta e testimonia, ancora una volta, la filosofia fragile, spesso frammentaria, dei recenti interventi di settore.

All'inerzia o alla superficialità del legislatore italiano, alla variegata e disomogenea disciplina nei vari paesi europei è corrisposto un sempre più massiccio ricorso agli organi giurisdizionali italiani e comunitari, che sono stati ripetutamente chiamati a una necessaria quanto insufficiente e disorganica attività di supplenza legislativa per dare realizzazione alle esigenze delle coppie sterili.

2. *L'incerta filosofia di fondo della legge n. 40 del 2004*

Alla tradizionale espressione "procreazione medicalmente assistita" si riconducono svariati fenomeni che hanno in comune l'intervento artificiale, sotto l'aspetto biologico e/o medico, nella prima fase della riproduzione umana, per integrare o sostituire comportamenti o forze naturali. Tecniche, i cui primi tentativi risalgono a molti secoli fa[8], che hanno trovato, sotto la spinta degli incessanti progressi scientifici degli ultimi tempi, una sempre più diffusa applicazione motivata il più delle volte dal porre rimedio all'infertilità e sterilità della coppia.

Già da qualche tempo il Consiglio d'Europa era intervenuto sul tema e, nel

---

[7] Tra i vari commenti: Cesare Massimo Bianca, *Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico,* in *La riforma del diritto della filiazione (l. n. 219/12)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 507 ss.; Gilda Ferrando, *La legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 525 ss.; Michele Sesta, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. dir.*, 2013, p. 231 ss.; Rosanna Pane (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia*, ESI, Napoli, 2015, *passim*; Rosanna Pane (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, ESI, Napoli, 2014; Mirzia Bianca (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*, Giuffrè, Milano, 2014, p. XVII; Aa.Vv., *La nuova disciplina della filiazione,* Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2015; con attenzione ai profili di diritto intertemporale, Nicola Cipriani, *Rapporti personali nella famiglia e successione di norme nel tempo*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 89 ss.

[8] Maurizio Faccioli, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Dig. disc. priv., Aggior.*, III, Utet, Torino, 2007, p. 1051 ss., ove ampie indicazioni; Ines Corti, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Ferrando, III, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 530 ss. Di recente: Fausta Scia, *Indagini genetiche preimpianto e procreazione medicalmente assistita*, ESI, Napoli, 2012; Marilisa D'Amico e Benedetta Liberali, *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, ESI, Napoli, 2016.

porre l'accento sull'impellente necessità di armonizzare le varie legislazioni europee, ha dettato i punti salienti della futura disciplina raccomandando agli Stati membri, a fini di tutela della donna e, se coniugata, anche del marito, di disciplinare tanto la procreazione omologa quanto quella eterologa, con particolare attenzione alla responsabilità del medico, alla gratuità della donazione del seme e dell'ovulo, sì da evitare la commercializzazione del materiale genetico[9]. Si è inoltre auspicato il riconoscimento automatico della paternità da parte del marito o del convivente, che abbia prestato il proprio consenso.

Soltanto nel 2004 l'Italia con la legge n. 40, in forte ritardo rispetto alle altre realtà europee, ha emanato una regolamentazione di settore[10].

La normativa promulgata senza la necessaria attenzione agli svariati dibattiti svoltisi in sede etica, scientifica e sociale, avrebbe dovuto, nell'intenzione legislativa, colmare un vuoto più che ventennale, che aveva determinato nel nostro Paese la prassi del "turismo procreativo", prassi priva di controllo e, per molti versi, eccessivamente libertaria[11]. Alla presenza di un panorama normativo internazionale ed europeo molto frammentato e disomogeneo[12], traccia

---

[9] *Rapporto* n. 4776 del 18 settembre 1981, sull'inseminazione artificiale umana, in Fabio Buzzi e Giangiacomo Tassi, *La procreazione medicalmente assistita. Normativa, giurisprudenza e aspetti medico legali*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 95 ss. Svariate inoltre le Raccomandazioni in tema di sperimentazione sugli embrioni, di ricerca scientifica e procreazione assistita, tra le quali, si ricordano: Raccomandazione n. 934, del 1982 e la n. 1100 del 1989, nelle quali si consiglia di limitare la sperimentazione sugli embrioni possibilmente a quelli non vitali.

[10] La normativa è il frutto dell'accorpamento di svariare proposte di legge presentate da differenti forze politiche. Ugo Salanitro, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2016, p. 1360 ss.; Fabio Buzzi e Giangiacomo Tassi, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 96 ss.; Emilio Dolcini, *La lunga marcia della fecondazione assistita: la legge 40/2004 tra Corte Costituzionale, Corte EDU e giudice ordinario*, *in Riv. it. dir. proc. pen*., 2011, p. 428 ss.; Michele Sesta, *La procreazione medicalmente assistita tra legge, Corte costituzionale, giurisprudenza di merito e prassi medica*, in *Fam. dir*., 2010, p. 845 ss.; Geremia Casaburi, *Procreazione medicalmente assistita: "disco verde" giurisprudenziale alle coppie non sterili e non infertili*, in *Corr. merito*, 2010, p. 260 ss.; Maria Dossetti, Maria Lupo, Maria letizia jabes Moretti, *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione assistita. Problemi e responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2009; Francesca Romana Fantetti, *Illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. pers. succ*., 2009, p. 683; Mimma Moretti, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Tratt. dir. fam*. Bonilini e Cattaneo, III, Utet, Torino, 2007, p. 291 ss.; Riccardo Villani, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Tratt. dir. fam*. Zatti, VII, Giuffrè, Milano, 2006; p. 263 ss.; Francesco Ruscello, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. dir*., 2004, p. 634; Fernando Santosuosso, *La procreazione medicalmente assistita*, Giuffrè, Milano, 2004.

[11] Si stima che negli anni 2010-2011 un numero di circa 4000 coppie italiane sia ricorso all'estero per il trattamento di procreazione medicalmente assistita. Tra questi il cinquanta per cento aveva fatto ricorso a tecniche di fecondazione eterologa. I dati sono riportati negli studi condotti dall'Osservatorio sul turismo procreativo, reperibili in www.osservatorioturismoprocreativo.it. In argomento Joelle Long, *"Turismo" matrimoniale e procreativo: alcune riflessioni socio-giuridiche*, in *Genius*, n. 2, 2015, p. 163 ss.

[12] Per una quadro di sintesi dei diversi ordinamenti Raffaele Torino, *Legittimità e tutela giuridica*

del pluralismo etico che connota il nostro tempo, la disciplina si collocava, all'epoca della sua emanazione, nell'ambito di quelle leggi ispirate a un modello rigido, dettando limiti al diritto di procreare delle persone attraverso il ricorso a tecniche di procreazione assistita che veniva, infatti, circoscritta in ambiti ridotti.

Secondo le critiche da più parti, anche di recente, avanzate il testo normativo tutelerebbe in massimo grado l'embrione[13] e ciò anche a scapito del diritto alla salute della donna, impedendo al contempo la ricerca scientifica per la cura di alcune gravi malattie e la loro prevenzione[14]. E, ancora, nel vietare l'inseminazione eterologa, diversamente dalle legislazioni della gran maggioranza dei paesi occidentali, avrebbe limitato il diritto della persona alla creazione di una famiglia con figli, in ossequio a tradizionali tendenze presenti nel nostro Paese[15].

In diversa prospettiva, la *ratio* del divieto di eterologa era individuata nella preoccupazione che il superamento della legge di natura infrangesse irrime-

---

degli accordi di maternità surrogata nelle principali esperienze straniere e in Italia, *Familia*, n. 1, 2002, p. 179 ss., ove ulteriori riferimenti.

[13] Per la posizione particolarmente attenta alla tutela dell'embrione, cfr. le proposte di legge n. 762, d'iniziativa del deputato Napoli recante "Norme per la tutela dell'embrione e la dignità della procreazione medicalmente assistita, presentata il 2 giugno 2001; la n. 2465, d'iniziativa del deputato Patria e altri recante "Norme per la tutela dell'embrione e la dignità della procreazione assistita", presentata il 2 marzo 2002; la n. 2492, di iniziativa del deputato Di Teodoro recante "Norme per la tutela dell'embrione e la dignità della procreazione assistita" presentata il 7 marzo 2002, in www.senato.it. Sul tema Carmela Simona Pastore, *L'embrione umano tra tutela della ricerca scientifica e diritti della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, n. 3, 2014, p. 730 ss.; Claudio Buccelli, *La tutela dell'embrione nella legge 40/2004*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 1, 2006, p. 15 ss.; Cristina Maria Pettinato, *I nuovi orizzonti giuridici della tutela dell'embrione*, in *Dir. eccl.*, n. 3, 2004, p. 299 ss.; Adriano Bonpiani, *Studi e saggi: La dignità del vivere: Quale tutela dell'embrione umano nella riflessione biogiuridica internazionale?*, in *Bioetica*, n. 1, 2001, p. 139 ss.

[14] Francesco Carlino, *La selezione preimpianto tra autodeterminazione procreativa e tutela del diritto alla salute della donna*, in *Resp. civ. prev.*, n. 1, 2018, p. 229 ss.; Emilio Dolcini, *La legge sulla procreazione assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4, 2014, p. 1669 ss.; Gabriele Carapezza Figlia, *Tutela dell'embrione e divieto di brevittabilità: un caso di assiologia dirimente nell'ermeneutica della Corte di Giustizia*, in *Dir. fam. pers.*, n. 1, 2012, p. 3 ss.; Marina Casini, *La dimenticanza del diritto alla famiglia del figlio concepito con le tecniche di Pma sotto il profilo dell'unitarietà delle figure genitoriali*, in *Dir. fam. pers.*, n. 1, 2011, p. 73 ss.

[15] Cfr., in vario senso, Lorenzo D'Avack, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: un'occasione mancata per bilanciare valori ed interessi contrapposti in uno Stato laico*, in *Dir. fam. pers.*, 2004, p. 793 ss.; Alfonso Celotto, *Legge sulla procreazione medicalmente assistita: quanti dubbi di costituzionalità*, in www.forumcostituzionale.it, p. 1; Pasquale Stanzione e Giovanni Sciancalepore (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 39. Invero si è ritenuto che "i politici cattolici, una volta che hanno spiegato chiaramente la propria posizione hanno il dovere di impegnarsi per ridurre gli effetti negativi e fare in modo che il testo di una legge sia il migliore possibile, tenendo conto degli equilibri e delle forze in gioco". Elio Sgreccia e Angelo Fiori, *Qualche riflessione sopra la legge italiana sulla procreazione assistita*, in *Medicina e Morale*, 2004, n. 1, p. 10.

diabilmente i legami di procreazione biologica. La sua abolizione avrebbe determinato una discutibile scissione, fonte di confusione, tra la figura del genitore meramente genetico e quella del genitore sociale, in violazione dei primari diritti del concepito[16].

A tal riguardo non si può non ricordare che nel nostro ordinamento esistono da tempo altri istituti, in particolare l'adozione legittimante, per effetto dei quali la paternità e la maternità si allontanano dal legame biologico, trovando fondamento in una decisione libera e consapevole dei genitori sociali, in un vincolo fondato non sul sangue ma su logiche diverse: quella dell'affetto e dell'accoglienza. Istituti che andrebbero maggiormente valorizzati al fine di ridurre il ricorso a tecniche "artificiali" di procreazione[17]. Queste e non tutte

---

[16] In tal senso si veda la Relazione della XII Commissione permanente Affari sociali, relatore per la maggioranza Bianchi, presentata alla Presidenza il 26 marzo 2002, in www.senato.it. Nel campo della procreazione assistita si assiste ad una profonda riflessione nel corso del tempo nel pensiero cattolico. Particolare importanza in tal senso assumono l'Istruzione *Donum vitae* della Congregazione per la dottrina della fede del 22 febbraio 1987 [Elio Sgreccia (a cura di), *Il dono della vita*, Milano, 1987, p. 7 ss.], che fissa i criteri morali onde risolvere le questioni etiche sollevate dalle tecniche di fecondazione artificiale. In particolare, si sottolinea che la ricerca scientifica e le applicazioni della tecnica devono essere vagliate alla luce del rispetto, difesa e promozione dell'uomo, del suo diritto primario e fondamentale alla vita, della sua dignità di persona [Introduzione, n. 1]. Muovendo da tali presupposti vengono esaminati la diagnosi pre-impianto, gli interventi terapeutici, la ricerca e la sperimentazione sugli embrioni, gli interventi di manipolazione genetica. Il quadro delineato mostra riserve sotto il profilo morale sia nei riguardi della procreazione artificiale sia della maternità sostitutiva [Parte seconda, A, nn. 2 e 3]. L'Istruzione *Dignitas personae*, pubblicata l'8 settembre 2008, dalla Congregazione per la Dottrina della Fede (in www.vatican.va), nel rimarcare i principi espressi dalla precedente, afferma, di converso, la liceità delle "tecniche che rispettano il diritto alla vita e all'integrità fisica di ogni essere umano", "l'unità del matrimonio, che comporta il reciproco rispetto del diritto dei coniugi a diventare padre e madre soltanto l'uno attraverso l'altro" e "i valori specificamente umani della sessualità, che esigono che la procreazione di una persona umana debba essere perseguita come il frutto dell'atto coniugale specifico dell'amore tra gli sposi". Sono quindi "ammissibili le tecniche che si configurano come un aiuto all'atto coniugale e alla sua fecondità […]. L'intervento medico è in questo ambito rispettoso della dignità delle persone, quando mira ad aiutare l'atto coniugale sia per facilitarne il compimento sia per consentirgli di raggiungere il suo fine, una volta che sia stato normalmente compiuto" (n. 12). Sono "certamente leciti gli interventi che mirano a rimuovere gli ostacoli che si oppongono alla fertilità naturale" (n. 13). Il documento rappresenta un'apertura rispetto alla precedente Istruzione del 1987 anche alla luce del mutato modo di concepire le tecniche nella coscienza sociale.
Cfr. Laura Scopel, *La procreazione artificiale nei recenti documenti della Chiesa Cattolica*, in www.statoechiese.it; Giovanni Bianco, *La Chiesa cattolica in Italia e la disciplina sulla procreazione medicalmente assistita*, in www.bibliotekacyfrowa.pl; Stefano Grossi, *Le tecnologie riproduttive nel magistero della Chiesa Cattolica*, in Andrea Buccelli (a cura di), *Produrre uomini: procreazione assistita : un'indagine multidisciplinare*, Firenze University Press, Firenze, 2005, p. 47 ss., ove ulteriori riferimenti. Per un quadro anche al pensiero di altre religioni Paolo Veronesi, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei «casi» e astrazione della norma*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 46 ss., 97 ss. e 151 ss.

[17] Sul tema Rosanna Pane, *L'adozione piena dei minori tra vecchi e nuovi problemi. Spunti di riflessione in tema di omogenitorialità*, in *Dir. succ. fam.*, n. 2, 2016, p. 451 ss.; *Le adozioni tra innovazioni e dogmi*, ESI, Napoli, 2003, ove riferimenti alla dottrina e alla prassi. Di recente Giuseppe Marra, *Divieto di maternità surrogata e interesse del minore: un nodo da sciogliere caso per caso*,

le critiche avanzate nei confronti del testo legislativo.

Non possono passare sotto silenzio, per altro verso, gli svariati difetti di tecnica legislativa[18]. Vale qui ricordarne soltanto alcuni, tra i più indicativi: la vaghezza del testo, l'assenza di coordinamento tra le singole norme e tra queste e il più generale impianto di riferimento del diritto delle persone, l'intrinseca contraddittorietà e/o ambiguità della disciplina e delle sue reali finalità. Ambiguità palesatasi con maggior evidenza soprattutto dopo gli svariati interventi correttivi operati dalla Corte costituzionale[19]. Né si può tacere la

---

in www.ilfamiliarista.it, 30 gennaio 2018. Di grande attualità l'insegnamento di Giovanni Paolo II, *Evangelium vitae*, (n. 29, in www.w2.vatican.va) nella quale si auspica "sentendoci profondamente vicini alle coppie di sposi, che ancora non riescono a trovare nella medicina una soluzione alla loro condizione di sterilità, fraternamente le incoraggiamo ad esprimere e realizzare ugualmente la loro fecondità coniugale, ponendosi con generosità a servizio delle molteplici situazioni umane bisognose di amore e di condivisione. Fra queste meritano una particolare menzione gli istituti sociali dell'adozione e dell'affidamento familiare per i quali auspichiamo normative giuridiche sempre più in grado di assicurare le dovute garanzie ed, allo stesso tempo, dei tempi rapidi per gli adempimenti burocratici".

[18] In particolare, Nicolò Lipari, *Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa*, Relazione al convegno "Procreazione assistita: problemi e prospettive", Roma, 31 gennaio 2005, Accademia dei Lincei, in www.laprocreazioneassistita.it.

[19] Negli ultimi anni si segnalano gli importanti interventi della Consulta che hanno riscritto i limiti in materia di procreazione artificiale posti dalla legge n. 40 del 2004. Con sentenza n. 84 del 2016, la Corte costituzionale dichiara l'inammissibilità della questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Firenze relativa al divieto di utilizzare gli embrioni soprannumerari per finalità di ricerca (Carlo Casini e Marina Casini, *Soggettività dell'embrione, "contraccezione di emergenza", obiezione di coscienza: riflessioni dopo la sentenza costituzionale 84/2016*, in *Dir. fam. pers*., n. 3, 2016, p. 863 ss.; Angela Cossiri, *La l. n. 40/2004 ancora di fronte alla Corte: l'inammissibilità delle questioni sui divieti di revoca del consenso e di ricerca sugli embrioni (nota a C. cost. 13 aprile 2016 n. 84)*, in *Giur. cost*., 2, 2016, p. 763 ss.; Geremia Casaburi, *La Corte costituzionale e la l. 40/04: ritorno all'ordine? (nota a Corte cost. 13 aprile 2016, n. 84; Corte cost. 22 marzo 2016, s.n.*, in *Foro it*., n. 5, 2016, c. 1518 ss.). Con sentenza n. 96 del 2015, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'esclusione dalla possibilità di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità che consentono l'accesso all'aborto terapeutico (Gererrmia Casaburi, *La Corte costituzionale allarga (con qualche ambiguità) l'accesso alla procreazione medicalmente assistita. Osservazioni a Corte cost. 5 giugno 2015, n. 96*, in *Foro it*., nn. 7-8, 2015, c. 2254 ss.; Antonio Iannuzzi, *La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità del divieto di accesso alla diagnosi preimpianto e alla procreazione medicalmente assistita per le coppie fertili e sgretola l'impianto della legge n. 40 del 2004. Osservazione a sentenza Corte Cost. 5 giugno 2015 n. 96*, in *Giur. cost*., n. 3, 2015, p. 813 ss.). Ancora la Corte costituzionale, con sentenza n. 229 del 2015 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, commi 3, lettera *b*), e 4, nella parte in cui contempla come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera *b*), della legge 194 del 1978 e accertate da apposite strutture pubbliche (Lorenzo Chieffi, *L'irragionevole obbligo di crioconservazione degli embrioni selezionati e abbandonati in seguito ad indagine genetica reimpianto, nota a C. cost. 11 novembre 2015 n. 229*, in *Giur. cost*., n. 6, 2015, c. 2111 ss.; Caterina Iagnemma, *Diagnosi genetica preimpianto: problemi aperti in rapporto alla sentenza della Corte costituzionale n. 229/2015, nota a C. cost. 11 novembre 2015 n. 229*, in *Riv. it. med. leg*., n. 1, 2016, p. 322 ss.; Paola Sanfilippo, *La riscrittura giurisprudenziale della legge n. 40/2004: un caso singolare di eterogenesi dei fini*, *Riv. it. dir. proc. pen*., n. 2, 2015, p. 851 ss.). Con sentenza

mancata regolamentazione di alcune situazioni, quali la maternità surrogata, ormai frequenti nella prassi che allo stato continuano a essere affidate alla deontologia dei medici, alla libera determinazione delle persone, alla riflessione dei giudici[20].

3. *La caduta del divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo nel pensiero della Corte costituzionale*

La legge n. 40 del 2004, nei suoi anni di vigenza, è stata sottoposta a innumerevoli censure sia dalle giurisdizioni di merito sia di legittimità e a ripetuti interventi della Corte costituzionale[21]. Particolare rilievo assume l'orien-

---

n. 162 del 2014 viene dichiarata l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa medicalmente assistita (Marina Casini, *Il "figlio a tutti i costi" e la procreazione medicalmente assistita. Così la Corte Costituzionale dimentica il primato degli interessi e dei diritti dei minori. La sentenza n. 162 del 2014 e il ritorno dell'eterologa in Italia*, in *Medicina e morale*, 3, 2014, p. 367 ss.; Filippo Vari, *A proposito della sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale in materia di procreazione eterologa* in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 3, 2014, p. 617 ss.; Antonello Ciervo, *Legislatori irragionevoli e giudici senza cuore. L'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita tra giurisprudenza e valori costituzionali*, *Giur. cost.*, n. 4, 2008, p. 3669 ss.). Con la sentenza n. 151 del 2009 la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, limitatamente alle parole "ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre" e del comma 3, nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio per la salute della donna (cfr. Fernando Santosuosso, *La legge n. 40/2004 dopo gli interventi della Consulta*, in *Iustitia*, n. 2, 2010, p. 175 ss.; Marina Casini, *La sentenza costituzionale 151/2009: un ingiusto intervento demolitorio della legge 40/2004, nota a C. cost. 8 maggio 2009 n. 151*, in *Dir. fam. pers.*, n. 3, 2009, p. 1033. Per una completa disamina di tutti gli interventi giurisprudenziali in materia si rinvia a www.fecondazioneeterologaitalia.it ed anche a www.biodiritto.org-dossier-come-cambiata-la-legge-40, ove riferimenti anche alla giurisprudenza di merito. In dottrina Antonio D'Aloia (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005; precedentemente Antonio Baldassarre, *Le biotecnologie e il diritto costituzionale*, in Mauro Volpi (a cura di), *Le biotecnologie: certezze e interrogativi*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 16 ss. Mauro Volpi, *Lo statuto costituzionale dell'embrione*, in Guido Biscontini e Lucia Ruggeri (a cura di), *La tutela dell'embrione*, ESI, Napoli, 2002, p. 35 ss.

[20] Di recente degna di attenzione è la sentenza n. 272 del 2017 resa dalla Corte costituzionale, in *Dir. fam. pers.*, n. 1, 2018, p. 15 ss., con nota critica di Lorenzo D'Avack, *Maternità surrogata: un divieto inefficace*, *ivi*, 2017, p. 139 ss. Sul tema Aa.Vv., *La maternità surrogata: evoluzione giurisprudenziale italiana ed europea*, *ivi*, 2016, p. 1117 ss.; Alessandra Cordiano, *Alcune riflessioni a margine di un caso di surrogacy colposa. Il concetto di genitorialità sociale e le regole vigenti*, *ibidem*, 2017, p. 472; Giada Ciarlariello, Armida Aalba Campolongo, Mariantonia Di Sanzo, Raffaele La Russa, Alessandro Santurro, Valentina Lo Voi, Paola Frati, *La maternità surrogata: evoluzione giurisprudenziale italiana ed europea*, *ivi*, 2016, p. 1137 ss., a cui si rinvia per un'ampia bibliografia. La Consulta, in particolare, ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di appello di Milano rispetto all'articolo 263 c.c., rilevando che il giudice chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione del riconoscimento del figlio naturale concepito attraverso la surrogazione di maternità è sempre tenuto a valutare, in modo comparativo, l'interesse alla verità e quello del minore.

[21] Cfr. *retro* nota 19.

tamento espresso dalla Corte costituzionale, che nella pronuncia 10 giugno 2014, n. 162, nell'accogliere le doglianze dei remittenti, fugando i timori della vigilia su di un suo possibile ripensamento, ha fatto cadere il divieto di procreazione eterologa[22].

La pronuncia ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, dell'art. 9, commi 1 e 3 e dell'art. 12, comma 1, della l. n. 40 del 2004. A tale risultato si è giunti dopo un difficile e accidentato percorso. Infatti, la Corte, investita della medesima doglianza, con la sentenza 12 marzo 2010, n. 97, aveva dichiarato inammissibile la questione[23]. In seguito con ordinanza 22 maggio 2012, n. 150, nella scia della sopravvenuta sentenza della **C**orte EDU, Grande Camera, 11 novembre 2011, S.H. e altri contro Austria[24], ha ordinato la restituzione degli atti ai giudici remittenti, per un rinnovato esame[25].

---

[22] In www.giurcost.org. Tra i vari commenti, in diversa prospettiva: Antonino Porracciolo, *Un divieto non giustificabile dall'ordinamento se ostacola la realizzazione della genitorialità (nota a Corte cost. 10 giugno 2014 n . 162)*, in *Guida dir.*, 27, 2014, p. 27; Cristiano Cicero e Emilia Peluffo, *L'incredibile vita di Timothy Green e il giudice legislatore alla ricerca dei confini tra etica e diritto; ovverosia, quando diventare genitori non sembra (apparire) più un dono divino (nota a C. cost. 10 giugno 2014 n. 162)*, in *Dir. fam. pers.*, n. 4, 2014, p. 1290 ss.; Lorenzo D'Avack, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare (nota a C. cost. 10 giugno 2014 n. 162)*, *ivi*, n. 3, 2014, p. 1005 ss.; Carlo Castronovo, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale (nota a C. cost. 10 giugno 2014 n. 162)*, in *Europa dir. priv.*, n. 3, 2014, p. 1117 ss.

[23] In www.giurcost.org. Cfr, in vario senso, *Ragionevolezza del divieto di procreazione assistita eterologa, tra ordinamento italiano e CEDU*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2 luglio 2010; Irene Pellizzone, *Fecondazione eterologa e Corte europea: riflessioni in tema di interpretazione convenzionalmente conforme e obbligo del giudice del giudice di sollevare la questione d legittimità costituzionale*, *ivi*, 2 luglio 2010; Emilio Dolcini, *Strasburgo – Firenze – Roma: il divieto di fecondazione eterologa si avvia al capolinea?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1429 s.

[24] La pronuncia ha ribaltato la sentenza resa dalla prima sezione, 1 aprile del 2010, S.H. e altri contro Austria con la quale la Corte europea, nell'affermare che la decisione di concepire un figlio attraverso tecniche di fecondazione assistita rientra nella sfera di tutela degli artt. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 14 (divieto di discriminazione rispetto al godimento dei diritti riconosciuti dalla convenzione), aveva ritenuto che il divieto di donazione di spermatozoi e di ovociti nei termini stabiliti dalla legge austriaca fosse discriminatorio per quelle coppie per le quali l'unico modo di concepire un figlio è quello di ricorrere ad un donatore esterno**.** Invero la Grande Camera nella sentenza del 2011, ha analizzato la vicenda sotto diversa angolazione. Precisamente ha valutato se il divieto previsto dalla legge austriaca in tema di fecondazione eterologa costituisse un'interferenza legittima, necessaria e proporzionata nei confronti dell'art. 8 CEDU. La Corte pur rilevando una chiara tendenza nell'ambito dei paesi facenti parte del Consiglio d'Europa favorevole alla donazione di gameti ai fini della procreazione *in vitro*, ha ritenuto tuttavia che tale orientamento non valga a limitare il margine di apprezzamento discrezionale del legislatore nazionale in una materia tanto delicata e sensibile quale quella della procreazione medicalmente assistita.

[25] Tra gli altri commenti, cfr. Anrea Renda e Andrea Nicolussi, *Corte costituzionale, ordinanza 7 giugno 2012, n. 150*, in *Europa dir. priv.*, n. 1, 2013, p. 196 ss.; Giorgio Repetto, *Ancora sull'ordinanza n. 150 del 2012 della Corte costituzionale: alcune ragioni per fare di necessità virtù*, www.dirittocomparati.it; Caterina Murgo, *Il giudizio di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa dopo la decisione della Grande Chambre della Corte di Strasburgo (Commento a Corte cost., ord. 22.5.2012, n. 150)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 10, 2012, p. 870 ss.

La questione d'incostituzionalità è stata, quindi, nuovamente sottoposta al vaglio della Consulta dai Tribunali di Milano, di Firenze e di Catania, con ordinanze quasi contemporanee (8 aprile, 29 marzo e 13 aprile 2013)[26]. In ciascuna delle ordinanze di remissione, il ricorso alle tecniche di procreazione assistita di tipo eterologo è stato ritenuto l'unico metodo idoneo a consentire alle coppie richiedenti di avere un bambino, nonostante lo stato di assoluta infertilità di uno dei *partners*. A sostegno della tesi di tutti i ricorrenti è stata riportata la decisione della prima Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo del 1° aprile 2010. In particolare, nella ordinanza milanese, i coniugi richiedevano, secondo le metodiche della procreazione medicalmente assistita, la fecondazione di tipo eterologo, mediante donazione di gamete maschile, a causa dell'infertilità assoluta, dovuta ad azoospermia completa, da cui risultava affetto il marito. Parimenti nel caso fiorentino, il giudice remittente individuava nel ricorso alla tecnica di fecondazione assistita di tipo eterologo, l'unico rimedio idoneo, nel caso di specie, a consentire il superamento degli impedimenti profilatisi al concepimento data l'impossibilità dei coniugi di concepire un figlio per vie naturali, a causa della assoluta infertilità del marito, perché affetto da azoospermia con assenza di cellule spermatogeniche. Nel caso catanese, i ricorrenti si trovavano impossibilitati a realizzare il loro diritto alla genitorialità a causa della sterilità assoluta dalla quale era colpita la donna, individuando quale unico metodo idoneo al superamento della suddetta patologia quello della "ovodonazione", non praticata in Italia.

I giudici costituzionali hanno motivato la declaratoria d'incostituzionalità del divieto di eterologa esclusivamente sui parametri interni, e precisamente gli artt. 2, 3, 13, 29, 31 e 32 cost., unitariamente interpretati in quanto la procreazione medicalmente assistita involge "plurime esigenze costituzionali, incidendo la normativa in esame su interessi di tale rango". Volutamente la Corte non ha menzionato l'art. 8 della CEDU, rispetto della vita privata e familiare, ritenendo che il giudicato di costituzionalità andasse risolto esclusivamente alla luce del dato costituzionale[27].

È opportuno ricordare, pur se in via sintetica, i passaggi fondamentali che sorreggono la pronuncia. La Corte afferma che il divieto di eterologa non co-

---

[26] Trib. Milano, 8 aprile 2013, in *Foro it*., n. 9, I, 2013, c. 2473; Trib. Firenze, 29 marzo 2013, in www.dirittopenalecontemporaneo, con nota di Alessandra Verri, *Anche il Tribunale di Firenze, dopo quelli di Milano e Catania, rimette alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale della fecondazione eterologa*; Trib. Catania, 13 aprile 2013, in *Foro it*., n. 9, I, 2013, c. 2473 ss.

[27] Franco Gallo, *Rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU*, in www.cortecostituzionale.it; Giovanna Chiappetta (a cura di), *Gli* status personae *e* familiae *nella giurisprudenza delle Corti sovranazionali*, ESI, Napoli, 2012; Giovanna Chiappetta (a cura di), *Famiglie e minori nella leale collaborazione tra le Corti*, ESI, Napoli, 2011, ove ulteriori richiami.

stituisce un'opzione consolidata nel tempo e neppure il frutto di obblighi derivanti da accordi internazionali. La scelta di avere o no dei figli rientra nella sfera più intima e intangibile dell'uomo e, come tale, deve essere lasciata alla consapevole autodeterminazione della persona. Il giudice delle leggi avverte che la libertà di diventare genitori non si può manifestare senza limiti, ma che questi non possono consistere in un divieto assoluto. Nel richiamarsi a un ampio concetto di salute, quale migliore stato di sanità pisco-fisica possibile della persona, i giudici costituzionali affermano che l'impossibilità di ricorso all'eterologa può turbare gravemente la salute psichica della coppia e costituire un grave *vulnus* a tale diritto.

L'impiego della tecnica in esame ha uno scopo preciso: quello di favorire la vita in quanto destinato ai soli casi di sterilità o infertilità assolute, sì che ciò porta in radice a escludere un'eventuale utilizzazione dei gameti a illegittimi fini eugenetici.

Dunque costituisce un innegabile strumento per attuare la stessa funzione che nel suo complesso la legge è chiamata a realizzare. Illogico appare ancora, nel pensiero della Corte, il divieto alla luce del principio di eguaglianza sostanziale, che vuole che situazioni diverse siano disciplinate in modo diverso. Infatti mentre le coppie affette da patologie meno gravi possono realizzare il loro desiderio di diventare genitori attraverso il ricorso a tecniche di tipo omologo, il divieto si pone come un ostacolo insormontabile e irragionevole per quelle coppie le cui patologie sono di natura molto più grave e tale da richiedere l'impiego di materiale genetico a esse estraneo.

D'altro canto la permanenza del divieto comporta un pesante pregiudizio a carico delle coppie meno abbienti, che in ragione della loro situazione economica non possono sostenere le spese per recarsi in quei paesi ove il ricorso all'eterologa è consentito.

Per quanto attiene alle tutele predisposte dalla legge a favore delle persone nate con l'ausilio dell'eterologa e per le coppie che vi accedono, il giudice delle leggi rileva come non possa sorgere incertezza sullo stato giuridico del nato, visto che la legge n. 40 prevede che a seguito del ricorso a tale tecnica i nati acquistano lo *status* di figli, garantito dall'impossibilità di ricorrere in disconoscimento o all'impugnazione *ex* art. 263 c.c. E in caso di ovodonazione viene esclusa la possibilità dell'anonimato della madre. I donatori di gameti del pari non acquisiscono alcuna relazione giuridica parentale con il nato e viene garantito loro l'anonimato. La Corte, infine, afferma come dall'esame di tutti gli interessi coinvolti e dalla disciplina per essi apprestata, la cancellazione del divieto non determini alcun vuoto normativo sia in riferimento all'identificazione dei casi nei quali è legittimo il ricorso alla tecnica sia per quanto attiene ai requisiti soggettivi *ex* art. 5, comma 1.

4. *Le criticità aperte ad opera della sentenza costituzionale nella normativa e le nuove Linee guida. Loro insufficienza*

Questo in estrema sintesi il giudicato, che pur rappresentando un sicuro passo in avanti sulla strada della realizzazione del diritto alla procreazione cosciente e responsabile, comunque in alcuni passaggi non sfugge a possibili critiche.

In via preliminare è da osservare che non convincono le motivazioni addotte dalla Corte laddove dichiara che il suo intervento correttivo non avrebbe determinato alcuna lacuna nell'ambito della normativa. Tale posizione fu caldeggiata anche da un folto gruppo di giuristi che, subito dopo il giudicato, sollecitarono i centri di procreazione medicalmente assistita a praticare immediatamente l'applicazione di tecniche eterologhe[28]. Posizione questa non del tutto condivisibile visto che la caduta del divieto ha comportato e comporta innumerevoli problemi che richiedono ancora una pronta soluzione.

In questi ultimi anni, si è tentato di superare alcune delle criticità più evidenti aperte per effetto della sentenza costituzionale, con un ampio ricorso alla decretazione, sopratutto da parte del Ministero della Salute[29]. Si è inoltre provveduto ad emanare le nuove Linee guida[30], che hanno innovato alcuni parametri per l'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita. In particolare, è stato stabilito che l'acceso alle tecniche è consentito soltanto alle coppie affette da sterilità e/o infertilità inspiegabili documentate da atto medico o da cause accertate e documentate da atto medico. Spetta al medico decidere la gradualità degli interventi, utilizzando, in un primo momento le tecniche più semplici, meno invasive e onerose, tenendo presenti le

---

[28] Le richieste di sottoporsi a eterologa intanto sono aumentate. Per rilievi statistici si vedano i dati emersi nel primo Congresso nazionale in materia di procreazione medicalmente assistita tenutosi a Firenze nel febbraio 2018, in www.pma-italia.it.

[29] In particolare si ricordano: il Decreto legislativo, 16 dicembre 2016, n. 256, in G.U., Serie generale, n. 10, 13 gennaio 2017, riguardante prescrizioni tecniche relative alla codifica di tessuti e cellule umane; il Decreto del ministero della Salute, 15 novembre 2016, in G.U., Serie generale, 19 novembre 2016, n. 171, riguardante le procedure volte a verificare le norme di qualità e di sicurezza equivalenti dei tessuti e delle cellule importati; il Decreto del Ministero della Salute, 28 dicembre 2016, n. 265, in G.U., Serie generale, 17 febbraio 2017, n. 40, recante norme in materia di manifestazione di volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita in attuazione dell'art. 6, comma 3, l. n. 40 del 2004 (sul tema del consenso informato).

[30] Decreto del Ministero della Salute, 1 luglio 2015, Linee Guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, in G.U., Serie generale, 14 luglio 2015, n. 161. Sul tema Monica Bergo, *Il riconoscimento del diritto alla fecondazione eterologa e alla diagnosi preimpianto nel sistema italiano di "regionalismo sanitario"*, in *Giur. cost*., n. 5, 2015, p. 1738 ss. Per ulteriori riflessioni critiche nel tempo Andrea Nicolussi, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Europa dir. priv.*, n. 1, 2009, p. 1 ss.

particolarità del caso concreto quali l'età della donna, le cause dell'infertilità e della sterilità della coppia, nel rispetto dell'obiettivo primario da raggiungere: la nascita di un neonato vivo a termine senza pregiudizio della salute della donna. Del pari si circoscrive il ricorso all'eterologa, compresa la donazione da parte di terzi estranei alla coppia di gameti maschili e femminili, al ricorso di situazioni di sterilità o infertilità assolute documentate e certificate da atto medico. Per quanto attiene ai requisiti soggettivi della coppia richiedente spetterà al medico raccogliere l'autocertificazione dello stato di matrimonio o di convivenza della coppia. Sono inoltre previste una serie di garanzie e cautele affinché il consenso prestato, in forma scritta, dalla coppia si formi in modo cosciente, responsabile e informato. Sono predisposte consulenze anche di tipo psicologiche e di sostegno al fine di percorrere il difficile cammino verso la procreazione, che non avrà sempre un risultato positivo.

Come è possibile rilevare dalla pur sommaria esposizione delle Linee guida, l'intero procedimento è affidato al personale sanitario dei centri pubblici e privati che si occupano della procreazione medicalmente assistita. Al medico vengono affidati, infatti, non soltanto, come logico, tutte le decisioni sanitarie riguardanti la scelta, i tempi, le modalità delle varie fasi della tecnica, ma anche la raccolta e la custodia delle dichiarazioni rese dai coniugi o dai conviventi relative alla ricorrenza dei requisiti soggettivi richiesti dall'art. 5 della legge n. 40. Norma quest'ultima dal contenuto, invero, alquanto generico.

Sulla veridicità e serietà delle dichiarazioni rese dalla coppia, nella forma dell'autocertificazione, non sono previsti, infatti, controlli di alcun tipo e ciò potrebbe ingenerare il sorgere di prassi fraudolente volte a sfuggire alla ricorrenza dei requisiti soggettivi richiesti dal dettato normativo. Di là dal problema, di non scarso rilievo, circa la saldezza e serietà del vincolo matrimoniale, particolare preoccupazione è rappresentata dalla richiesta avanzata dalla coppia convivente.

Infatti, in tale ultima ipotesi, si fa più evidente il pericolo che vengano superati i limiti di accesso normativamente predisposti a tutela del nato da procreazione medicalmente assistita. Limiti finalizzati a garantire la presenza di una coppia di genitori e, dunque, di un ambiente familiare unito e stabile che possa agevolare la sua crescita e lo sviluppo della sua personalità.

5. *Il lavorio legislativo successivo e i problemi ancora aperti*

Nonostante l'intenso lavorio legislativo e ministeriale, molti problemi restano ancora in attesa di definizione. È invero ancora *in itinere* lo schema di decreto del Presidente della Repubblica recante il Regolamento di attuazione

della direttiva dell'Unione europea n. 39 del 2012, nel quale è inclusa la regolamentazione della donazione di gameti ai fini di procreazione eterologa[31]. Non può sfuggire infatti l'esigenza di fissare un limite massimo di età per le donatrici e i donatori, un limite massimo di nati per ciascun donatore, necessita inoltre garantire la tracciabilità del materiale biologico e dei tessuti umani per risalire dal nato al donatore e viceversa (sistema del doppio binario), al fine di tutela del diritto alla salute. Del pari è ancora in fase attuativa il Registro nazionale dei donatori[32], strumento indispensabile per garantire in concreto tale tracciabilità.

Qualche passo in avanti è stato compiuto con l'inserimento dell'eterologa nei livelli essenziali di assistenza sanitaria[33]. Previsione invero poco soddisfacente. Il testo della norma (art. 49) recita: "Le coppie che si sottopongono alle procedure di procreazione medico assistita eterologa contribuiscono ai costi delle attività nelle misure fissate dalle Regioni e dalle Provincie autonome".

Il dettato normativo risulta quanto mai vago ed ambiguo. In primo luogo non si precisa la misura della contribuzione a carico degli utenti. Si può ragionevolmente immaginare che la prevista polverizzazione della valutazione dei costi tra le varie Regioni determinerà interventi non coordinati e tali da perpetuare una situazione d'ingiustificata disparità di trattamento tra gli abitanti delle Regioni ricche e quelli delle Regioni povere e, ancora, non opererà alcun tipo di bilanciamento tra situazioni diverse[34].

Sarebbe stato, diversamente, necessario predisporre un programma organico che prevedesse una serie complessa di strumenti di natura diversa finalizzati al sostegno economico e medicale a favore delle coppie sterili meno abbienti anche attraverso la determinazione di una quota vincolata del fondo nazionale sanitario per consentire l'accesso a tale tecnica nei centri pubblici.

Si palesa la preoccupazione non nuova che, in mancanza di un forte e reale intervento statale e di un'equa ripartizione delle risorse, l'insufficiente funzionalità amministrativa e la precaria realtà socio-economica di alcune zone

---

[31] Il testo è reperibile in www.interlex.it. Cfr. Relazione del Ministro della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita (Legge 19 febbraio febbraio 2004, n. 40, articolo 15), Roma, 29 giugno 2017, in www.parlamento.it.

[32] Art. 1, comma 298, l. 23 dicembre 2014, n. 190, in www.gazzettaufficiale.it.

[33] Art. 49, Decreto Presidente del Consiglio 12 gennaio 2017, Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza di cui all'art. 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, in www.gazzettaufficiale.it.

[34] Su tale aspetto già Pietro Perlingieri, *Il diritto del minore all'assistenza: aspetti problematici ed attuativi,* in *Rapporti personali nella famiglia,* ESI, Napoli, 1979, p. 79 ss. e spec. p. 85 s. Un'indagine attuale del fenomeno mostra il netto divario in materia tra il nord e il sud del Paese in termini di strutture, costi e tempi nell'accesso alle tecniche di procreazione assistita, cfr. www.fecondazioneeterologaitalia.it.

determini un crescente aggravio del divario nord-sud del Paese[35].

6. *Il diritto del nato da procreazione eterologa di conoscere le proprie origini*

Una tra le tante criticità che appare degna di riflessione riguarda la conoscenza da parte del nato delle proprie origini biologiche[36].

La Corte forse è stata troppo frettolosa nel ritenere appaganti le garanzie e le tutele apprestate al soggetto più debole: cioè al nato da inseminazione eterologa. Il disposto di cui all'art. 9 appare per un verso ambiguo e dall'altro incompleto.

Infatti, una volta intervenuta la nascita da inseminazione eterologa, la norma non prevede da parte della persona nata il diritto di conoscere la propria origine genetica, garantendo invero l'anonimato del donatore. E questo in palese dispregio del diritto all'identità personale del soggetto, diritto che concorre a conformare in un'unica sfera semantica di significato lo stesso concetto di

---

[35] Pietro Perlingieri, *o.l.u.c.*; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, ESI, Napoli, 2006, *passim*.

[36] Sul tema Rosanna Pane, *Ancora sul diritto di conoscere le proprie origini*, in *Dir. succ. fam.*, 2, 2015, p. 435 ss.; Id., Favor veritatis *e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini nella recente riforma delle adozioni*, in *Rass. dir. civ.*, nn. 1-2, 2003, p. 240 ss. In giurisprudenza (Cass., 20.03.2018, n. 6963, in *Foro it.*, n. 4, I, 2018, c. 1134) di recente si è ritenuto che: "L'adottato ha diritto di conoscere le proprie origini accedendo alle informazioni concernenti non solo l'identità dei propri genitori biologici, ma anche quelle delle sorelle e dei fratelli biologici adulti, previo interpello di questi ultimi mediante procedimento giurisdizionale idoneo ad assicurare la massima riservatezza ed il massimo rispetto della dignità dei soggetti da interpellare, al fine di acquisirne il consenso all'accesso alle informazioni richieste o di constatarne il diniego, da ritenersi impeditivo dell'esercizio del diritto. Il Supremo Collegio (Cass., Sez. un., 25.01.2017, n. 1946, in *Guida dir.*, n. 8, 2017, p. 26 ss.), ha inoltre statuito che: "in caso di parto anonimo, per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013 (in www.cortecostituzionale.it) e anche in assenza di una disciplina procedimentale attuativa di tale pronuncia, il giudice, su richiesta del figlio desideroso di conoscere le proprie origini, può interpellare la madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata, ai fini di una revoca della sua dichiarazione, con modalità procedimentali idonee ad assicurare la massima riservatezza e il massimo rispetto della dignità della donna. Il diritto del figlio trova però un limite insuperabile se la madre non fa marcia indietro rispetto alla sua dichiarazione iniziale". Tale diritto, fino ad oggi negato, è stato riconosciuto dalle Sezioni unite che si sono pronunciate, su impulso del procuratore della Repubblica, a distanza di alcuni anni dalla sentenza con la quale la Consulta aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 28, comma 7, della legge 184/1983, per la parte in cui escludeva in maniera irreversibile la possibilità per il figlio di accedere alle informazioni sulla madre, rimediando così, ancora una volta, all'inerzia del legislatore. In materia il Tribunale di Trieste, con decreto del 05.03.2015 (in www.ilfamiliarista.it), ha dettato alcuni criteri operativi, in assenza di indici normativi una volta identificata la madre biologica, attraverso l'opera dell'Autorità giudiziaria. In particolare la procedura delineata prevede il recapito alla madre biologica, in forma riservata, tramite operatore dei servizi sociali, di una lettera di convocazione del Tribunale; un colloquio con la donna alla sola presenza del Giudice; la richiesta alla madre biologica di consenso al disvelamento della sua identità; in caso di consenso, la rivelazione dell'identità del figlio/figlia ricorrente.

dignità umana, divenendone una sua concreta esplicazione. Aspetto quest'ultimo valorizzato da due recenti proposte di legge, l'una di iniziativa del deputato Fioroni e altri, la seconda di iniziativa del deputato De Girolamo e altri[37].

Dal quadro normativo risulta chiaro che, diversamente dalle ipotesi di filiazione c.d. biologica, la possibilità per il generato attraverso inseminazione eterologa di acquisire la conoscenza delle proprie origini biologiche non può e non è rivolta a creare alcun tipo di relazione giuridica con il donatore del materiale genetico, né ad attribuire a quest'ultimo alcuna responsabilità genitoriale. Dunque la conoscenza non determina per sé alcuna incertezza o confusione circa la determinazione delle figure parentali[38].

---

[37] Rispettivamente Proposta di legge C. 2627, del 10 settembre 2014, recante "Disposizioni in materia di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo" e Proposta di legge C. 263, del 15 settembre 2014, "Norme per la disciplina della procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo". Tali progetti, motivati dalla necessità di intervenire dettando regole certe per consentire l'immediato avvio delle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo a seguito dell'emanazione della sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 10 giugno 2014, rimasti ancora al vaglio parlamentare, sono finalizzati ad assicurare che le tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo si svolgano secondo criteri di sicurezza uniformi sull'intero territorio nazionale, garantendo la tutela della salute di tutti i soggetti coinvolti, in particolare attraverso l'istituzione di una banca dati nazionale in grado di assicurare la tracciabilità delle cellule riproduttive nel percorso dal donatore al nato e viceversa, recependo, contestualmente, la richiamata normativa europea in materia di fecondazione eterologa. Inoltre la procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, essendo caratterizzata dalla circostanza che la fecondazione avviene mediante gameti donati da soggetti terzi rispetto alla coppia che accede alle relative tecniche, implica la necessità di disciplinare anche altri profili, per prevenire alcuni rischi di carattere sanitario che sono insiti proprio in tale caratteristica peculiare. Tra questi il rischio di unioni inconsapevoli tra consanguinei nati da fecondazione eterologa, attraverso un limite al numero di nascite derivanti dai gameti di un medesimo donatore, il divieto di utilizzare ulteriormente tali gameti una volta che sia accertato il raggiungimento del numero massimo stabilito. A monte di ciò, impedendo che le stesse donazioni possano verificarsi tra consanguinei, individuando gradi di parentela tra i quali evitare che ciò avvenga. Infine, garantendo una disciplina equilibrata tra l'anonimato della donazione, già sancito dal decreto legislativo n. 191 del 2007, e le condizioni di ordine sanitario giustificanti una deroga a tale principio. Il riferimento è alle ipotesi in cui dovessero insorgere, nell'embrione formato o nel soggetto nato da fecondazione eterologa, problemi di salute tali da richiedere l'accesso, da parte del medico responsabile, a talune informazioni sanitarie o attinenti al patrimonio genetico del donatore. Invero, il lavorio parlamentare in materia consta di oltre una ventina di progetti di legge, concernenti sia possibili modifiche ai codici di diritto sostanziale sia processuale per garantire la rappresentanza del nascituro nei procedimenti in materia di procreazione assistita, ovvero in materia di affidamento e adozione di bambini nati con l'uso di tali tecniche (C. 3756), sia quello penale, volto a reprimere i reati di surrogazione di maternità realizzati all'estero. Per una disamina di tali testi si rinvia a www.camera.it.

[38] Di recente in giurisprudenza si avverte un possibile nuovo temperamento in materia di diritto di conoscere le proprie origini e tutela dell'anonimato, specie in alcune e ben circostanziate situazioni. La Corte di Cassazione, con sentenza n. 15024 del 21.07.2016 (in *Foro it*., I, 2016, c. 3114), a seguito della morte della madre che ha partorito mantenendo segreta la propria identità, ha accolto l'istanza di accesso alle informazioni relative all'identità del genitore biologico, precedentemente rigettata dal giudice del merito, enunciando il seguente principio di diritto: "per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013, ancorché il legislatore non abbia ancora introdotto la disciplina procedimentale attuativa, sussiste la possibilità per il giudice, su richiesta del figlio desideroso

La conoscenza del proprio patrimonio genetico di converso, tutela la salute del nato dal manifestarsi di malattie genetiche e ereditarie. Si pensi alle possibili patologie che possono insorgere in un'età avanzata, che potrebbero essere evitate o curate in modo più efficace attraverso una preventiva informazione sul patrimonio genetico, agevola un armonioso processo d'identificazione personale, evita o riduce il triste e deteriore fenomeno della commercializzazione del materiale genetico. Infine contrasta la possibilità di rapporti tra persone legate da stretti vincoli biologici. La recente esperienza inglese è emblematica in tal senso[39].

È ancora stranamente insito nella nostra cultura giuridica e non soltanto in

---

di conoscere le proprie origini e di accedere alla propria storia parentale, di interpellare la madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione, e ciò con modalità procedimentali, tratte dal quadro normativo e dal principio somministrato dalla Corte costituzionale, idonee ad assicurare la massima riservatezza e il massimo rispetto della dignità della donna; fermo restando che il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorché la dichiarazione iniziale per l'anonimato non sia rimossa in seguito all'interpello e persista il diniego della madre di svelare la propria identità". Tale principio è stato successivamente ribadito nella sentenza n. 22838 del 2016 (in *Guida dir.*, n. 48, 2016, p. 31), con la quale la Corte di Cassazione ha evidenziato che "il diritto dell'adottato – nato da una donna che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata *ex* art. 30, comma 1 d.P.R. n. 396 del 2000 – ad accedere alle informazioni concernenti la propria origine e l'identità della madre biologica sussiste e può essere concretamente esercitato anche se la stessa sia morta e non sia possibile procedere alla verifica della perdurante attualità della scelta di conservare il segreto, non rilevando nella fattispecie il mancato decorso del termine di cento anni dalla formazione del certificato di assistenza al parto o della cartella clinica di cui all'art. 93, commi 2 e 3 del d.lgs. n. 196 del 2003, salvo il trattamento lecito e non lesivo dei diritti di terzi dei dati personali conosciuti". Tali enunciati sono di recente stati riaffermati anche in casi analoghi: Cass., 07.02.2018, n. 3004 (in www.dirittoegiustizia.it); cfr. *supra* nota 35. In dottrina, tra i tanti, Bianca Checchini, *La giurisprudenza sul parto anonimo e il nuovo «istituto» dell'interpello*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 9, 2017, p. 1288 ss.; A. Cordiano, *Alcune riflessioni a margine di un caso di surrogacy colposa*, cit., p. 472 ss.; Gaspare Lisella, *Volontà della madre biologica di non essere nominata nella dichiarazione di nascita e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini (nota a C. cost. 22 novembre 2013 n. 278)*, *ivi*, n. 1, 2014, p. 27 ss.; Lorenzo D'Avack, *Il diritto alle proprie origini tra segreto, anonimato e verità nella pma con donatori/trici di gameti*, *ivi*, n. 2, 2012, p. 815 ss.; Andrea Renda, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio*, in *Europa dir. priv.*, n. 2, 2015, p. 415 ss.; Chiara Ingenito, *Il diritto del figlio alla conoscenza delle origini e diritto della madre al parto anonimo alla luce della recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giust. civ.*, n. 9, 2013, p. 1608 ss.

[39] L'autorità britannica in materia (Human Fertilisation and Embryology Authority - Hfea) ha già da qualche anno dato il via libera ai trattamenti di fecondazione assistita con donazione di mitocondri, che determinerà la nascita di figli con materiale genetico proveniente da tre genitori. L'unico limite invalicabile è stato fissato dal divieto, allo stato, dalla circostanza che questi non vengano impiantati per una gravidanza (cfr. www.legislation.gov.uk). Secondo recenti dati statistici le donne che utilizzano ovociti donati da altre per diventare madri sono drasticamente aumentate negli ultimi dieci anni in Inghilterra passando da 1.912, nel 2006 a 3.924 nel 2016 (www.adnkronos.com., 22.03.2018). Numeri destinati ad aumentare anche in Italia secondo i dati della Società italiana di fertilità e sterilità e medicina della riproduzione (Sifes-Mr) e da quanto emerge dalla Relazione del Ministro della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita del 29 giugno 2017, in www.salute.gov.it.

questa, pensare che la filiazione sia legata a un fattore essenzialmente biologico, che la conoscenza da parte del nato delle sue origini genetiche comprometta l'aspirazione delle coppie richiedenti a ottenere un bambino tutto loro.

A fronte dei così rapidi sviluppi scientifici, di scenari così difformi rispetto a quelli del passato è forse giunto il tempo di acquisire una diversa consapevolezza, di mutare filosofia per tentare strade spesso difficili non più legate all'ambiguità e al segreto. Diviene sempre più pressante l'esigenza di un intervento legislativo che possa, in tempi brevi, portare chiarezza e certezza in una materia estremamente delicata e sensibile quale quella della procreazione medicalmente assistita e, dare risposte indifferibili alle meritevoli esigenze del soggetto più debole: il nato da procreazione eterologa.

Non soltanto la pratica, da lungo tempo disincantata, ma la stessa teoria del diritto, sembrano oggi compatibili con un diritto "incerto", plurale nelle fonti, flessibile nelle strutture e opinabile negli esiti. Ritornano più che ma attuali le parole di Norberto Bobbio "un diritto incerto non è neppure diritto"[40].

Pur se il nostro sistema consente attualmente alle coppie sterili di giungere a dare attuazione alla loro esigenza di essere genitori, è indubbio che la regolamentazione apprestata proponga non poche ombre e problemi. Ma è importante ricordare che soprattutto nel campo dei diritti umani la certezza del diritto resta un valore, al punto da indurre a invocare "il diritto alla certezza" e a rimetterlo al centro del dibattito dei giuristi.

---

[40] Norberto Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, n. 1, 1951, p. 146 ss.; Id., *Scienza giuridica tra essere e dover essere*, *ivi*, nn. 3-4, 1968, p. 475 ss.

Il «Personale» e il «Politico» nel Saggio sulla tolleranza di John Locke

Gianluca Sardi

1. *Il contesto storico-biografico dell'opera*

Il profilo che più nettamente emerge dalle opere giovanili di John Locke quali, a titolo esemplificativo, i *Due scritti sulla tolleranza*[1] e i *Saggi sulla legge naturale*[2], è quello che oggi chiameremmo di «intellettuale di regime».

Come a molti dei suoi contemporanei, la restaurazione monarchica dopo l'interregno cromwelliano, avvenuta in un quadro istituzionale di perdurante precarietà, sembrò a Locke un vero e proprio miracolo.

Al riguardo, è opportuno sottolineare che le continue trattative tra l'autorità regia e il Parlamento, alle quali viene fatto spesso riferimento nella produzione scientifica del filosofo di Wrington, erano dirette a superare (o almeno a stemperare) la tradizionale conflittualità fra le due massime istituzioni dello Stato, con accordi su questioni si carattere generale, prima di tutte quelle connesse con la politica religiosa ed ecclesiastica. Su tale punto si realizzerà una singolare (e per certi aspetti contraddittoria) convergenza su un disegno di generale «normalizzazione», volta a ricondurre le confessioni non conformiste nel grande seno della Chiesa d'Inghilterra. Per tale via Carlo II (memore, certo, del lapidario aforisma di suo nonno Giacomo I «*No bishop, no king*»)

---

[1] I *Due scritti sulla tolleranza*, più noti come i *Due trattati sul magistrato civile*, hanno ricevuto la loro attuale denominazione dallo studioso Carlo Augusto Viano, che per primo li ha portati alla luce, pubblicandoli nel volume *John Locke. Scritti editi e inediti sulla tolleranza*, Taylor, Torino, 1961.

[2] Il titolo di *Essays on the Law of Nature* è stato attribuito da Wolfgang Von Leyden. Esso deriva dal modo in cui uno dei corrispondenti di Locke, John Tyrrell, denominava questi manoscritti, rimasti a lungo in suo possesso. In realtà la natura discorsiva di questi testi non si adatta pienamente al termine *essay*, e in effetti un'altra e più recente edizione critica quella di Robert Horwitz, Jenny Strauss Clay e Diskin Clay, si intitola appropriatamente *Questions concerning the Law of Nature*, riflettendo più fedelmente l'articolazione per *quaestiones* dell'opera di Locke. Traduzione italiana, a cura di Marta Cristiani, *Saggi sulla legge naturale*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

sperava di ottenere un più generale e convinto appoggio dei vescovi anglicani. Per la stessa via gli esponenti del Parlamento miravano invece a rinsaldare l'unità e il carattere «nazionale» della Chiesa di Stato, in funzione anticattolica e antifrancese (sono note le ingerenze di Luigi XIV sulla politica inglese, attraverso l'appoggio ai cattolici di quel paese).

Una linea dunque di politica sia interna sia estera, che implicava come sua prima (sebbene sottaciuta) condizione la «liberazione» dalla pesante ipoteca cattolica rappresentata dalla dinastia stuardiana[3].

È in questo contesto che nasce il cosiddetto «codice Clarendon»[4], cioè tutto quel complessivo «pacchetto» di interventi normativi del primo Parlamento di Carlo II, che nel giro di pochi anni attuava l'imposizione di un sistema rigoroso di disciplina ecclesiastica, al fine di instaurare l'uniformità religiosa, di liquidare il dissenso sotto qualsiasi forma e di realizzare un controllo capillare della vita pubblica e sociale[5]. Non è difficile notare che il Codice Clarendon, in ultima analisi, poneva in essere quella stessa logica interventista alla quale erano informati i primi *Scritti sulla tolleranza*.

Riesce pertanto difficile comprendere come mai invece Locke, prendendo posizione su di esso con il *Saggio sulla tolleranza* del 1667[6], lo sottoponga a

---

[3] Da tale ottica appare ben comprensibile il prudente silenzio del re Carlo II circa il suo credo cattolico, rivelato, com'è noto, solo sul letto di morte. Davvero indicativa dell'ambiguità del personaggio sul terreno religioso e della politica ecclesiastica è la testimonianza di un suo contemporaneo del livello di Locke, che plaudendo al re d'Inghilterra «[…] *come capo dei protestanti*» lo incita a perseguire «*lo scoraggiamento del papato tra noi e l'unità dei dissenzienti protestanti* […] *contro il comune nemico*».

[4] Dal nome dell'abile politico Hyde, conte di Clarendon, che diresse i lavori della commissione legislativa. Cfr. Nicola Matteucci, *Dal costituzionalismo al liberalismo*, nel vol. *Storia delle idee politiche, economiche e sociali*, IV, UTET, Torino, 1980, p. 14.

[5] Il *Corporation Act* (1661) prescriveva la professione di fede anglicana per coloro che rivestivano cariche pubbliche e, come conseguenza immediata, l'esclusione dei dissidenti dal governo delle città; l'*Act of Uniformity* (1662) rendeva obbligatori le pratiche religiose e il rito anglicano, costringendo tutti i sudditi e tutte le chiese a uniformarvisi (uno specifico *Quakers Act* colpiva le riunioni liturgiche dei quaccheri); il *Coventicle Act* (1664) proibiva ogni forma di culto privato e di assemblee religiose non ufficiale, alla quale partecipasse un numero superiore a cinque persone; il *Five Miles Act* (1665) imponeva a coloro che avessero rifiutato giuramento di fedeltà al re e di soggezione alla Chiesa anglicana di tenersi lontani dalle loro antiche parrocchie e città. È evidente che, attraverso tutti gli atti del «Codice Clarendon», l'intolleranza religiosa si trasforma in discriminazione politica. Cfr. *ivi*, p. 16.

[6] *An essay concerning toleration* viene pubblicato per la prima volta da Fox Bourne in *The life of John Locke* nel 1876. Di tale opera esistono quattro versioni manoscritte: una ritrovata tra le carte di Lord Ahsley Cooper, nel *Public Record Office* (ed è la versione pubblicata da Fox Bourne); una seconda rinvenuta in un quaderno del suo Autore, in possesso di Mr. Arthur Hounghton, negli Stati Uniti, con la tipica dizione «*sic cogitavit John Locke*» e con la data del 1667. Un terzo manoscritto si trova presso la *H.E. Huntington Library* di San Marino in California; il quarto, conservato nella *Lovelace Collection* della *Bodleian Library* di Oxford, non è di mando dell'Autore, pur recando di questi aggiunte, correzioni, cancellature e la data del 1667. Il *Saggio sulla tolleranza* appare per la prima volta in lingua italiana, a cura di Carlo Augusto Viano, in *John Locke. Scritti editi e inediti sulla tolleranza*, op. cit., pp. 219-239, nella versione della *Lovelace Collection* (edizione che contempla le

una complessiva e serrata critica sia nei principi ispiratori sia sotto l'aspetto dell'opportunità politica, contestandone la legittimità sotto il profilo del diritto. Per il Locke del *Saggio sulla tolleranza*, il magistrato civile[7], il re, non ha il diritto di intervenire nella regolazione delle «cose indifferenti», sia quelle che afferiscono al culto, sia quelle concernenti la sfera privata e laica del suddito.

Una posizione, come si vede, decisamente liberale; secondo John Dunn, addirittura, la più estrema in senso liberale che si possa trovare in tutti i suoi scritti. Lo stesso Dunn, continuando, osserva come non possa sorprendere che questa dottrina appaia nell'ultimo dei suoi pezzi politici, nei quali è assiomatico che la comunità al di fuori della struttura dell'autorità politica sia moralmente inerte e priva di ogni diritto di prendere delle iniziative politiche autonome[8].

La comunità inerte è l'oggetto del governo -la comunità presa in considerazione nei testi del primo Locke. Con il *Saggio* del '67 sembra in effetti che questa «umanità» venga alla ribalta, trovando in Locke un deciso difensore in uno dei suoi misconosciuti diritti. È l'inizio della cosiddetta «svolta», l'opera nella quale è possibile veder passare la linea di confine fra la produzione giovanile e la produzione della maturità, fra il Locke rivolto al passato e il Locke che si apre al futuro e apre il futuro.

Viene naturale chiedersi cosa sia successo, quali esperienze e riflessioni abbiano determinato tale (per alcuni troppo repentina) evoluzione. Biografi e critici concordano nel porre l'accento sull'importanza decisiva dell'incontro, avvenuto proprio in quell'anno, con Lord Ashley Cooper, il futuro primo conte di Shaftesbury -politico di alte vedute e di grande ambizione, destinato a diventare leader tra i whigs.

Locke conosce questo personaggio nella modesta veste di medico curante (non laureato). Ma il suo occasionale paziente ha modo di apprezzarne così tanto le sue qualità (non solo professionali), da volerlo come medico personale e come collaboratore-consigliere.

Da questo momento Locke cambia città e ambiente e dalla Oxford accademica si trasferisce nella ben più dinamica Londra, all'Exeter House, residenza e luogo di lavoro del suo importante protettore. Il quale volle che egli si dedicasse allo studio dei problemi riguardanti lo Stato e la Chiesa d'Inghilterra.

Per Locke è un vero e proprio tuffo nella dimensione materiale dei proble-

---

varianti rispetto ai rimanenti manoscritti), che è il testo al quale si fa riferimento nel presente lavoro.

[7] Cfr. John *Locke, Scritti sulla tolleranza*, a cura di Diego Marconi, UTET, Torino, 2005, p. 18: «([…] *Per magistrato deve intendersi -dal latino magistratus- il supremo potere di una società, che per Locke è il potere legislativo*)».

[8] John Dunn, *Il pensiero politico di John Locke*, Il Mulino, Bologna, 1992, p. 46.

mi politici ed economici del suo Paese (non a caso tra le altre occupazioni, su segnalazione del suo mecenate, assume la carica di segretario dell'Associazione dei Lords Proprietors della Carolina e in tale veste collabora alla stesura di un progetto di *Fundamental Constitutions for the government of Carolina*)[9].

Questo «spaccato» biografico, necessariamente sommario, indurrebbe ad abbracciare la tesi della mutazione troppo repentina, la tesi, in sostanza, di un Locke opportunista che, cambiando ambiente, senza troppe mediazioni, passa dalla difesa degli interessi ecclesiastici e politici dell'università alla difesa dei ceti attivi e proprietari della sua terra. Una lettura che, a uno sguardo più circostanziato, non convince, o non convince del tutto. Ben più avveduta e molto più aderente alla realtà dei fatti appare l'interpretazione che di tale forte influenza ambientale dà Dunn, che si limita a parlare di locus sociale della riflessione di Locke, come caratteristica del suo pensiero, il suo naturale pensare situato[10]. Si può vedere anche in questo un contrassegno del suo empirismo filosofico.

Ci sono peraltro testimonianze che depongono nella direzione di una più progressiva e lenta maturazione. Nel 1665, dunque due anni prima del fatale incontro con Lord Cooper, Locke ha modo di soggiornare a Clèves e, in quell'occasione, può constatare che in quella città, come scrive all'amico e scienziato Robert Boyle, calvinisti, luterani e cattolici permettono pacificamente l'uno all'altro di scegliere la propria strada per il cielo, né una sola volta gli è mai capitato di osservare alcuna contesa o animosità tra di loro per motivi di religione[11].

Un'osservazione che lascia supporre come Locke fosse indotto a riflettere (forse anche autocriticamente) sulla giustezza delle sue posizioni in fatto di tolleranza religiosa e sulla effettiva maturità civile di quel «popolo» di cui, al pari di Thomas Hobbes, non aveva grande considerazione. Resta certo, in ogni caso, che -anche ammettendo con Dunn che quando ci chiediamo perché Locke scrisse sulla tolleranza ci ritroviamo di fronte a un punto oscuro[12]- il *Saggio* del '67 è il primo scritto nel quale Locke si dichiara apertamente favorevole alla tolleranza religiosa. Lo fa all'interno di una cornice discorsiva particolarmente articolata e pragmatica, ben diversa dall'astratta codificazione di principio di una pura teoria del diritto[13].

---

[9] Cfr. Mario Sina, *Introduzione a Locke*, Laterza, Roma-Bari, 2011, p. 20.

[10] John Dunn, *op. cit.*, p. 28.

[11] *Lettera di Locke a Boyle*, Clèves, 12 dicembre 1665, nel vol. *The correspondence of John Locke*, I, a cura di Esmond S. De Beer, Clarendon Press, Oxford, 1976-1982, p. 218.

[12] John Dunn, *op. cit.*, p. 43.

[13] Ed è qui che alcuni studiosi ritengono di scorgere un motivo di più grande interesse e di maggiore

2. *La tolleranza fra diritto della coscienza e metodo di governo del pluralismo religioso*

Nel *Saggio* del '67, considerazioni di principio e argomentazioni di natura pratica e di opportunità politica si intrecciano e si supportano vicendevolmente nella difesa di una «sana» concezione della tolleranza -lontana dalle opposte, entrambe erronee, posizioni che avevano fino ad allora reso impossibile la soluzione del problema, se si può dire, per eccesso di pretesa: la prima che esige l'obbedienza assoluta in nome dell'autorità, la seconda che invoca una libertà universale in nome della coscienza.

L'intera linea argomentativa del *Saggio* è diretta a dimostrare da un lato l'illegittimità, dall'altro, soprattutto, l'irrealizzabilità dell'una come dell'altra.

Nella sua diagnosi Locke mostra una lucida consapevolezza della situazione dell'Inghilterra del suo tempo, lacerata da una contraddizione apparentemente insanabile fra l'irrefrenabile diritto alla libertà di coscienza e l'ineludibile esigenza dell'ordine e della pace civile. Sottoporre all'individuale valutazione della coscienza l'obbligo di obbedienza alle leggi, in un regime di accentuato pluralismo delle fedi e delle convinzioni religiose, comporta la dissoluzione dell'ordine pubblico e, in definitiva, dello Stato; ma il sacrificio della coscienza (e cioè il mettere tra parentesi la personale convinzione) porta alla degenerazione e alla corruzione dell'essere umano, introduce ipocrisia e distacco, e perciò comportamenti alla lunga distruttivi della persona e, di conseguenza, del vincolo sociale e della stessa relazione con la legge naturale e con il divino.

Si è dunque di fronte a due esigenze, entrambe necessarie e irrinunciabili. La tolleranza va intesa (ed è questa l'intuizione centrale del *Saggio*) come un dispositivo critico[14] capace di tenere insieme e far coesistere pacificamente tali istanze apparentemente inconciliabili. Ma la messa a punto di un tale dispositivo ha come sua pre-condizione una ricognizione accurata di tutti i diversi aspetti della realtà, a partire dai «primi» e fondamentali.

In linea con tale presupposto metodologico, la problematica connessa con la questione della tolleranza è affrontata da Locke con la riaffermazione di un principio politico fondamentale, destinato a svolgere il ruolo di filo condut-

---

attualità, anche rispetto alla ben più famosa *Lettera sulla tolleranza* (1689). Si veda, ad esempio, Barbara Henry, *Lessici dei diritti, pragmatica della tolleranza. Una parziale rilettura di un testo lockiano* nel vol. Giulio Maria Chiodi e Roberto Gatti (a cura di), *La filosofia politica di Locke*, Franco Angeli, Milano, 2005, pp. 173-189.

[14] Così la definisce Maurizio Merlo in *La legge e la coscienza. Il problema della libertà nella filosofia politica di John Locke*, Polimetrica, Monza, 2006, p. 44.

tore e stella polare dell'intero discorso, che è quello secondo cui il potere e l'autorità sono devoluti al magistrato perché non ne faccia altro uso se non per il bene, la conservazione e la pace degli uomini in quella società alla quale è stato preposto.

A tale assioma fa seguito la considerazione che se gli esseri umani fossero in grado di vivere insieme in maniera pacifica, senza vincolarsi a determinate leggi e senza entrare in uno Stato, non ci sarebbe affatto bisogno di un magistrato o della politica, che furono creati solo per salvaguardare i consociati dal reciproco inganno e dalla reciproca violenza in questo mondo.

Cosicchè l'unica misura dei procedimenti di un governo dovrebbe essere quella che fu il fine della sua creazione[15]. Di fronte a tale compito, che è quello istituzionale del potere sovrano, la questione circa la sua derivazione – *iure divino* o *ex consensu gentium* – perde importanza. Ciò che è necessario presumere è che chi gestisce il potere abbia a cuore i bisogni e gli interessi del suo popolo e che dunque concepisca, come si direbbe oggi, la politica come servizio. In caso contrario egli finisce di essere «principe» e si trasforma in despota o in tiranno (il «pirata» dei *Saggi sulla legge naturale*).

Da questa (solo apparentemente ovvia) premessa discende che il malgoverno o la cattiva gestione dei processi sociali debbono essere imputati a inadeguatezza, a limiti «interni» a colui o a coloro che governano. Limiti, anzitutto, epistemologici, limiti conoscitivi: in una parola, mancanza di visione e scarsa consapevolezza della natura reale dei problemi. Tali limiti sono connessi con la natura «finita» dell'intelletto. La consapevolezza critica di ciò deve anzitutto indurre il magistrato a riconoscere se stesso come non infallibile[16] e deve spingerlo a uno studio sempre attento della realtà che si trova a gestire.

Per muoversi correttamente nello specifico campo della tolleranza – tolleranza sì, tolleranza no – in una società che si presenta come complessa perché caratterizzata dalla sopravvenuta diversità dei punti di vista e dalla pluralità delle appartenenze (situazione della società inglese della seconda metà del Seicento), occorre anzitutto che egli abbia ben chiaro il quadro delle opinioni e delle azioni che hanno diritto o meno alla tolleranza.

A giudizio di Locke, dall'ottica specifica della tolleranza le opinioni e le azioni umane devono essere distinte in tre diverse classi: le opinioni meramente speculative, come la credenza nella Trinità, nel purgatorio, nella transubstanziazione, negli antipodi, nel regno personale di Cristo sulla terra[17], e

---

[15] John Locke, *Saggio sulla tolleranza*, cit., p. 219.

[16] John Locke, *op. ult. cit.*, p. 224.

[17] John Locke, *op. ult. cit.*, p. 220.

il culto divino, nelle sue diverse modalità; le opinioni e le azioni che per la loro propria natura non sono né buone né cattive, ma che tuttavia, contrariamente alle prime, che riguardano solo la coscienza personale e restano confinate all'interno di essa, riguardano la società e i rapporti reciproci tra gli uomini (queste sono tutte le opinioni pratiche e le azioni che concernono cose indifferenti)[18]; le opinioni e le azioni che concernono la società, ma sono anche buone o cattive nella loro natura (sono le virtù e i vizi morali)[19].

Le prime – le opinioni speculative e il culto divino – godono di un diritto alla tolleranza assoluto e universale[20]. Esse avvengono nella giurisdizione della coscienza, che ha pieno dominio su di loro.

È questa la prima inequivoca affermazione di un diritto inviolabile della persona da parte di Locke. Perché se è vero che il riconoscimento della inviolabilità della fede è già presente negli scritti del 1661-1663[21], sotto forma di dottrina dell'incoercibilità della credenza (per la quale non si può non credere in ciò che si crede, così come non si può non vedere ciò che, aprendo gli occhi, si vede), è altrettanto vero che in essi quel «riconoscimento» sembra avvenire, per così dire in negativo, non tanto per proclamare un diritto del suddito, e dunque il dovere del «rispetto» da parte del magistrato, quanto per segnalare un limite negativo del potere sovrano. Di tutt'altro segno invece è il riconoscimento che se ne fa nel *Saggio* del '67, in cui tale sfera di libertà individuale appare come protetta da una soglia sacra che lo stesso Creatore ha voluto inviolabile. Al riguardo, il filosofo di Wrington sostiene che, se Dio avesse voluto che gli uomini fossero spinti a forza in cielo, questo sarebbe avvenuto non per opera della forza esterna esercitata dal magistrato sul corpo degli uomini, ma si sarebbe servito della costrizione interiore del proprio spirito sui loro spiriti[22]. Su questi ultimi non può operare nessuna costrizione umana, perché la via della salvezza non è un atto imposto, ma una scelta segreta e volontaria dello spirito[23].

---

[18] *Ibidem*.

[19] *Ibidem*.

[20] *Ibidem*.

[21] Già nel primo di tali *Scritti*, è dato leggere che la religione non può essere inculcata nel cuore degli uomini da nessun altro potere, se non da quello del suo primo autore e che il magistrato deve evitare di torturare le povere creature che non spera più di correggere. John Locke, *Primo scritto sulla tolleranza*, cit., p. 161. Da questi elementi testuali Viano ricava la tesi della sostanziale continuità tra il Locke del '61 e il Locke del '67, relativamente alle opinioni speculative. Pertanto nel *Saggio* non avverrebbe che la mera riproposizione di qualcosa di già acquisito.

[22] John Locke, *Saggio sulla tolleranza*, cit., p. 221.

[23] La dottrina della incoercibilità della fede è presente già in Sant'Agostino e San Tommaso, i quali ritenevano che non si potessero convertire a forza né pagani, né musulmani, né ebrei, dal momento che la fede fiorisce in virtù della grazia divina e che coloro che non sono stati in condizione di accogliere

Di fronte a tale soglia qualsiasi «autorità», qualsiasi pretesto adduca (compreso quello della concordia civile e dell'ordine pubblico) deve arrestarsi. E deve arrestarsi, dal punto di vista di Locke, non solo per la «sacralità» della coscienza, ma perché di fronte a quella soglia ogni «autorità» cessa. All'interno di essa, infatti, avviene un «gioco» la cui posta non ha prezzo: si tratta della mia salvezza o della mia dannazione eterna. È un gioco di cui nessuno conosce le regole meglio di me e che nessuno può giocare al posto mio.

Ciò fa sì che nelle speculazioni e nel culto religioso ogni uomo goda di una perfetta e incontrollabile libertà, che può liberamente utilizzare senza o, addirittura, contro il comando del magistrato, senza poter essere chiamato a risponderne davanti a quest'ultimo.

E siccome le modalità del culto sono intimamente connesse con il credo del singolo individuo e dal momento che, dal punto di vista della coscienza, non c'è in esse aspetto che non rivesta importanza, ne discende che tutto l'insieme di atti e pratiche rituali connessi con le «cose indifferenti»[24] va lasciato alla discrezionalità del fedele e interdetto al magistrato.

In quest'ordine di cose il magistrato non ha potere alcuno, né può riceverlo, nemmeno per libero contratto, perché quello religioso è un compito che non ammette delega[25].

Del resto è ben strano pensare che ci sia qualche fondamento di uniformità per poter proibire in un paese cristiano una professione dissenziente di cristiani, mentre la religione ebraica è tollerata[26].

Una proposizione, questa, che va letta come uno strale contro l'*Act of Uniformity*.

La legittimazione di tutte le forme di culto non conformiste (comprese quelle degli «entusiasti» e dei poco amati quaccheri) comporta un autentico capovolgimento nella relazione di dipendenza tra il singolo fedele e il Signore e Padrone del creato: centrale in essa non è più l'universale Autorità divina e l'obbligo dei sudditi all'obbedienza, bensì la privata e peculiare transazione che dallo spirito del credente muove verso la divinità -il particolare «*commerce*» che si stabilisce tra il fedele e Dio.

Siamo dunque agli antipodi rispetto alle formulazioni dei primi *Scritti* e

---

la buona novella restano preclusi ad essa.

[24] Fra esse, Locke indica l'inginocchiarsi o il sedersi al sacramento, l'essere ribattezzati (nel rito anabattista), l'adorare Dio nelle cerimonie pompose dei papisti o nel modo più semplice dei calvinisti; cose che, se dettate dalla coscienza, non possono rendermi peggior suddito del mio principe o peggior vicino per chi è suddito al pari di me. John Locke, *Saggio sulla tolleranza*, cit., p. 222.

[25] Cfr. Mario Sina, *Introduzione a Locke*, cit., p. 23.

[26] John Locke, *Saggio sulla tolleranza,* cit., p. 222.

degli stessi *Saggi sulla legge naturale*.

Il magistrato è tenuto a un uguale rispetto della pluralità. Nei confronti delle diverse Chiese è suo dovere assumere una posizione di equidistanza.

Restano fuori dal regime della tolleranza i cattolici e gli atei. Non per motivi religiosi, bensì per motivi politici. Bisogna escludere i cattolici dalla tolleranza non a causa del loro particolare culto (che, come tutti gli altri, va rispettato), ma in quanto il capo della loro Chiesa, in base al presupposto della supremazia del potere papale, potrebbe in ogni momento annullarne il giuramento di fedeltà al proprio re[27]. I «papisti», afferma Locke, sono da considerarsi nemici inconciliabili, della cui fede non si può mai essere sicuri, fino a che sono tenuti a una cieca obbedienza a un papa infallibile, che ha le chiavi della loro coscienza attaccate alla cintura e che può, se l'occasione lo richiede, dispensarli da giuramenti, promesse e obbligazioni, che essi hanno nei confronti del loro principe, specialmente quando questo è, nel loro senso, un eretico e armarli ai danni di un governo[28].

Quanto agli atei, Locke nega alla loro ideologia la qualifica di opinione speculativa, dal momento che la credenza in una divinità non deve essere annoverata tra le opinioni puramente speculative, perché è il fondamento di tutta la moralità e quella che influenza tutta la vita e le azioni degli uomini, quella senza la quale un uomo deve essere considerato non diverso da una delle più pericolose specie di animali selvatici e, perciò, incapace di qualsiasi forma di società[29].

Proprio l'esclusione dalla tolleranza dei cattolici e degli atei costituisce uno dei principali limiti del pensiero lockeano, foriero di mettere a repentaglio il canone dell'universalità dell'uguaglianza e della dignità umana[30].

---

[27] Cfr. *John Locke, Scritti editi e inediti sulla tolleranza,* op. cit., p. 254, nota n. 6.

[28] John Locke, *Saggio sulla tolleranza,* cit., p. 232. La prevenzione nei confronti dei cattolici determinò la loro esclusione dal diritto di voto nelle prime costituzioni statali delle colonie americane (Carolina, Pennsylvania, Vermont, Massachusetts etc.). Cfr. Brunella Casalini, *Nei limiti del compasso. Locke e le origini della cultura politica e costituzionale americana*, Mimesis, Milano, 2002, p. 80.

[29] John Locke, *op. ult. cit.*, p. 223. Siffatto presupposto è alla base dell'esenzione dei non credenti dal giuramento nei tribunali.

[30] Cfr. Mario tedeschi, *La libertà religiosa nel pensiero di John Locke*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 7: «Anche a voler vedere in Locke un precursore delle libertà borghesi, si resterebbe in buona parte perplessi soprattutto per i limiti che egli pone alla tolleranza -e dire che avrebbe avuto intorno ben diversi modelli- e per la stessa incidenza che essa ha nel suo sistema concettuale».

3. *Il perdurare del primato del «Politico» e il Saggio del '67 come opera di transizione*

Ma se la relazione simbolica fra Dio e credente (e dunque tra autorità della Chiesa di Stato e personale credo del fedele) registra per così dire l'inversione della dinamica tradizionale in un'ottica dichiaratamente individualista, non lo stesso si può dire accada nella relazione politica tra il suddito e la figura della sovranità, la quale viene solo ridefinita e perfezionata. In quanto supremo garante dell'ordine sociale, dentro il quale soltanto può realizzarsi il libero esercizio delle libertà personali e di gruppo, il magistrato non può, in ultima analisi, non restare arbitro supremo anche in materia religiosa. È sempre lui infatti, che, con deliberazione sovrana, delinea lo spazio superpolitico[31] della privata relazione tra l'anima e Dio, nel quale la sua giurisdizione è sospesa[32]. Questa autolimitazione, che pure deriva dalla consapevolezza di non aver titolo al riguardo (nemmeno in un paese in cui il magistrato, cioè il re, è anche il capo supremo della Chiesa), è comunque un atto di tolleranza. Egli sa che Dio ha stabilito il magistrato come vicario in questo mondo, con il potere di comandare solo in affari che concernono il luogo nel quale egli è vicario. Chi invece si occupa delle faccende dell'aldilà non ha altro potere che di pregare e di persuadere. Il magistrato, come tale, non ha nulla da fare in relazione al bene delle anime umane o ai loro interessi in un'altra vita, ma riceve il proprio potere soltanto per una vita pacifica e agevole degli uomini riuniti in società[33].

Compito precipuo del governante è quello di vigilare, affinchè le pratiche di fede e le cerimonie connesse con una qualsiasi forma di culto non si trasformino in occasioni di propaganda sediziosa o di provocazione contro un'altra e diversa forma di culto. Così come è suo dovere vigilare affinchè il mio privato e intimo «*commerce*» con il divino non travalichi il perimetro della mia coscienza e non degeneri in fanatico e aggressivo atteggiamento di proselitismo.

Come nei confronti della privata sfera laica (del modo cioè in cui il singolo organizza la sua vita, il suo lavoro, il suo svago e le relazioni personali) così verso la privata sfera religiosa, agli occhi del reggitore, la tolleranza si configura come un problema pratico di ordine politico, prudenziale e legalistico, di coesistenza di fedi religiose diverse (tutte egualmente legittime) all'interno

---

[31] John Locke, *op. ult. cit.*, p. 227.

[32] Ad essere protetto non era tutto ciò che l'individuo poteva concepire come un esempio della sua relazione con Dio, ma soltanto quella parte che al sovrano non sembrava costituire una minaccia per gli interessi altrui. Ma venerare il proprio Dio secondo il rito cattolico in un paese protestante costituisce un atto di sovversione. Cfr. John Dunn, *op. cit.*, p. 52.

[33] John Locke, *Saggio sulla tolleranza,* cit., p. 227.

dei limiti imposti dal mantenimento della pace civile come bene supremo[34].

L'opera di mediazione tra la tolleranza delle diverse appartenenze e la necessità (o l'ineludibilità) del controllo politico impone al detentore del potere il superamento della propria soggettività, delle personali inclinazioni e avversioni, persino del proprio personale credo (che, come per ogni suddito, resta per lui una «faccenda» privata). Nell'esercizio della sua alta funzione nel dominio comunitario e pubblico, egli non può non richiamarsi costantemente alla sua coscienza. Non però alla sua privata coscienza, ma alla coscienza ufficiale e pubblica che la legge naturale collega con il suo ruolo.

Scendendo infine dalla teoria sul terreno storico concreto, il *Saggio* arriva implicitamente a contemplare il caso di specie determinato dall'entrata in vigore dell'*Act of Uniformity* (1662) che, come si è visto, rendeva di fatto obbligatori le pratiche religiose e il rito anglicano, costringendo tutti i sudditi e tutte le chiese a uniformarvisi. Come deve atteggiarsi il non-conformista nei confronti di tale imposizione? La risposta di Locke a tale dilemma non è nuova. Riprendendo le formulazioni del *Primo scritto sulla tolleranza*, egli in sostanza afferma che se, in scienza e coscienza, il devoto è convinto della giustezza della propria fede, egli ha non solo il diritto, ma il dovere di disubbidire all'imposizione del potere politico e di non assoggettarsi a un culto che ritiene fallace. Salvo poi soggiacere serenamente alla pena prevista dalla legge per quella infrazione. È la dottrina dell'«obbedienza passiva». Grazie a essa la libertà di coscienza resta preservata e l'armonia sociale non è compromessa.

Il fatto che anche in quest'opera Locke faccia riferimento a tale dottrina (propria dell'apologetica dei sostenitori del diritto divino dei re, e che nasce dall'assunzione che gli ordini del re, godendo comunque di una legittimazione divina, non possono mai essere impunemente trasgrediti da chi gli è sottoposto)[35], testimonia di quanto egli risulti ancora legato a vecchie posizioni.

Non fosse che per tale aspetto, il *Saggio* del 1667 è da considerarsi un'opera di transizione: in esso la «svolta» del pensiero lockeano è certo accennata, ma è ancora ben lontana dall'essere compiutamente effettuata.

Infine, da un'attenta analisi del lavoro sopramenzionato è possibile ritenere che le ambiguità e le incoerenze che talvolta emergono dalle tesi di Locke, definito da uno dei suoi interpreti più autorevoli *the least consistent of all the great philosophers*[36], in larga parte coincidano con le ambivalenze e le contraddizioni della realtà stessa.

---

[34] Maurizio Merlo, *op. cit.*, p. 42.

[35] Cfr. John Locke, *Scritti editi e inediti sulla tolleranza,* op. cit., p. 254, nota n. 3.

[36] Peter Laslett, *Introduction* a John Locke, *Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, p. 82.

Da tale ottica le incertezze del filosofo di Wrington deriverebbero da un modo intellettualmente onesto di rappresentare la complessità oggettiva, senza la pretesa di appiattirla e ridurla a schema, sebbene ciò possa comportare il grave rischio di escludere dall'esercizio della libertà di culto e dal regime di tolleranza religiosa determinate categorie di consociati, in spregio al principio di uguaglianza universale degli individui.

Diritto e religioni

PARTE II

Presentazione

Nel presente numero vengono pubblicate tre sentenze n. del Consiglio di Stato, la n. 2597, la n. 4374 del 2017e la 623 del 2018; le prime due confermano le decisioni dei TA.R., mentre la terza riforma la sentenza del T.R.G.A. di Bolzano n. 172/2016 (in questa *Rivista*, 2016, n. 1, p. 613 ss.). Inoltre, si pubblicano anche tre sentenze dei TA.R..

La sentenza n. 2597 del 2017 verte sull'assoggettamento di tutti i beni immobili di proprietà degli enti ecclesiastici, realizzati da più di 50 anni, al regime dei beni culturali. In particolare, secondo il Consiglio di Stato il combinato disposto di cui agli articoli 10, comma 1, e 12, commi 1, 2, 4 e 10 D. Lgs. n. 42 del 2004 (*Codice dei beni culturali)* opera una presunzione *juris tantum* di culturalità per i beni immobili di proprietà degli enti ecclesiastici con più di 50 anni, che comporta un assoggettamento automatico, in via provvisoria e precauzionale, alla disciplina dei beni culturali, fino a quando non sia stata effettuata la verifica di interesse culturale. Detta presunzione legale è momentanea ed è superabile nell'ipotesi di esito negativo della verifica dell'interesse culturale, da compiersi entro 120 giorni dalla richiesta. In tal modo vengono adeguatamente bilanciate le esigenze contrapposte di tutela del patrimonio culturale (art. 9 Cost.) e di libera iniziativa economica e di impresa (art. 41 Cost.). Infine, la sentenza evidenzia che tale tutela automatica stabilita per i soli beni di proprietà di enti ecclesiastici non determina un'ingiustificata disparità di trattamento rispetto ai beni di proprietà di altri soggetti privati, perché gli enti ecclesiastici rappresentano comunità e categorie che tradizionalmente svolgono attività di rilevanza e di interesse pubblico, da cui deriva un interesse collettivo di verifica preventiva dell'interesse culturale dei beni prima di ogni intervento sugli stessi.

Con la sentenza n. 4374 del 2017 il Consiglio di Stato osserva che, in applicazione dell'art. 20 della legge n. 132/1968, gli ospedali religiosi furono inseriti nella programmazione dell'assistenza ospedaliera, per cui i medesimi furono affiancati agli enti ospedalieri, che gestivano gli ospedali pubblici, e furono sottoposti alla vigilanza regionale e a quella ministeriale e, pertanto, nell'assetto complessivo del sistema ospedaliero, furono equiparati, quanto allo svolgimento dell'attività assistenziale, alle strutture sanitarie pubbliche. Ciò nonostante tali strutture hanno conservato sia la natura di enti di diritto privato, sia l'autonomia gestionale (anche in materia di personale), ed infatti non furono assoggettati all'obbligo di adeguare il bilancio alle nuove regole dettate dalla riforma della contabilità pubblica, di cui alla legge n. 468/1978. In seguito, istituito il SSN dalla legge n. 833/1978, la distinzione degli ospedali classificati dalla strutture sanitarie pubbliche fu confermata dall'art. 41 della stessa legge, che ha espressamente escluso qualsiasi innovazione per la disciplina degli ospedali classificati «*per quanto concerne il regime giuridico–amministrativo degli istituti ed enti ecclesiastici che esercitano l'attività ospedaliera*»; né modifiche sul punto furono introdotte dal successivo D. Lgs. n. 502/1992, che, all'art. 4, ha confermato la disciplina vigente per gli enti, che esercitano l'assistenza ospedaliera ai sensi dell'art. 41 della legge n. 833/1978. La distinzione tra le strutture sanitarie pubbliche e gli ospedali classificati equiparati è stata, poi, confermata anche di recente dal D.L. n. 112/2008, convertito nella legge n. 133/2008, il quale, all'art. 79 (che ha modificato il comma 18 dell'art. 1 del D. Lgs. n. 502/1992), dispone che le attività assistenziali delle strutture equiparate con oneri a carico del SSN sono esercitate esclusivamente nei limiti di quanto stabilito dagli specifici accordi di cui all'art. 8 *quinquies* del D.

Lgs. n. 502/1992. Nella sentenza viene, quindi, dedotto che la mancata completa assimilazione degli ospedali equiparati alle strutture ospedaliere pubbliche non dà luogo ad una ingiustificata disparità di trattamento, in quanto dal quadro normativo emerge che tali strutture, enti ecclesiastici, essendo soggetti di proprietà privata (il cui titolare ha piena autonomia di gestione), non hanno obblighi di rendicontazione e non sono soggetti all'osservanza delle previsioni di diritto pubblico nelle scelte aziendali, ma sono destinatari solo dei vincoli della programmazione pubblica, che si estrinsecano, principalmente, mediante l'assegnazione di finanziamenti agli investimenti e mediante la determinazione dei tetti di spesa.

Nella sentenza n. 623 del 2018 il Consiglio di Stato evidenzia che i giudici di prime cure hanno richiamato i principi che regolano la figura del cappellano militare, ma non ne hanno tratto le logiche conseguenze in quanto assumono che la "non idoneità ecclesiastica", essendo diversa dalla "inidoneità agli uffici del grado", non rientra tra le cause di cessazione dal servizio permanente dei cappellani militari. I giudici di Palazzo Spada evidenziano che lo *status* del cappellano militare è caratterizzato da una duplice "anima", essendo costituito, a un tempo, dalla sua condizione di sacerdote e da quella di arruolato nelle Forze Armate. Pertanto, l'idoneità ecclesiastica del sacerdote a prestare servizio in qualità di cappellano militare costituisce il logico e necessario corollario per la designazione dello stesso. Di conseguenza la mancanza della permanenza di tale idoneità costituisce causa di cessazione dal servizio, in quanto non è più conseguibile la realizzazione dello scopo cui è preordinato l'impiego dei cappellani.

Il T.A.R. per la Lombardia (sent. n. 686/2018), nel rifarsi alla sentenza n. 63 del 23 febbraio 2016 della Corte Costituzionale, ha evidenziato che un provvedimento di pianificazione urbanistica che preveda la realizzazione di un edificio di culto (nel caso specifico, di una moschea) tende a modulare l'interesse pubblico all'esercizio del culto religioso. Pertanto, in assenza di una rimeditazione sull'interesse pubblico originariamente individuato, non può giustificarsi la decadenza dal titolo abilitante sulla base di inadempimenti, più o meno gravi, degli obblighi convenzionali.

Con la sentenza n. 321 del 2018 il T.A.R. per il Piemonte verte sulla tutela del culto per i defunti. Nella fattispecie oggetto del giudizio il tribunale amministrativo riconosce il diritto al risarcimento danni a seguito della dispersione dei resti di un defunto, costituendo tale ipotesi un danno ingiusto.

Infine, la sentenza n. 3868/2018 del T.A.R. per il Lazio affronta la questione relativa al riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo riguardo le controversie in materia di iscrizione degli enti ecclesiastici nell'apposito registro delle persone giuridiche. Il tribunale evidenzia che l''iscrizione nel registro non integra esercizio di potestà amministrativa di carattere autoritativo o discrezionale. Pertanto, tali controversie appartengono alla giurisdizione del Giudice ordinario.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 maggio 2017, n. 2597

Beni di interesse storico ed artistico – Beni immobili di enti ecclesiastici realizzati da più di 50 anni – Assoggettamento *ex lege* al regime dei beni culturali in via temporanea o cautelare o interinale.
Beni di interesse storico ed artistico – Beni immobili con più di 50 anni di proprietà di enti ecclesiastici o di privati – Questione di legittimità costituzionale degli artt. 10 e 12 D. Lgs. n. 42/2004 – Manifesta infondatezza.

In applicazione del combinato disposto di cui agli articoli 10, comma 1, e 12, commi 1, 2, 4 e 10 del D. Lgs. n. 42 del 2004 (Codice dei beni culturali), i beni immobili di proprietà di enti ecclesiastici, realizzati da più di 50 anni, sono assoggettati, ex lege, in via temporanea, o cautelare, o interinale al regime dei beni culturali, fino a quando non sia stata effettuata la verifica di interesse culturale prevista dall'art. 12(1).

È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli articoli 10 e 12 del D. Lgs. n. 42 del 2004, in riferimento agli articoli 3 e 97 Cost., in quanto il valore primario del principio di cui all'art. 9 Cost., relativamente alla cura dell'interesse culturale rispetto agli altri interessi pubblici o privati compresenti, rende ragionevole la diversità di disciplina, atteso che i soggetti indicati all'art. 10, comma 1, rappresentano comunità e categorie che per fini istituzionali, costitutivi, storici e di vocazione tradizionalmente svolgono attività di rilevanza e di interesse pubblico, potendosi presumere così un interesse collettivo, di varia natura, da dover verificare in concreto prima di consentire qualunque intervento sui beni stessi, al fine di preservare un patrimonio quanto mai vario, il che concretizza un elemento di differenziazione adeguato(2).

Omissis (…)

FATTO e DIRITTO

1.Con la sentenza n. 2088 del 2010 la settima sezione del Tribunale amministrativo regionale della Campania – sede di Napoli, ha respinto, con compensazione delle spese, il ricorso proposto dalla Congregazione dei Servi di Maria di Sorrento avverso il provvedimento n. 17584 del 13 maggio 2009 con il quale il Comune di Sorrento aveva subordinato l'autorizzazione a effettuare interventi edilizi di manutenzione su un immobile di proprietà della ricorrente, risalente nel tempo ma destinato a civile abitazione e privo di particolari caratteristiche di pregio, alla verifica di interesse culturale dell'immobile ai sensi dell'art. 12 del d. lgs. n. 42 del 2004; nonché avverso il parere n. 8652 del 4 maggio 2009 con il quale la Soprintendenza competente aveva ritenuto l'immobile soggetto a vincolo ai sensi del d. lgs. n. 42 del 2004.

La sentenza di primo grado ha considerato anzitutto che nella specie trova applicazione l'art. 10, e non l'art. 9, del codice dei beni culturali e del paesaggio, e che sulla base di quanto dispongono gli articoli 10 e 12 del d. lgs. n. 42/2004, per gli immobili appartenenti ai soggetti indicati dal citato art. 10, comma 1 (tra i quali Stato, regioni,

enti pubblici territoriali, enti e istituti pubblici e persone giuridiche private senza fine di lucro, compresi gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti), la cui realizzazione risalga a oltre 50 anni, sussiste il vincolo culturale in via temporanea fino al compimento della verifica sulla sussistenza, o meno, di uno specifico interesse culturale rispetto a essi (v. Cons. Stato, n. 3361 del 2008, secondo cui l'art. 12 del d. lgs. n. 42 del 2004 ha previsto una misura di salvaguardia in base alla quale sussiste in via provvisoria il vincolo culturale sino al compimento della verifica).

È stato rilevato inoltre che la questione di legittimità costituzionale, prospettata dalla ricorrente con riferimento al citato art. 10, sul vincolo culturale "ex lege" in via interinale, deve ritenersi manifestamente infondata posto che detto vincolo ha carattere palesemente temporaneo, fino alla verifica di interesse culturale di cui all'art. 12, la cui sollecita conclusione può essere stimolata dal privato interessato.

2.La Congregazione dei Servi di Maria ha proposto appello con due motivi.

Sub 1), nel dedurre violazione degli articoli 9, 10, 12 e 13 del d. lgs. n. 42 del 2004, insussistenza del vincolo "ex lege" e illogicità, contraddittorietà e difetto di motivazione, l'appellante rileva l'erronea reiezione del primo motivo del ricorso di primo grado per non avere, la sentenza, tenuto in alcun conto la destinazione dell'immobile ad abitazione civile, e non a esercizio pubblico del culto cattolico.

Si sostiene che sarebbe stato applicato in modo erroneo l'art 10 del d. lgs. n. 42 del 2004 in luogo della diversa disciplina contenuta nell'art. 9 il quale, con riferimento ai beni culturali di interesse religioso appartenenti ad enti ed istituzioni della Chiesa cattolica, prevede che il Ministero e le regioni, per quanto di competenza, "provvedono relativamente alle esigenze di culto, d'accordo con le rispettive autorità" religiose.

Ad avviso dell'appellante, l'evidente insussistenza di esigenze di culto riconducibili all'utilizzazione dell'immobile "de quo", destinato, come detto, a civile abitazione, renderebbe illegittimo l'assoggettamento dell'immobile alla disciplina di cui agli articoli 10 e 12 del d. lgs. n. 42 del 2004.

In ogni caso, la sentenza sarebbe erronea anche ove dovesse ritenersi applicabile al caso in esame l'art 10 del d. lgs. n. 42 del 2004.

Si sottolinea a questo riguardo che la sentenza avrebbe errato nel considerare l'immobile, per il solo fatto della sua appartenenza a un ente ecclesiastico e dell'elemento temporale della sua realizzazione da più di cinquant'anni, assoggettato direttamente "ex lege", sia pure soltanto in via provvisoria e precauzionale, alla disciplina relativa ai beni culturali, senza che venisse fornita, tuttavia, indicazione concreta alcuna in ordine alla esistenza di elementi oggettivi in ordine all'interesse storico artistico del bene.

L'appellante sostiene che la verifica di cui al citato art. 12 non rimuoverebbe il vincolo culturale ma lo imporrebbe: "il vincolo non è rimosso dalla verifica (negativa), ma è imposto con la verifica". L'art. 12, comma 1, presuppone che elementi di interesse storico–artistico vi siano. È la verifica di interesse culturale dell'immobile a costituire condizione indefettibile per l'imposizione del vincolo, laddove, invece, in forza dell'argomentare del giudice di primo grado, qualsiasi edificio, anche di non risalente realizzazione, e/o privo di pregio storico-artistico, dovrebbe essere considerato bene vincolato e, pertanto, assoggettato alla relativa disciplina, sia pure interinalmente.

Se diversamente interpretata, la norma di cui al combinato disposto degli articoli 10, comma 1, e 12, comma 1, in esame, non potrebbe andare esente da censure di incostituzionalità, in riferimento agli articoli 3 e 97 Cost. (v. sotto, p. 2).

La sentenza avrebbe inoltre errato per non aver considerato che, nella specie, in contrasto con quanto previsto dall'art. 13, non è intervenuta la dichiarazione che accerta la sussistenza, nella cosa che ne forma l'oggetto, dell'interesse storico -artistico

richiesto dall'articolo 12, comma 7.

Come rilevato sopra, se diversamente interpretata, la norma di cui al combinato disposto degli articoli 10, comma 1, e 12, comma 1, in esame, non potrebbe andare esente da censure di incostituzionalità, in riferimento agli articoli 3 e 97 Cost. .

Sub 2) viene sollevata questione di legittimità costituzionale degli articoli 10 e 12 del d. lgs. n. 42 del 2004 ove interpretati nel senso di ritenere il bene vincolato non per le sue caratteristiche intrinseche, ma per l'appartenenza in proprietà a uno dei soggetti, pubblici o privati, specificati all'art. 10 (e per l'esecuzione del manufatto, da farsi risalire a oltre 50 anni, nella formulazione della norma vigente nel 2009, vale a dire all'epoca dell'adozione dell'atto impugnato).

Tale interpretazione contrasterebbe con gli articoli 3 e 97 della Costituzione.

Quanto all'articolo 3, sono dedotti anzitutto i profili di sproporzione e di irrazionalità.

Sotto una diversa angolazione, l'appellante deduce disparità di trattamento sull'assunto che, mentre per il privato è l'Amministrazione a dover attivare la procedura per il riconoscimento del valore culturale del bene, nel caso in esame, invece, sarebbe l'Ente a dover attivare la procedura per l'eliminazione dall'elenco.

Con riguardo all'articolo 97 l'appellante rileva la violazione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione in quanto una eventuale richiesta di verifica d'interesse culturale da parte ad esempio di tutti gli enti locali – o anche di un solo grande Comune – proprietari di beni realizzati da più di cinquant'anni rischierebbe di bloccare il sistema delle Soprintendenze.

Il Mibact e il Comune di Sant'Agnello si sono costituiti svolgendo difese di mera forma e all'udienza del 4 maggio 2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

3.L'appello è infondato e dev'essere respinto.

La sentenza va confermata, con le integrazioni motivazionali che seguiranno.

3.a) L'appellante deduce in primo luogo che erroneamente sarebbe stato applicato nella fattispecie l'art. 10 del codice dei beni culturali e del paesaggio, venendo in questione un immobile non destinato a fini di culto, ma a scopo abitativo, invece che l'art. 9 il quale, con riferimento ai beni culturali di interesse religioso appartenenti ad enti ed istituzioni della Chiesa cattolica, prevede che il Ministero e le regioni, per quanto di competenza, "provvedono relativamente alle esigenze di culto, d'accordo con le rispettive autorità" religiose.

Il profilo di censura è infondato.

Bene, in sentenza, la fattispecie è stata inquadrata entro l'ambito di applicazione del combinato disposto di cui agli articoli 10, comma 1, e 12, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 42 del 2004, interpretati nel senso di una "presunzione legale relativa di culturalità", di un assoggettamento in via provvisoria e precauzionale alla disciplina di bene culturale – questione che verrà esaminata "infra", al p. 3.b) –, anziché considerare applicabile il citato art. 9, posto che l'immobile, oltre ad avere più di 50 anni (limite elevato a 70 con il d. l. n. 70 del 2011), da un lato appartiene a un ente ecclesiastico civilmente riconosciuto e, dall'altro, oggettivamente non è d'interesse religioso, non risultando destinato a esigenze di culto ma a scopo abitativo, con conseguente esclusione dal campo di applicazione di cui al menzionato art. 9 e inquadramento nell'area di applicazione del combinato disposto di cui agli articoli 10, comma 1, e 12, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 42 del 2004.

3.b) Quanto al motivo centrale dell'appello, imperniato sull'interpretazione da dare alle disposizioni di cui agli articoli 10 e 12, "combinate" tra loro, va premesso che l'art. 10, comma 1, dispone quanto segue: "Sono beni culturali le cose immobili e mobili appartenenti allo Stato, alle regioni, agli altri enti pubblici territoriali, nonché ad ogni

altro ente ed istituto pubblico e a persone giuridiche private senza fine di lucro, ivi compresi gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico".

L'art. 12 prevede al comma 1 che: " 1. Le cose indicate all'articolo 10, comma 1, che siano opera di autore non più vivente e la cui esecuzione risalga ad oltre cinquanta anni (così nel testo vigente nel 2009, al momento della emanazione dell'atto impugnato: con il d. l. n. 70 del 2011 il limite per gli immobili è stato innalzato a settanta anni) sono sottoposte alle disposizioni della presente Parte fino a quando non sia stata effettuata la verifica di cui al comma 2".

Il comma 2 dispone : 2. "I competenti organi del Ministero, d'ufficio o su richiesta formulata dai soggetti cui le cose appartengono e corredata dai relativi dati conoscitivi, verificano la sussistenza dell'interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico nelle cose di cui al comma 1, sulla base di indirizzi di carattere generale stabiliti dal Ministero medesimo al fine di assicurare uniformità di valutazione".

Il comma 4 stabilisce poi che "qualora nelle cose sottoposte a verifica non sia stato riscontrato l'interesse di cui al comma 2, le cose medesime sono escluse dall'applicazione delle disposizioni del presente Titolo".

Il comma 10 prevede infine che "il procedimento di verifica si conclude entro centoventi giorni dal ricevimento della richiesta".

Sulla questione relativa all'assoggettamento di beni immobili di enti ecclesiastici, realizzati da più di 50 anni, al regime dei beni culturali, "ex lege", in via temporanea, o cautelare, o interinale; alla soggezione di beni immobili di enti ecclesiastici, con più di 50 anni, a vincolo culturale automatico in via provvisoria e precauzionale, fino a quando non sia stata effettuata la verifica di interesse culturale prevista dall'art. 12 del codice; sul punto, questa sezione ha avuto occasione di rilevare, recentemente (v. sent. n. 3560 del 2015) che *l'intera configurazione della verifica dell'art. 12 del Codice prevede – in luogo del precedente sistema degli "elenchi" – una presunzione legale relativa di culturalità e una sottoposizione al regime integrale di bene culturale fino a che il procedimento di verifica non si sia espressamente concluso con un provvedimento amministrativo negativo di quell'interesse, con gli effetti di condizione risolutiva di quel regime; ovvero con un provvedimento positivo che conferma e consolida il regime medesimo, spiegando gli effetti di un'ordinaria dichiarazione di bene culturale (art. 12, comma 7)* (conf., assai di recente, sia pure con riferimento alla disciplina di cui alla l. n. 1089 del 1939, non dissimile e in linea di continuità, perlomeno sotto taluni aspetti, rispetto alle disposizioni di cui al t. u. n. 490 del 1999 e al d. lgs. n. 42 del 2004, Cons. Stato, sez. VI, n. 642 del 2017, secondo cui, con riguardo ai beni di province, comuni, enti e istituti legalmente riconosciuti, anche la loro protezione era da ritenersi "*indifferibile, non dovendosi attendere la redazione degli «elenchi» e delle «dichiarazioni» previste dall'art. 4. Evidentemente, il legislatore si è basato su una presunzione sul rilievo culturale dei beni di tali enti, per il solo fatto della loro appartenenza.*

Tale presunzione, ad avviso del Collegio, si basa su una valutazione del legislatore del tutto ragionevole, poiché il patrimonio di tali enti – la cui attività è stata sempre finalizzata al soddisfacimento di interessi pubblici o comunque superindividuali – sono stati accumulati in periodi storici non determinabili… .

Quanto precede induce il Collegio – in continuità con la giurisprudenza della Sezione consolidatasi sin dagli anni Cinquanta del secolo scorso – a ritenere che dall'art. 4 della legge n. 1089 del 1939, e salve le previsioni della precedente legge n. 364 del 1909, si desume che ciascuno dei beni appartenenti alle province, ai comuni e agli enti e agli stabilimenti «legalmente riconosciuti» (e, dunque, anche agli enti ecclesiastici)

sia stato senz'altro ed immediatamente sottoposto alla disciplina di protezione prevista dagli articoli 1 e seguenti della medesima legge n. 1089 del 1939…(introducendosi così) una presunzione ex lege di interesse culturale dei beni formalmente appartenenti alle province, ai comuni e agli altri enti «legalmente riconosciuti», inclusi gli enti ecclesiastici, mediante una disciplina ratione personarum, attributiva di poteri peculiari al Ministero, presunzione ragionevolmente prevista affinché il patrimonio culturale della Nazione non sia perduto, disperso o ridotto nella sua consistenza…" (così, la sent. n. 642/2017 cit.).

Tornando alle disposizioni di cui agli articoli 10, comma 1, e 12, commi 1, 2, 4 e 10, lette in raccordo tra di loro, emerge una presunzione relativa, provvisoria e temporanea, di "qualità culturale" del bene immobile con più di 50 anni appartenente, tra gli altri, a un ente ecclesiastico civilmente riconosciuto (appartenenza in capo all'appellante e classificazione che non sono contestate), dal che consegue la soggezione, in via cautelare e temporanea, del bene, alla disciplina di tutela dettata per i beni culturali, inclusi il regime di inalienabilità di cui all'art. 54, comma 2, del codice, fino alla conclusione della procedura di verifica, e la disciplina sull'autorizzazione prevista all'art. 21 del codice il quale, al comma 4, dispone che l'esecuzione di opere e di lavori di qualunque genere su beni culturali è subordinata ad autorizzazione del soprintendente.

L'art. 12 del codice ha previsto cioè una "misura di salvaguardia" (così Cons. Stato, n. 3361/2008 cit.) sui beni immobili suddetti, sulla base dell'appartenenza soggettiva e per il carattere risalente del bene, indipendentemente da una (prima) determinazione esplicita dell'organo statale competente sull'interesse storico–artistico del bene, apprezzamento che formerà oggetto della verifica d'interesse culturale di cui al citato art. 12.

Del resto, diversamente opinando, seguendo cioè l'impostazione argomentativa di parte appellante, verrebbe incentivata la realizzazione immediata di interventi edilizi anche significativi, per non incorrere nelle limitazioni delle quali si considera ragionevolmente prossima l'applicazione, una volta concluso il procedimento di verifica.

Si tratta di una "presunzione di rilevanza culturale" del bene che ha natura relativa e carattere momentaneo e che è superabile nell'ipotesi di esito negativo della verifica d'interesse culturale (da compiersi entro 120 giorni), con conseguente esonero, da quel momento, dall'applicazione delle disposizioni di tutela.

Va sottolineato che si tratta di una presunzione "juris tantum" di qualità culturale del bene, che non opera più a tempo indeterminato ma che, invece, si concretizza in una misura di protezione immediata avente però come detto natura cautelare e funzione provvisoria, essendo destinata ove del caso a venire meno all'esito di una conclusione negativa – entro 120 giorni dal ricevimento della richiesta – del procedimento di verifica di cui all'art. 12.

In questo contesto, vengono in risalto e appaiono adeguatamente bilanciate esigenze contrapposte, di tutela del patrimonio culturale (art. 9 Cost.) e di libera iniziativa economica e d'impresa (art. 41 Cost.).

E se da una parte l'inutile decorso del termine di 120 giorni, stabilito dal citato art. 12 comma 10 per la conclusione del procedimento di verifica, senza che l'Amministrazione abbia adottato l'atto finale, non implica il venire meno della condizione, pur sempre provvisoria, di bene culturale, della cosa immobile assoggettata a verifica (cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 3560 del 2015, p. 2.); d'altra parte il privato ben può sollecitare l'apertura del procedimento di verifica dell'interesse culturale e, a fronte del silenzio o della mancata conclusione del procedimento nel termine prescritto dalla legge, ben può reagire avvalendosi dei rimedi stabiliti dall'Ordinamento (v. art. 2 della l. n. 241 del 1990 e articoli 31 e 117 del c.p.a.).

I contrapposti interessi in gioco sembrano ritrovare un punto di equilibrio nella disciplina sull'assoggettamento a tutela in via provvisoria e temporanea e, nel contempo, sul termine di 120 giorni entro il quale concludere il procedimento di verifica.

Se alle considerazioni svolte sopra si aggiunge che va riconosciuto valore primario al principio di cui all'art. 9 Cost., relativamente alla cura dell'interesse culturale rispetto agli altri interessi pubblici o privati compresenti e che, per quanto attiene al profilo di disparità di trattamento in confronto col regime riservato ai beni di proprietà privata, ipotizzato dalla parte appellante, pare evidente la non irragionevolezza della diversità di disciplina atteso che i soggetti indicati all'art. 10, comma 1, rappresentano comunità e categorie che per fini istituzionali, costitutivi, storici e di vocazione tradizionalmente svolgono attività di rilevanza e di interesse pubblico, potendosi presumere così un interesse collettivo, di varia natura, da dover verificare in concreto prima di consentire qualunque intervento sui beni stessi, al fine di preservare un patrimonio quanto mai vario, il che concretizza un elemento di differenziazione adeguato; ne consegue la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli articoli 10 e 12 del d. lgs. n. 42 del 2004, in riferimento agli articoli 3 e 97 Cost., enunciata dall'appellante.

Né il profilo di contrasto col principio di buon andamento dell'Amministrazione – declinato, a quanto è dato comprendere, sotto il duplice aspetto dell'efficacia e dell'efficienza – può trovare sostegno mediante il riferimento a un inconveniente di carattere pratico –applicativo "immaginato" dall'appellante per il "caso in cui, contemporaneamente tutti gli enti locali, o anche un solo grande Comune…dovessero chiedere la procedura di verifica per i beni di proprietà che abbiano oltre un cinquantennio".

(…).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge confermando, per l'effetto, la sentenza impugnata.

(…)

Consiglio di Stato, Sez. III, 18 settembre 2017, n. 4374

Ospedali religiosi c.d. classificati – Natura – Enti di diritto privato.

La struttura ospedaliera religiosa, ente ecclesiastico, non può essere qualificata come «Azienda Ospedaliera Pubblica», ma è una struttura sanitaria privata, semplicemente equiparata alle strutture sanitarie pubbliche limitatamente agli aspetti organizzativi ben definiti dal legislatore, quali i requisiti tecnici e funzionali, e alla programmazione che si estrinseca, principalmente, mediante l'assegnazione di finanziamenti agli investimenti e mediante la determinazione dei tetti di spesa.

Omissis (…)

FATTO e DIRITTO

1. Con il Documento di Economia e Finanza- DIEF per il 2009 (approvato con la DGR n.1442/2009), la Regione Puglia assegnò all'Ospedale "Card. Panico" di Tricase (LE) l'importo complessivo di euro 73.064.000,00, quale tetto di remunerazione per le prestazioni sanitarie erogate a carico del SSR per l'anno 2009.

Successivamente. con determinazione del 30 dicembre 2010, n. 372, l'Ufficio Organizzazione ed Assistenza ospedaliera della Regione Puglia, riconoscendo nei confronti della struttura ospedaliera in questione l'intervenuto «splafonamento delle prestazioni tariffate e della somministrazione farmaci» per un importo complessivo di euro 2.700.000,00 circa, dette atto che, successivamente al c.d. «splafonamento», «il tetto di spesa deve ritenersi elevato» all'importo totale di euro 79.008.144,92; quindi, nello stesso provvedimento, l'Ufficio Organizzazione calcolò che per l'anno 2009 alla struttura Ospedaliera (applicando i criteri di computo stabiliti dalla Legge Regione Puglia n. 14/2004, art. 17, commi 2 e 3) sarebbe spettata l'assegnazione di un importo complessivo di euro 77.808.144,92 (per le voci ricoveri in DRG e specialistica, mobilità extraregionale, farmaci ed emergenza), facendo presente, comunque, che il saldo definitivo derivante «dalla differenza tra l'elevato tetto di spesa e quanto erogato in precedenza e con la presente determinazione dovrà avvenire con altro successivo atto dirigenziale», in quanto la ASL LE non aveva ancora rendicontato e certificato le attività relative alle prestazioni di emergenza ed altre prestazioni non tariffate.

In conseguenza la suddetta determinazione dirigenziale n. 732/2010 contestualmente disponeva a favore della struttura ospedaliera in questione l'erogazione di euro 2.722.122,47.

Vista la ricognizione di cui alla suddetta determinazione del dicembre 2010, la Pia Fondazione "Card. G. Panico" rappresentò alla Regione che, pur avendo rendicontato l'avvenuta erogazione di prestazioni per un importo complessivo di euro 87.739.521,21 al 31 dicembre 2009, tuttavia i competenti uffici non avevano provveduto a versarle la somma di euro 9.931.376,29, di cui euro 8.034.243,98 per prestazioni di ricovero ed ambulatoriali ed euro 1.897.132,31 per attività di pronto soccorso.

1.1. Quindi, rimaste senza esito le istanze per ottenere la remunerazione di tale differenza, la suddetta Pia Fondazione propose innanzi al TAR Puglia, Sezione Staccata di Lecce, il ricorso R.G. 1608/2012 (notificato nell'ottobre 2012 alla Regione Puglia), per

il riconoscimento del diritto alla remunerazione di tutte le prestazioni sanitarie erogate nel 2009, con la conseguente condanna della Regione medesima a corrispondere il relativo importo, nonché, ove necessario, per la disapplicazione o dichiarazione di nullità, della determinazione dirigenziale dell'Ufficio Organizzazione Assistenza ospedaliera della Regione Puglia n. 372/2010.

1.2. A fondamento della sua pretesa creditoria, la Pia Fondazione ha dedotto che, quanto al tetto annuo di remunerazione delle prestazioni erogate con onere a carico del SSR, le strutture sanitarie gestite da enti ecclesiastici godrebbero di un regime di sostanziale equiparazione rispetto alle strutture sanitarie pubbliche e che la Regione Puglia avrebbe dovuto remunerare tutte le prestazioni rese dall'Ospedale in applicazione della specifica convenzione stipulata nel 1978 tra le stesse parti e delle disposizioni di cui alla legge Regione Puglia n. 14/2004 e successive modificazioni.

1.3. Il giudice di primo grado, assorbita l'eccezione di inammissibilità per mancata impugnazione della determinazione regionale, che aveva approvato il DIEF per l'anno 2009 (sollevata dalla Regione Puglia), ha respinto il ricorso, rilevando che (in conformità all'orientamento del Consiglio di Stato, formatosi su controversie analoghe), a seguito delle modifiche del quadro normativo di riferimento, introdotte con il D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni nella legge 6 agosto 2008, n. 133, va esclusa la dedotta efficacia della convenzione stipulata il 21 giugno 1978 (nel rispetto dello schema tipo indicato dal D.M. Sanità 30 giugno 1975) tra la Regione Puglia e la Pia Fondazione "Card. G. Panico", in quanto a partire dal 2009 anche le prestazioni sanitarie erogate dalle strutture 'equiparate' con oneri a carico del SSR sono remunerate esclusivamente nei limiti degli inderogabili tetti di spesa annui preventivamente assegnati.

Pertanto – prosegue il giudice di primo grado – «l'osservanza del tetto di spesa rappresenta un vincolo ineludibile, in quanto misura delle prestazioni sanitarie che il servizio sanitario può erogare e permettersi di acquistare da ciascun erogatore privato».

1.4. Avverso tale sentenza la Pia Fondazione di culto e religione "Card. G. Panico", con sede a Tricase (LE), ha proposto l'appello in epigrafe, (…), chiedendone la riforma con un unico articolato motivo, (…).

1.5. In particolare l'appellante deduce che le modifiche apportate dal D.L. n. 112/2008 al quadro normativo preesistente non avrebbero comportato il disconoscimento della c.d. equiparazione tra gli ospedali classificati e le Aziende ospedaliere pubbliche nei termini assoluti esposti dalla sentenza impugnata.

Inoltre, nel caso di specie, la stessa Regione Puglia con la DGR n. 112/2001, nel riconoscere in capo all'Ospedale Cardinale Panico, ente ecclesiastico, i requisiti tecnici ed organizzativi, previsti dal D.LGS n. 502/1992 (art. 4, comma 2) per essere inserito nel complesso delle strutture eroganti prestazioni sanitarie di interesse pubblico, avrebbe di fatto equiparato tale struttura sanitaria alle Aziende ospedaliere pubbliche, estendendo a questo Ospedale gli stessi criteri di spesa, le tariffe, gli obiettivi e gli Accordi generali approvati per le Aziende Ospedaliere.

Né tanto meno – asserisce l'appellante – le nuove disposizioni del D.L. n.112/2008 avrebbero determinato una sostanziale assimilazione degli ospedali classificati alle case di cura private, atteso che permarrebbe, comunque, la posizione di equiparazione dei primi alle strutture pubbliche ai fini della erogazione delle prestazioni senza le cogenti limitazioni di spesa previste, invece, per le case di cura accreditate.

1.6. Con memoria del 29 luglio 2016, l'Ospedale appellante ha insistito nelle conclusioni di riforma della sentenza, rappresentando che la mancata stipula dell'accordo tra l'Ospedale e la Regione comporterebbe, da un lato, la persistente efficacia della

convenzione stipulata tra la Regione e la struttura sanitaria in questione nel giugno 1978 e, dall'altro, il diritto dell'appellante ad ottenere la remunerazione di tutte le prestazioni erogate in applicazione del regime convenzionale vigente, che non prevedeva tale genere di limiti.

Inoltre il giudice di primo grado – ad avviso dell'appellante – non avrebbe rilevato che nella Regione Puglia nel 2009 non vigeva un sistema di tetti di spesa invalicabili, introdotto solo dalla legge regionale n. 12/2010, art. 3, e che, comunque, la normativa regionale del 2010 non indicherebbe tra i destinatari dei tetti di spesa invalicabili né le strutture sanitarie pubbliche né quelle ad esse equiparate tra cui gli ospedali classificati, gestiti da enti ecclesiastici.

1.7. In data 16 maggio 2016 si è costituita in giudizio la Regione Puglia, che ha chiesto il rigetto dell'appello.

(…).

1.7.1. Nel merito la Regione ha chiesto il rigetto dell'appello, richiamando la precedente sentenza n. 2591/2014, con cui questa Sezione Terza (pronunciandosi su analoga controversia insorta tra le stesse parti) ha respinto il ricorso R.G. 7492/2012, proposto innanzi allo stesso TAR Puglia, Sezione di Lecce, per l'accertamento del diritto dell'Ospedale "Card. G. Panico" alla remunerazione delle prestazioni sanitarie erogate dallo stesso Ospedale nel 2010 in eccedenza al tetto prefissato dalla Giunta Regionale con il DIEF per il 2010.

In particolare la Regione ha rappresentato che (in conformità a quanto ha statuito la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, n. 735/2013) le modifiche introdotte dal D.L. n. 112/2008 comporterebbero che il corrispettivo, preventivato in sede di programmazione regionale e negli accordi, diventi di fatto un tetto di spesa invalicabile e, a sostegno di tale conclusione, rileva che il D.L. n. 112/2008, introducendo il comma 18 nell'art. 1 del D. LGS. n. 502/1992, ha altresì stabilito che «le attività e funzioni assistenziali delle strutture equiparate di cui al citato articolo 4, comma 12, con oneri a carico del servizio sanitario nazionale, sono esercitate esclusivamente nei limiti di quanto stabilito negli specifici accordi di cui all'art. 8 quinquies».

(…).

1.8. Con memoria di replica del 8 settembre 2016, l'Ospedale appellante ha insistito sulla 'centralità' della circostanza che nel 2009 la Regione Puglia non le abbia sottoposto alcuna proposta di Accordo al fine di definire eventuali limiti nella erogazione delle prestazioni sanitarie al pubblico.

Da ciò – avviso dell'Ospedale – consegue che, da un lato, la determinazione che approvava il DIEF costituirebbe un atto endoprocedimentale, mentre, specularmente, a favore della struttura si sarebbe definito un vero e proprio diritto alla remunerazione integrale delle prestazioni erogate.

Infine – rileva l'appellante – la Regione avrebbe dovuto tener conto della circostanza che la specifica collocazione della struttura nei documenti programmatori e le numerose richieste di erogazione di prestazioni provenienti dalle strutture sanitarie pubbliche avevano ingenerato nella Pia Fondazione il legittimo affidamento sulla perdurante efficacia del regime fissato dalla convenzione del giugno 1978 per la remunerazione delle prestazioni sanitarie erogate.

Alla pubblica udienza del 29 settembre 2016, uditi i difensori presenti per le parti e preso atto che l'appellante ha depositato copia dell'Accordo stipulato con la Regione Puglia per la remunerazione delle prestazioni per l'anno 2016, la causa è passata in decisione.

2. In diritto il Collegio ritiene opportuno premettere alcune osservazioni di carattere

generale sulla categoria degli ospedali c.d. classificati, cioè delle strutture ospedaliere generalmente gestite da ordini religiosi, che, in applicazione dell'art. 20 della legge n. 132/1968, furono 'classificati', ove in possesso dei requisiti previsti ed a domanda, in una delle seguenti tipologie: ospedali generali (distinti in ospedali di zona, provinciali e regionale) e specializzati in corrispondenza alle caratteristiche organizzative ed ai requisiti tecnici.

Tale procedimento di classificazione, quindi, determinò l'inserimento degli ospedali religiosi nella programmazione dell'assistenza ospedaliera, per cui i medesimi furono affiancati agli enti ospedalieri, che gestivano gli ospedali pubblici, e furono sottoposti alla vigilanza regionale e a quella ministeriale e, pertanto, nell'assetto complessivo del sistema ospedaliero, furono equiparati, quanto allo svolgimento dell'attività assistenziale, alle strutture sanitarie pubbliche.

Si tratta, comunque, di strutture che, nonostante l'evoluzione della normativa sull'assistenza sanitaria, hanno conservato sia la natura di enti di diritto privato, sia l'autonomia gestionale (anche in materia di personale), e che non furono assoggettati all'obbligo di adeguare il bilancio alle nuove regole dettate dalla riforma della contabilità pubblica, di cui alla legge n. 468/1978.

2.1. In seguito, istituito il SSN dalla legge n. 833/1978, la distinzione degli ospedali classificati dalla strutture sanitarie pubbliche fu confermata dall'art. 41 della stessa legge, che ha espressamente escluso qualsiasi innovazione per la disciplina degli ospedali classificati «per quanto concerne il regime giuridico–amministrativo degli istituti ed enti ecclesiastici che esercitano l'attività ospedaliera»; né modifiche sul punto furono introdotte dal successivo D.LGS. n. 502/1992, che, all'art. 4, ha confermato la disciplina vigente per gli enti, che esercitano l'assistenza ospedaliera ai sensi dell'art. 41 della legge n. 833/1978.

2.2. La distinzione tra le strutture sanitarie pubbliche e gli ospedali classificati equiparati è stata confermata anche di recente dal D.L. n. 112/2008, convertito nella legge n. 133/2008, il quale, all'art. 79 (che ha modificato il comma 18 dell'art. 1 del D.LGS. n. 502/1992), dispone che le attività assistenziali delle strutture equiparate con oneri a carico del SSN sono esercitate esclusivamente nei limiti di quanto stabilito dagli specifici accordi di cui all'art. 8 quinquies del D.LGS. n. 502/1992.

Né la mancata completa assimilazione degli ospedali equiparati alle strutture ospedaliere pubbliche dà luogo ad una ingiustificata disparità di trattamento, in quanto dal quadro normativo emerge che tali strutture, enti ecclesiastici, essendo soggetti di proprietà privata (il cui titolare ha piena autonomia di gestione), non hanno obblighi di rendicontazione e non sono soggetti all'osservanza delle previsioni di diritto pubblico nelle scelte aziendali, ma sono destinatari solo dei vincoli della programmazione pubblica, che si estrinsecano, principalmente, mediante l'assegnazione di finanziamenti agli investimenti e mediante la determinazione dei tetti di spesa.

2.3. Premesso quanto sopra in ordine alla categoria dei c.d. ospedali classificati equiparati, con riguardo alla vicenda all'esame, preliminarmente il Collegio rileva che l'Ospedale Cardinale Panico (come si desume anche dalla contestata determinazione dirigenziale regionale n. 372/2010) è una struttura ospedaliera religiosa, ente ecclesiastico gestito dalla omonima fondazione di culto e, pertanto, non può essere qualificata come «Azienda Ospedaliera Pubblica», mentre sia nel ricorso di primo grado sia nell'appello in epigrafe, comunque, viene indicata come «Azienda Ospedaliera».

A tale conclusione conduce anche l'esame della DGR Puglia n. 112/2001, che, infatti, si limita a stabilire la equiparazione dell'Ospedale Cardinale Panico di Tricase (LE) alle Aziende ospedaliere allo specifico fine della programmazione delle spese,

delle tariffe e dei tetti di spesa della Regione, che per l'anno 2001 (in applicazione della L.R. n. 28/2001, art. 20) aveva stabilito di ridurre di cinque punti i tetti di remunerazione fissati per il 2000.

Né per smentire tale conclusione giova all'appellante richiamare il precedente di questa stessa Sezione (Cons. Stato, Sez. III, n. 735/2013), in cui su analoga controversia si è affermato che l'Ospedale in questione «è stato costituito in azienda ospedaliera giusta la DGR n. 112/2001»: infatti il richiamo della sentenza alla citata DGR (già sopra menzionata) non consente, in sede interpretativa, di attribuire alla equiparazione in questione una portata maggiore di quella esplicitamente definita dalla Giunta Regionale nel contesto deliberativo di riferimento.

2.3.1. D'altra parte la giurisprudenza del Consiglio di Stato più volte si è pronunciata sulla natura giuridica della Pia Fondazione "Card. G. Panico" di Tricase, affermandone la natura di struttura sanitaria privata, semplicemente equiparata alle strutture sanitarie pubbliche e questa Sezione ha confermato l'orientamento consolidato nella pronuncia con cui ha definito altra analoga controversia instaurata dalla stessa Pia Fondazione nei confronti della Regione Puglia in ordine alla remunerazione delle prestazioni erogate oltre il tetto di spesa regionale fissato per l'anno 2010 (vedi Cons. Stato, Sez. III, n. 2591/2014, la cui motivazione è stata riportata ampiamente nella stessa sentenza impugnata) .

2.3.2. Come espone la Pia Fondazione appellante, l'Ospedale "Card. G. Panico" nel 1968 fu classificato «Ospedale generale di zona», ai sensi della legge n. 132/1968, dal Medico Provinciale di Lecce con decreto 6 novembre 1968, n. 6696, e quindi, in conformità alla normativa dell'epoca, in data 21 giugno 1978 stipulò una convenzione con la Regione Puglia per l'esercizio dell'attività assistenziale; in seguito fu riclassificato «Ospedale Provinciale Generale» con decreto del Presidente della Giunta della Regione Puglia 20 marzo 1981, n. 365.

Attualmente la Pia Fondazione di culto e religione "Card. G. Panico", con sede a Tricase (LE), in qualità di ente ecclesiastico civilmente riconosciuto, gestisce una struttura ospedaliera, che, con una dotazione di oltre 400 posti letto, si colloca da vari decenni tra le principali strutture sanitarie, che provvedono alla copertura del fabbisogno assistenziale della provincia di Lecce, come si rileva anche dal suo inserimento nell'ambito del Piano di riordino della rete ospedaliera regionale, adottato dal commissario ad acta nominato per la gestione del Piano di Rientro dal disavanzo finanziario del SSR della Puglia.

2.4. (…).

2.5. Per la restante parte l'appello va respinto perché infondato nel merito.

In primo luogo, secondo la giurisprudenza consolidata (vedi *ex multis* Cons. Stato, Sez. III, n. 2591/2014 e 735/2013), la posizione degli ospedali privati c.d. classificati è equiparata a quella delle strutture sanitarie pubbliche limitatamente ad aspetti organizzativi ben definiti dal legislatore, quali i requisiti tecnici e funzionali, nonché la programmazione, il finanziamento degli investimenti e gli elementi costitutivi delle tariffe delle prestazioni erogate.

In secondo luogo va tenuto conto del fatto che, prima del 2009, il D.LGS. n. 502/1992, art. 8 *quinquies* (nel testo modificato dal d.lg. n. 229/1999) prevedeva che le Regioni definissero attraverso 'Accordi' con le strutture pubbliche ed equiparate e stipulassero 'contratti' con quelle private le caratteristiche essenziali del servizio sanitario e delle prestazioni sanitarie con riguardo al volume massimo delle prestazioni che le strutture sanitarie si impegnano ad assicurare, ai requisiti del servizio ed al corrispettivo preventivato a fronte delle attività concordate, da verificare a consuntivo

secondo le indicazioni dettate dalla Regione in ordine alla remunerazione delle prestazioni eventualmente erogate in eccedenza rispetto al programma preventivo concordato.

2.6. Pertanto, come ha chiarito la giurisprudenza ormai consolidata (vedi anche Cons. Stato, Sez. III, n. 697/2013), prima del D.L. n.112/2008, sussisteva la possibilità che le prestazioni erogate oltre i volumi preventivamente concordati negli accordi fossero remunerate in qualche misura, cioè secondo i criteri stabiliti dalla Regione (in applicazione del D.LGS. n. 502/1992, art. 8 quinquies, comma 1, lettera d).

2.6.1. Ma il D.L. n. 112/2008 modifica, tra l'altro, con effetto dal 2009, proprio la disciplina della remunerazione delle prestazioni erogate oltre il volume preventivamente concordato ed infatti introduce nel citato art. 8 quinquies il comma 2 quater, che prevede in capo alle Regioni la competenza a stipulare 'accordi' anche con gli ospedali di cui all'art. 41 della legge n. 833/1978 (istituti ed enti ecclesiastici civilmente riconosciuti che esercitano assistenza ospedaliera).

Il citato comma 2 quater, mentre, per un verso, dispone che, in conformità a tali 'Accordi', l'attività assistenziale, attuata in coerenza con la programmazione sanitaria regionale, «sia finanziata a prestazione in base ai tetti di spesa ed ai volumi di attività predeterminati annualmente dalla programmazione regionale nel rispetto dei vincoli di bilancio», per altro verso, contestualmente, esclude che «il corrispettivo preventivato a fronte delle attività concordate» sia sottoposto a verifica «a consuntivo sulla base dei risultati raggiunti e delle attività effettivamente svolte».

Inoltre, con espresso riferimento alle attività assistenziali delle strutture equiparate, lo stesso D.L. n. 112/2008, modificando anche l'art. 1, comma 18, del d.lg. n. 502/1992, ha stabilito altresì, che «le attività e funzioni assistenziali delle strutture equiparate di cui al citato art. 4, comma 12, con oneri a carico del servizio sanitario nazionale, sono esercitate esclusivamente nei limiti di quanto stabilito negli specifici accordi di cui all'art.8 quinquies».

Pertanto, a fronte di questo nuovo quadro normativo, «conseguentemente il corrispettivo preventivato in sede di programmazione regionale e negli accordi contrattuali diventa, di fatto, un tetto di spesa invalicabile» (giurisprudenza consolidata, vedi *ex multis* Cons. Stato, Sez. III, n. 735/2013, citata).

2.7. Né tale regime normativo può essere derogato nel caso specifico, in quanto la Regione non avrebbe sottoposto all'Ospedale religioso appellante uno schema di accordo da sottoscrivere in materia di remunerazione di volumi massimi di prestazioni ai sensi della disposizione introdotta con il comma 2 quater dell'art. 8 quinquies citato.

Al riguardo va disattesa l'argomentazione dell'appellante, secondo la quale, tra l'altro, il giudice di primo grado avrebbe acriticamente applicato alla controversia la normativa citata e richiamato la consolidata giurisprudenza formatasi in materia, che, invece, riguardava una fattispecie perfezionatasi nel 2010 cioè dopo l'entrata in vigore della legge regionale n. 12/2010, mentre avrebbe dovuto considerare la centralità della mancanza di un accordo tra la Regione e la struttura classificata che sostituisse la preesistente convenzione vigente dal giugno 1978, nonché la circostanza che solo con la legge regionale n. 12/2010, art. 3, la Regione Puglia ha previsto la non remunerabilità delle prestazioni sanitarie erogate oltre il tetto di spesa prefissato.

Infatti, a differenza di quanto deduce l'appellante, il giudice di primo grado ha esaminato il profilo della dedotta «sopravvivenza della convenzione» stipulata il 21 giugno 1978 tra la Regione e l'Ospedale Cardinale Panico, concludendo che la ultrattività della convenzione va esclusa, in quanto, come in controversia analoga ha affermato questo Consiglio (Sez. III, n. 2591/2014 citata), poiché l'osservanza del tetto di spesa preventivamente fissato rappresenta un vincolo ineludibile, la mancata sottoscrizione

dell'accordo, per conseguenza, non fa venir meno il vincolo determinato dal tetto di spesa massimo assegnato e non consente, quindi, il superamento di tale tetto.

2.7.1. Quindi correttamente la sentenza impugnata afferma che la convenzione del 1978, di cui appellante invoca l'efficacia (in carenza della nuova disciplina convenzionale da stabilirsi con l'accordo), deve, invece, ritenersi inapplicabile alla remunerazione delle prestazioni sanitarie erogate dall'Ospedale nel 2009, in quanto incompatibile con la normativa sopravvenuta .

In particolare la perdurante applicazione della convenzione del 1978 sarebbe in contrasto con i limiti introdotti dal D.L. n. 112/2008, art. 79, che (aggiungendo il comma 2 quater all'art. 8 quinquies citato) ha escluso che siano oggetto di revisione a consuntivo gli accordi stipulati tra la Regione e gli enti ed ospedali classificati (di cui alla legge n. 833/1978, art. 41) sui tetti di spesa e sui volumi di attività predeterminati annualmente dalla programmazione regionale (nel rispetto dei vincoli di bilancio).

2.7.2. Né tali conclusioni sono correttamente contestabili con l'argomento che, in effetti, l'ospedale, mancando la stipula dell'accordo con la Regione, non era in grado di attenersi alle regole più restrittive fissate dalla programmazione regionale in tema di non remunerazione di prestazioni erogate oltre il tetto di spesa prefissato.

Infatti, da un lato, il DIEF per il 2009 (approvato con DGR 4 agosto 2009, n. 442), con il quale la Regione aveva fissato le assegnazioni dirette alle Aziende USL ed «i tetti di remunerazione per gli enti ecclesiastici», è stato tempestivamente conosciuto dalla parte appellante, che non lo ha impugnato, mentre, dall'altro, non risulta che l'Ospedale appellante avesse tutelato le sue pretese, contestando con rimedi procedimentali o con rimedi giurisdizionali la ipotizzata inerzia della Regione in ordine alla mancata proposizione di uno schema di accordo per i tetti di spesa del 2009.

Per tale ragione, quindi, l'appellante non può invocare, come argomento a favore della persistente efficacia della convenzione del 1978, l'inerzia nel provvedere, cui ha fatto chiaramente acquiescenza.

2.7.3. Quindi (ai fini della pretesa alla remunerazione delle prestazioni erogate oltre il tetto di spesa fissato nella programmazione regionale) risulta ininfluente la circostanza che nella Regione Puglia solo la legge regionale n. 12/2010 (recante l'approvazione del Piano di rientro sanitario, trattandosi di regione in stato di disavanzo finanziario del SSR), all'art. 3, abbia vietato l'erogazione e la remunerazione con oneri a carico del SSR di prestazioni effettuate al di fuori del tetto massimo e del volume di attività predeterminati annualmente, con espressa abrogazione della precedente normativa regionale (legge reg. n. 14/2004 e legge reg. n. 26/2006), che, invece, prevedeva i criteri per la parziale remunerazione delle prestazioni extra tetto.

2.8. Per tali ragioni, va ritenuta ininfluente anche l'ulteriore circostanza (riportata dall'appellante nella memoria) che la Regione Puglia nell'anno 2012 abbia riconosciuto tutte le prestazioni erogate dall'ospedale in questione (disponendo anche un versamento aggiuntivo) ed abbia sottoscritto un accordo con lo stesso appellante soltanto nel 2013.

Infatti la circostanza che la Regione «fino a tale data abbia rinunciato ad esercitare il relativo potere», nonostante il chiaro tenore della citata normativa statale del 2008, non rappresenta una idonea ragione a sostegno della fondatezza della pretesa dell'appellante, essendo evidente che eventuali anomalie amministrativo- contabili, a prescindere dai profili soggettivi di responsabilità patrimoniale, sotto il profilo oggettivo non possono essere richiamati a sostegno di analoghe pretese al riconoscimento di remunerazioni, che, in chiara difformità con gli obiettivi di contenimento del disavanzo finanziario del SSN, comportano oneri alla finanza pubblica ulteriori rispetto a quelli programmati.

2.8.1. Pur nella consapevolezza che fenomeni di inerzia da parte delle Regioni ad

adeguarsi alla normativa statale sono frequenti, tuttavia il Collegio ritiene che tali situazioni non possano essere utilmente richiamate dalle strutture sanitarie interessate al perdurare di benefici, che, invece, sarebbero già stati eliminati, ove la Regione avesse tempestivamente provveduto per quanto di competenza.

2.9. D'altra parte, a differenza di quanto asserito dall'appellante, al DIEF per il 2009 (approvato con DGR n. 442/2009) non poteva essere attribuita (come eventualmente fino all'anno 2008) natura di atto endoprocedimentale, cui avrebbe fatto seguito (in applicazione dell'art. 8 quinquies, comma 2, lettera d) l'accordo integrativo in cui il corrispettivo preventivato (a fronte delle attività concordate) era sottoposto dalla Regione a verifica a consuntivo in base ai risultati raggiunti dal soggetto erogatore.

Infatti, come ha evidenziato la Sezione nelle varie citate pronunce, la nuova disciplina introdotta dal D.L. n. 112/2008 (che ha aggiunto il comma 2 quater all'art. 8 quinquies citato) comporta che, essendo esclusi i suddetti accordi integrativi, il soggetto erogatore, ove contesti (come nel caso all'esame) la determinazione del tetto di spesa delle prestazioni a carico del SSR, deve tempestivamente impugnare i provvedimenti autoritativi, che fissano tali limiti, in quanto si tratta, all'evidenza, di determinazioni definitive cogenti nei confronti dei soggetti erogatori medesimi.

2.9.1. In conseguenza, in presenza di prestazioni erogate oltre il tetto di spesa assegnato, «lo scostamento del risultato di gestione rispetto alle previsioni o comunque un dato contabile negativo, quale che ne sia la causa, non può fondare una pretesa ad ottenere un intervento finanziario pubblico» (Cons. Stato, Sez. III, n. 697/2013, citata).

Peraltro, come rileva il giudice di primo grado, «appare certo che gli effetti cogenti della normativa sopravvenuta non potevano risultare condizionati dall'atteggiamento delle parti, anche se pubbliche».

Al riguardo questo Collegio aggiunge che, diversamente, sotto il profilo oggettivo, accadrebbe che il nuovo regime, previsto da norme di rango primario, avrebbe tempi di effettiva applicazione differenziati in corrispondenza al grado di diligenza delle amministrazioni regionali, con la conseguente non consentita disparità di trattamento tra i destinatari del nuovo regime.

3. (…).

4. In conclusione, alla luce delle esposte considerazioni, preliminarmente l'appello RG n. 2421/2015 va dichiarato inammissibile *in parte qua* per difetto di interesse con riguardo all'accertamento del diritto alla remunerazione corrispondente, rispettivamente, alla somministrazione dei farmaci ed alle prestazioni assistenziali di pronto soccorso, erogate in eccedenza sul tetto di spesa assegnato per l'anno 2009, con la conseguenza che il ricorso di primo grado va dichiarato in parte qua inammissibile ed improcedibile, mentre nel merito l'appello medesimo va respinto per la restante parte e, per l'effetto, va confermata, nei sensi e limiti sopra esposti, la impugnata sentenza del TAR Puglia, Sezione Staccata di Lecce, n. 2072/2014.

(…).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), pronunciando sull'appello in epigrafe R.G. n. 2421/2015, preliminarmente lo dichiara parzialmente inammissibile per difetto di interesse ed, in conseguenza, dichiara il ricorso di primo grado inammissibile ed improcedibile *in parte qua* nei limiti di cui in motivazione, mentre nel merito lo respinge per la restante parte e, per l'effetto, conferma, nei limiti indicati in motivazione, la impugnata sentenza del TAR Puglia, Sezione Staccata di Lecce n. 2072/2014 .

(…)

Consiglio di Stato, Sez. IV, 30 gennaio 2018, n. 623

Cappellani militari – Provvedimenti assunti dall'autorità ecclesiastica – Efficacia nell'ordinamento statale – Giurisdizione del G.A. a giudicarne la legittimità – Limiti.
Non idoneità ecclesiastica – Causa di cessazione dal servizio permanente di cappellani militari.

I provvedimenti emanati dalle superiori autorità ecclesiastiche, che sui cappellani militari esercitano la propria giurisdizione ecclesiastica (intesa come esercizio del ministero ecclesiastico) esplicano efficacia nell'ambito dell'ordinamento statale. Su tali provvedimenti il giudice amministrativo ha giurisdizione a giudicarne la legittimità limitatamente ai soli aspetti estrinseci del procedimento di formazione e manifestazione della volontà provvedimentale, oltre che del rispetto dei requisiti di forma e di sostanza previsti dalla normativa italiana, ma non può impingere nel merito delle valutazioni o di quei giudizi che, attenendo alla sfera dell'assistenza spirituale e alla idoneità pastorale dei sacerdoti a cui la stessa è demandata, sotto l'alta direzione dell'Ordinario Militare, sfuggono alla stessa giurisdizione italiana, rientrando nella giurisdizione ecclesiastica(1).

Lo status del cappellano militare è caratterizzato da una duplice «anima», essendo costituito, a un tempo, dalla sua condizione di sacerdote e da quella di arruolato nelle Forze Armate. Pertanto, l'idoneità ecclesiastica del sacerdote a prestare servizio in qualità di cappellano militare costituisce il logico e necessario corollario per la designazione dello stesso. Di conseguenza la mancanza della permanenza di tale idoneità costituisce causa di cessazione dal servizio, in quanto non è più conseguibile la realizzazione dello scopo cui è preordinato l'impiego dei cappellani(2).

Omissis (…)

FATTO e DIRITTO

1. Il Cappellano Militare Capo (…), con ricorso al T.R.G.A. di Bolzano del 15 luglio 2015 (R.G. n. 160/2015) e successivi motivi aggiunti chiedeva l'annullamento:

1) del provvedimento del Ministero della Difesa - Ordinariato militare per l'Italia dd. 2.7.2015 prot. 2228 - C/1 di non idoneità ecclesiastica a svolgere il compito di Cappellano Militare del Sacerdote (…), con il quale l'Arcivescovo Ordinario Militare per l'Italia aveva stabilito il termine del servizio del Cappellano Militare Capo Don (…) a far data dal 2.7.2015, con conseguente rientro nella Diocesi di incardinazione (Assisi);

2) del provvedimento del Ministero della Difesa - Direzione Generale della Previdenza Militare e della Leva, con il quale era stata dichiarata, con decreto in corso di perfezionamento, la cessazione del ricorrente dal servizio permanente, in quanto giudicato non idoneo a proseguire lo stesso presso l'Ordinariato Militare ai sensi dell'art. 1581 del D.lgs 15.3.2010 n.66 "Codice dell'Ordinamento Militare", con data di attuazione, "ora per allora: 2 luglio 2015";

3) della decisione della Superiore Autorità della Chiesa Cattolica, Congregazione

per il Clero (*Congregatio Pro Clericis*) dd. 2.7.2015, prot. 20152265, in base alla quale il ricorrente era stato giudicato "non idoneo a proseguire il servizio presso l'Ordinariato Militare";

4) del decreto del Ministero della Difesa dd. 6.7.2015 n. 33/15/PE.

Don (…) domandava altresì l'accertamento, «in giurisdizione esclusiva di pubblico impiego militare» del proprio diritto a permanere in servizio permanente effettivo quale Cappellano Militare Capo presso il Reggimento Logistico "Julia", con sede in Merano (BZ).

Con ricorso del 21 ottobre 2015 (R.G. n. 241/2015) domandava poi l'annullamento:

1) del decreto dirigenziale dell'11 agosto 2015 inviato con nota in pari data n. M_DGPREV 0136118 con il quale era stata disposta la sospensione dall'esercizio del ministero sacerdotale in tutta la circoscrizione dell'Ordinariato Militare, ai sensi dell'art. 1575 del decreto legislativo n. 66/2010;

2) del presupposto provvedimento n. 619/3-A dell'Ordinario Militare del 23 luglio 2015, con il quale veniva stabilita nei suoi confronti la revoca delle facoltà di amministrare sacramenti e sacramentali all'interno della circoscrizione ecclesiastica dell'Ordinariato Militare nonché della collegata comunicazione in pari data dell'Ordinariato Militare.

3) del provvedimento del Ministero della Difesa - Ordinariato militare per l'Italia, dd. 23.7.2015, prot. 2583 - C/4, indirizzato al Comandante del Reggimento Logistico "Julia", Via delle Caserme 8, 39012 Merano (BZ), con il quale veniva comunicata la sospensione "dall'esercizio totale del ministero sacerdotale in tutta la circoscrizione ecclesiastica dell'Ordinariato Militare per l'Italia" per cui Don (…) non poteva più esercitare né il ministero di sacerdote cattolico né quello di cappellano.

Domandava altresì l'accertamento, «in giurisdizione esclusiva di pubblico impiego militare», del proprio diritto al risarcimento dei danni patiti in conseguenza della condotta tenuta dall'amministrazione, asseritamente consistita in atti e fatti vessatori senza soluzione di continuità a danno dell'integrità psicofisica del ricorrente (danno biologico), della sfera professionale e, nel caso di specie, anche religiosa (danno morale), nonché l'accertamento del diritto al percepimento del cd. assegno alimentare previsto dall'art. 920 del d.lgs. 15.3.2010 n. 66 (recante il Codice dell'Ordinamento Militare) per tutto il periodo della intervenuta sospensione disciplinare.

Con il primo dei due gravami Don (…) deduceva;

1) violazione e falsa applicazione dell'art. 733, comma 3 del d.P.R. n. 90/2010, degli artt. 1533, 1547, 1548, 1549, 1557, 1577 in relazione all'art. 931, co. 5, 1581 e 1583 del decreto legislativo n. 66/2010. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost ., dell'art. 3 della legge n. 241/90 ed eccesso di potere per motivazione carente, illogicità, contraddittorietà manifesta ed arbitrarietà;

2) violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge n. 241/90 in relazione all'art. 123 della Costituzione Apostolica *Pastor Bonus* ed eccesso di potere per motivazione errata e perplessa da parte dell'Ordinario Militare per l'Italia;

3) violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 7 e 21 *bis* della legge n. 241/90, per mancata messa a disposizione del provvedimento richiamato, mancata comunicazione dell'avvio del procedimento e per violazione del principi di irretroattività degli atti amministrativi limitativi della sfera giuridica dei destinatari;

4) violazione e falsa applicazione dell'art. 24 della Costituzione, dell'art. 12 del decreto del Presidente della Repubblica n. 394/1995 ed eccesso di potere per contraddittorietà manifesta, per non aver l'Ordinario Militare rispettato le leggi dello Stato, nonostante l'espressa disposizione della Congregazione del Clero.

5) violazione e falsa applicazione degli artt. 1533, 1577 e 1581 del decreto legislativo n. 66/2010, dell'art. 3 della legge n. 241/90 ed eccesso di potere per motivazione inesistente, errata e contraddittoria, eccesso di potere per sviamento, per aver ritenuto esistente ed efficace un provvedimento che tale non era. Violazione e falsa applicazione dell'art. 21 *bis* della legge n. 241/90 in relazione all'art. 2 del decreto legislativo n. 123/2011 ed eccesso di potere per aver attributo efficacia retroattiva al provvedimento di cessazione del servizio, nonché degli artt. 21 *septies* e 21 *octies* della legge n. 241/1990.

Per quanto attiene al secondo ricorso, deduceva:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione, relativo al principio di buon andamento nell'azione della p.a. dell'art. 24 della Costituzione, che sancisce il diritto ad agire in giudizio, dell'art. 113 della Costituzione, afferente il diritto alla tutela giurisdizionale ed eccesso di potere per sviamento e inosservanza dell'ordinanza del TRGA n. 131/2015 - Violazione della legge 7 agosto 1990, n. 241, per violazione del generale principio del giusto procedimento ed eccesso di potere per assenza assoluta di contraddittorio nel procedimento disciplinare - Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241 ed eccesso di potere per motivazione assolutamente carente e generica;

2) Violazione e falsa applicazione degli artt. 1575, 1576 e 920 C.O.M. ed eccesso di potere per mancata determinazione del periodo di sospensione, anche con riferimento all'art. 1357 C.O.M., nonché per mancato riconoscimento dell'assegno alimentare.

Nei due giudizi si costituiva il Ministero della Difesa, deducendo l'inammissibilità per difetto di giurisdizione del T.R.G.A., trattandosi di atti che rientravano nella competenza dell'autorità ecclesiastica e chiedendone, in ogni caso, il rigetto.

Il TAR Bolzano, con sentenza n. 172/2016, accoglieva, in parte, l'eccezione di difetto di giurisdizione, sollevata dalla difesa erariale.

In particolare, con riguardo all'impugnativa della "decisione" ecclesiastica, adottata dalla Congregazione per il Clero della Chiesa Cattolica in ordine al giudizio di inidoneità del ricorrente a svolgere le funzioni di cappellano militare, osservava che gli artt. 1547, 1557 e 1560 dell'ordinamento militare sanciscono, nel rispetto del principio dell'indipendenza e della sovranità reciproca dello Stato e della Chiesa Cattolica di cui all'art. 8 della Costituzione, una netta separazione tra l'attività riferibile direttamente all'ordinamento giuridico italiano e quella attinente al servizio spirituale in senso stretto, espressione dell'ordinamento della Chiesa Cattolica, alla quale appartengono i sacerdoti.

Pertanto, l'impugnazione della "decisione" della Congregazione per il Clero del 2 luglio 2015 era inammissibile, per difetto di giurisdizione, essendo tale atto adottato da un'autorità ecclesiastica, che esercita le proprie funzioni esclusivamente nell'ambito della Chiesa Cattolica.

Precisava peraltro che nelle more del giudizio la Congregazione per il Clero, con nota del Prefetto del 7 settembre 2015, aveva anche chiarito che l'impugnata precedente nota del 2 luglio 2015 della stessa Congregazione non aveva natura provvedimentale («*non si tratta di un decreto…, bensì di un aiuto offerto da questo Dicastero a S.E. Mons. Santo Marcianò*»).

Era invece da ritenersi ammissibile l'impugnazione del provvedimento dell'Ordinario Militare per l'Italia del 2 luglio 2015, in quanto atto presupposto dei provvedimenti di cessazione dal servizio permanente, adottati dal Direttore Generale in S.V. della Previdenza militare e della leva del Ministero della Difesa.

L'ufficio dell'Ordinario Militare per l'Italia, a differenza del dicastero della Congregazione per il Clero, non può invero essere considerato *tout court* come ecclesiastico, bensì come ufficio dello Stato, nell'ambito del quadro normativo sopra descritto.

Ovviamente, la valutazione espressa dall'Ordinario militare circa l'inidoneità ecclesiastica del cappellano militare a continuare a svolgere le sue funzioni non era di certo sindacabile nel merito dal giudice amministrativo, attenendo alla sfera della idoneità pastorale del sacerdote.

Nondimeno, il giudice poteva sindacare gli «aspetti estrinseci del procedimento di formazione e manifestazione della volontà provvedimentale» e il «rispetto dei requisiti di forma e di sostanza previsti dalla normativa italiana (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 8 agosto 2006, n. 4783)».

Nei suddetti limiti, il ricorso si rivelava fondato, in quanto il contenuto degli atti impugnati non faceva riferimento ad alcuna delle cause di cessazione dal servizio permanente dei cappellani militari, previste dal legislatore (art. 1577 d.lgs. n. 166/2010).

In particolare, la nota dell'Ordinario Militare per l'Italia del 2 luglio 2015, nell'oggetto, riguardava "non idoneità ecclesiastica" del ricorrente a svolgere il compito di Cappellano militare e, nella motivazione, si limitava prendere atto della «*decisione della Superiore Autorità della Chiesa Cattolica, Congregatio Pro Clericis (Congregazione per il Clero), datata 2.7.2015*», che aveva giudicato il ricorrente «*non idoneo a proseguire il servizio presso codesto Ordinariato Militare*».

Tuttavia, secondo il TAR, la "non idoneità ecclesiastica" non rientra tra le cause di cessazione dal servizio permanente dei cappellani militari sopra elencate, da ritenersi tassative.

A sua volta, il decreto ministeriale definitivo del 7 luglio 2015, nelle premesse, si limitava ad affermare che il ricorrente è stato «*giudicato non idoneo a proseguire il servizio presso l'Ordinariato Militare*», senza fare riferimento espresso ad alcuna delle cause di cessazione di cui al comma 1 del citato art. 1577 del Codice dell'ordinamento militare.

Quest'ultimo decreto, nella parte dispositiva, richiamava invero l'art. 1581 dello stesso Codice, secondo cui «Il cappellano militare, che su giudizio dell'Ordinario militare, approvato dal Ministro, risulta non idoneo agli uffici del grado, cessa dal servizio permanente ed è collocato nella riserva o in congedo assoluto».

Tuttavia l'inidoneità agli uffici del grado doveva ritenersi cosa diversa dalla "non idoneità ecclesiastica" cui aveva fatto riferimento l'Ordinario Militare nella nota del 2 luglio 2015.

Inoltre, anche volendo considerare applicata la causa di inidoneità agli uffici del grado, il procedimento sarebbe comunque viziato, in quanto l'art. 1577 richiede quale presupposto per la cessazione il "giudizio dell'Ordinario militare".

Nel caso di specie, il decreto definitivo ministeriale non richiamava la nota dell'Ordinario Militare del 2 luglio 2015, ma la disposizione della *Congregatio Pro Clericis*, sempre del 2 luglio 2015, che però non poteva rilevare ai fini dell'applicazione della norma citata.

Peraltro, quand'anche la nota dell'Ordinario Militare fosse stata richiamata nel decreto finale, il procedimento sarebbe stato comunque viziato, dato che quest'ultima nota non conteneva il prescritto autonomo giudizio dell'Ordinario militare sulla non idoneità agli uffici del grado, che va poi "approvato dal Ministro".

Invero, la nota dell'Ordinario Militare si limitava a prendere atto di un giudizio, peraltro esclusivamente ecclesiastico, di un'autorità non appartenente allo Stato italiano.

Inoltre, mancava anche la prescritta approvazione da parte del Ministro della Difesa.

Infine, il TAR accoglieva anche la domanda di accertamento del diritto del ricorrente a permanere in servizio permanente effettivo quale Cappellano Militare Capo presso il Reggimento Logistico "Julia", con sede a Merano.

Con la sentenza n. 173/2016, veniva annullato anche il decreto del Ministero della Difesa, in data 11 agosto 2015, con il quale era stata decretata la sospensione dall'esercizio totale del ministero sacerdotale dell'(…) in tutta la circoscrizione dell'Ordinariato Militare per l'Italia ai sensi dell'art. 1575 del Decreto Legislativo del 15.3.2010 n. 66.

Veniva in primo luogo respinta l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla difesa erariale, a mente gli artt. 1547, 1557 e 1560 del codice dell'ordinamento militare che sanciscono una netta separazione tra l'attività riferibile direttamente all'ordinamento giuridico italiano e quella attinente al servizio spirituale in senso stretto, espressione dell'ordinamento della Chiesa Cattolica, alla quale appartengono i sacerdoti.

Il TAR ribadiva che l'ufficio dell'Ordinario Militare per l'Italia non può invero essere considerato *tout court* come ecclesiastico.

Nel merito, sebbene la presupposta valutazione espressa dall'Ordinario militare circa la facoltà del ricorrente di amministrare sacramenti e sacramentali all'interno della circoscrizione ecclesiastica dell'Ordinariato Militare per l'Italia non fosse di certo sindacabile nel merito dal giudice amministrativo, attenendo alla sfera della idoneità pastorale del sacerdote, tuttavia lo stesso giudice, ribadiva di poter sindacare gli «aspetti estrinseci del procedimento di formazione e manifestazione della volontà provvedimentale» e il «rispetto dei requisiti di forma e di sostanza previsti dalla normativa italiana» così come statuito da questo Consiglio di Stato nel precedente del 2006 sopra citato.

Il TAR riteneva assorbenti i profili di censura sollevati con il secondo motivo, in quanto, a mente dell'art. 1575 del d.lgs. n. 66/2010, nella sanzione disciplinare in esame avrebbe dovuto essere stabilito un termine.

Diversamente opinando, la sanzione della sospensione dall'impiego non si distinguerebbe dal diverso istituto della cessazione dal servizio permanente, disciplinato dai successivi artt. 1577 e ss. dello stesso d.lgs. n. 66 del 2010.

Nel caso specifico, il Direttore Generale della Direzione generale della Previdenza militare e della leva del Ministero della Difesa, nell'impugnato decreto dell'11 agosto 2015, aveva disposto la sospensione del ricorrente «dall'esercizio totale del ministero sacerdotale in tutta la circoscrizione dell'ordinariato Militare per l'Italia», applicando espressamente l'art. 1575 del d.lgs. n. 66 del 2010, «a seguito della sanzione disciplinare ecclesiastica comminata a norma della vigente legislazione canonica», senza però stabilire alcuna durata della sanzione.

Dunque, la sanzione disciplinare della sospensione dall'impiego era stata applicata al ricorrente *sine die*, in violazione della norma citata.

La nota dell'Arcivescovo Santo Marcianò del 23 luglio 2015, pure impugnata, appariva invece esente dai vizi lamentati, in quanto si limitava a stabilire la revoca delle facoltà di amministrare sacramenti, senza fare alcun riferimento all'art. 1575 del d.lgs. n. 66 del 2010.

Pure fondate venivano ritenute le censure riferite al mancato riconoscimento, sempre nel decreto ministeriale impugnato, del c.d. assegno alimentare di cui all'art. 920 del ripetuto decreto n. 66 del 2010, avente natura assistenziale e non retributiva.

Veniva infine rigettata la domanda di risarcimento del danno biologico e morale patito dal ricorrente in conseguenza della sanzione disciplinare impugnata.

Entrambe le sentenze sono state impugnate dall'Avvocatura generale dello Stato, nella parte in cui l'amministrazione statale è rimasta soccombente.

I profili di gravame possono essere così sintetizzati:

- difetto di giurisdizione del giudice amministrativo che ha, nelle sostanza, sindacato gli atti emanati dall'Autorità Ecclesiastico-Militare con i quali è stata dichiarata, a più riprese, l'inidoneità del Cappellano Militare ad esercitare il proprio ministero

sacerdotale all'interno delle Forze Armate, provvedimenti che hanno influito sullo *status d*i cappellano, in virtù di quanto disposto dall'art. 1547 del codice dell'Ordinamento militare, secondo cui «lo stato giuridico dei cappellani militari è costituito dal loro stato di sacerdoti cattolici e dal complesso dei doveri e diritti inerenti al grado di cappellano militare, secondo le disposizioni del presente codice»; le due decisioni del T.R.G.A. Bolzano sarebbero erronee nella parte in cui, pur avendo in linea di principio dichiarato la inammissibilità dei ricorsi per la parte in cui interessavano i provvedimenti ecclesiastici, si sono risolti in un sostanziale sindacato di quei provvedimenti, nella parte in cui non hanno tratto le necessarie conseguenze della intervenuta inidoneità ecclesiastica, con ciò entrando nel merito dei provvedimenti ecclesiastici;

- omessa riunione dei gravami, essendo stati impugnati atti che si sono succeduti, inscindibilmente connessi tra loro, come parte di un unico procedimento amministrativo, concluso con il provvedimento dell'Ordinario Militare del 23 luglio 2015, con il quale sono state revocate al Cappellano militare (…) le facoltà di amministrare sacramenti e sacramentali all'interno delle Forze Armate, nonché con il provvedimento della Direzione Generale Previdenza e Leva del Ministero della Difesa dell' 11 agosto dello stesso anno che formalizzava la sanzione disciplinare ecclesiastica; in particolare, la mancata riunione ha impedito al TAR di avere - nel giudizio n. 160/2015 - una piena cognizione del provvedimento dell'Ordinario diocesano del 23 luglio 2015 che è stato assunto, in ogni caso, a seguito di una autonoma valutazione da parte dell'Ordinario ed esplicava, quindi, i suoi effetti, diretti ed immediati, sul provvedimento di congedo definitivo del ricorrente. La mancata riunione ha, invece, impedito al T.R.G.A. Bolzano nel giudizio n. 241/2015 di valutare che il provvedimento di sospensione dal servizio era stato comunque superato dal provvedimento di congedo definitivo;

- i provvedimenti dell'amministrazione militare non avrebbero potuto avere un contenuto diverso rispetto a quello assunto dall'amministrazione della difesa perché, essendo venuto meno, in capo al ricorrente, lo *status* di cappellano militare ex art. 1547 codice dell'ordinamento militare, era necessario ed inevitabile disporre il congedo del ricorrente, non potendo più egli esercitare le funzioni di cappellano militare all'interno delle Forze Armate italiane;

- nessuna modalità prevista dalla legge italiana avrebbe potuto interferire sul rapporto che intercorre tra il Vescovo e il Sacerdote Cattolico in materia di disciplina ecclesiastica, essendo tale condizione "*sine qua non*" per l'ammissione ad ogni genere di servizio di assistenza spirituale in qualità di dipendente dello Stato;

- il ricorso n. 241/2015 avverso la sospensione dall'impiego avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile e/o improcedibile per difetto di interesse poiché l'efficacia di tale provvedimento è stata superata e/o assorbita dal provvedimento del 6 luglio 2015, formalizzato in data 5 agosto 2015, di messa in congedo del ricorrente;

- l'art. 1575 del c.o.m. non prevede alcun termine di durata finale della sanzione, in quanto la stessa consegue esclusivamente ad una decisione dell'autorità ecclesiastica alla cui durata è strettamente correlata.

Si è costituito per resistere ad entrambi gli appelli, Don (…), deducendo, in sintesi, quanto segue.

In primo luogo, la tesi secondo la quale l'amministrazione statale avrebbe l'obbligo di ratificare pedissequamente qualsivoglia provvedimento dell'Autorità ecclesiastica non sarebbe contemplata né dalla normativa canonica né quella ecclesiastica né da quella statale.

In particolare, per effetto dei Protocolli Addizionali al Concordato lateranense del 1923, lo Stato italiano non può recepire alcuna sentenza o provvedimento emanato da

qualsivoglia autorità ecclesiastica se in contrasto con la Costituzione o la legge statale in generale (l.n. 121/85, prot.add. 2).

Nel caso di specie, non potrebbe quindi ritenersi valido un provvedimento dell'Ordinario Militare, anche disciplinare, da lui emanato se in contrasto con il codice dell'ordinamento militare nei casi in cui intenda togliere o sospendere dall'impiego un proprio sottoposto (così come prevede l'art. 1560, comma 2, del c.o.m.).

Nel corpo del codice, l'unico caso di cessazione dal servizio a causa di un provvedimento ecclesiastico sarebbe quello previsto dall'art. 1577, comma 2, lett. f) del c.o.m. consistente nella "elevazione alla dignità vescovile del cappellano militare"

Il precedente di cui alla sentenza di questo Consiglio n. 4783 del 27.1.2006 sarebbe inconferente perché riguarda una determinazione relativa al mancato conseguimento del giudizio di "ottimo" da parte di un cappellano militare addetto di complemento e comunque dimostrerebbe che nemmeno i cappellani militari addetti di complemento possono subire la sorte dell'appellato, ovvero l'espulsione immediata dalla Forze Armate prescindendo dalle note caratteristiche.

L'appellato mette poi in evidenza, che, se è vero, come l'Avvocatura dello Stato afferma, che «lo stato giuridico dei cappellani militari è costituito dal loro stato di sacerdoti cattolici» è indubbio che l'appellato rientra sacramentalmente in tale stato poiché il *codex iuris canonici* al can. 290, recita «la sacra ordinanza, una volta validamente ricevuta, non diviene mai nulla […]».

Ad ogni buon conto, nei confronti dell'appellato Don (…) non si è mai concretizzata alcuna delle cause di perdita dello stato clericale.

Nella fattispecie, diversamente, con il provvedimento di Previmil del 6.7.2015, egli sarebbe stato collocato in congedo assoluto e non già nella riserva. Del resto, i provvedimenti impugnati avevano disposto anche il rientro nella diocesi di incardinazione per riprendervi, evidentemente, il servizio sacerdotale.

Egli, peraltro, ha sempre assolto con onore i diritti e i doveri attinenti al proprio grado di cappellano militare, come si ricava dai giudizi complessivi finali dei rapporti informativi.

Neppure applicabile sarebbe l'art. 21 – *octies* della l. n. 241/90, come pretende l'Avvocatura dello Stato, perché difettano, a suo dire, sia i presupposti normativi (ex art. 1577, comma 1, c.o.m.,) sia le modalità (*ex* art. 1560) per l'attuazione di un valido procedimento di cessazione dal servizio da parte dell'Ordinario Militare; difetta altresì la presupposta sanzione che avrebbe privato l'appellato del suo *status* di sacerdote cattolico.

Né tale provvedimento potrebbe trovare base nella successiva sanzione dell'ordinario militare (oggetto del ricorso definito con sentenza n. 173/2016) essendo cosa diversa la sanzione disciplinare ecclesiastica rispetto alla non idoneità alle funzioni del grado.

Nessun *vulnus* al diritto di difesa sarebbe poi disceso dalla mancata riunione da parte del TRGA visto che entrambi i ricorsi sono stati decisi lo stesso giorno.

Con particolare riguardo alla sentenza n. 173/2016, Don (…) ripropone il primo motivo del ricorso di primo grado assorbito dal TAR.

Ribadisce in particolare che le uniche ragioni dei provvedimenti impugnati, sia del Ministero che dell'Ordinario Militare, risiederebbero nell'avvenuta presentazione del ricorso al TAR avverso i provvedimenti di messa in congedo.

In sostanza, il comportamento che avrebbe fatto venir meno «*i fondamenti essenziali del ministero presbiteriale quali l'ubbidienza al legittimo superiore la comunione con la comunità ecclesiastica*» sarebbe esclusivamente quello relativo all'esercizio del diritto di difesa, garantito dalla Stato italiano.

La sanzione ecclesiastica violerebbe, pertanto, il diritto di difesa nonché i più elementari principi in materia di procedimento amministrativo.

A tale riguardo, invoca la sentenza della Corte Costituzionale n. 390/99, dalla quale si ricaverebbe che gli Ordinari diocesani sono sottoposti al rispetto dei principii di buon andamento, ragionevolezza e non arbitrarietà, nell'adozione di provvedimenti aventi effetti nella sfera giuridica della Repubblica Italiana così come riconosciuto anche dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 6133 del 16.11.2000.

Sottolinea, ad ogni buon conto, che nessuna censura è stata mossa dalla difesa erariale avverso il capo della sentenza che riconosceva l'assegno alimentare.

Contesta altresì l'eccezione di improcedibilità del ricorso di primo grado, sull'assunto che il provvedimento di messa in congedo spiegava effetto già dal 2.7.2015 ed era stato comunque sospeso in via interinale dal TAR di Bolzano in data antecedente all'irrogazione della sanzione della sospensione disciplinare.

Ribadisce di non avere mai perso lo *status* di sacerdote cattolico e che, comunque, secondo quanto previsto nell'art. 2, comma 2 del Protocollo addizionale che apporta modifiche al Concordato lateranense, ratificato e reso esecutivo in Italia con l. n. 121 del 1985, non possono acquisire efficacia nello Stato i provvedimenti emanati da qualsivoglia autorità ecclesiastica se in contrasto con i diritti costituzionali.

Il provvedimento dell'Ordinario Militare, nel caso in esame, sarebbe contrario alle previsione del Codice dell'Ordinamento Militare, per cui il cappellano militare potrebbe cessare o essere sospeso dall'impiego solo nelle ipotesi dallo stesso previste.

Con ordinanze n. 5225/2016 del 21.11.2016 e n. 5224 del 21.11.2016, la VI Sezione del Consiglio di Stato ha respinto le istanze di sospensione dell'efficacia esecutiva delle due sentenze.

La difesa erariale ha depositato una memoria conclusionale unica per i due appelli in cui ha messo in luce che, anche in data successiva alla proposizione di essi, l'autorità ecclesiastica ha confermato il provvedimento di revoca della facoltà di amministrare sacramenti e sacramentali nei confronti di Don (…).

Su tale presupposto, la Direzione Generale della Previdenza Militare e della Leva del Ministero della Difesa ha disposto una nuova sospensione dall'impiego fino alla data di decisione dei presenti appelli.

Tale provvedimento è stato impugnato con un nuovo ricorso innanzi al TAR di Bolzano (R.G. n. 97/2017), che, con sentenza n. 350 del 12.12.2017, lo ha annullato.

La difesa erariale sottolinea peraltro che, attesa la indipendenza e sovranità reciproca dello Stato e della Chiesa Cattolica, la sanzione disciplinare ecclesiastica comporta la definitiva impossibilità di adibire il sacerdote (…) alle funzioni di cappellano militare.

L'appellato replica osservando che il presente contenzioso deve essere ricollegato anche all'impugnativa dei rapporti informativi redatti nei suoi confronti dal Comandante del C.M.E. Trentino Alto Adige, oggetto degli appelli n. 5455/2015 e n. 67/2015, chiamati per la decisione alla medesima udienza.

Ribadisce che la sanzione disciplinare ecclesiastica non avrebbe dovuto essere recepita dall'amministrazione militare, in quanto contrastante con l'art. 1560, comma 2, del c.o.m., premesso al 1575, fermo restando che la sospensione del ministero sacerdotale disposta dall'Ordinario non risulterebbe conforme alla stessa legislazione canonica.

Rimarca di non avere mai perso lo *status* di sacerdote cattolico, in quanto, diversamente, sarebbe stato applicato nei suoi confronti l'art. 1597 del c.o.m., relativo alla inidoneità permanente alle funzioni sacerdotali, con conseguente invio in congedo assoluto.

Sottolinea, infine, che l'ultimo rapporto informativo redatto dall'autorità militare in

data 3 luglio 2015 attesta la correttezza del suo operato, stigmatizzando, per contro, il fatto che l'Ordinario militare non abbia più redatto le note caratteristiche dal 2014, nonostante fosse questa la sede più appropriata per esprimere un giudizio sul suo servizio.

Gli appelli, infine, sono stati trattenuti per la decisione alla pubblica udienza del 14.12.2017.

2. In via preliminare, occorre procedere alla riunione degli appelli in epigrafe, in quanto soggettivamente e oggettivamente connessi.

3. Nel merito, giova premettere il quadro normativo di riferimento.

Il Servizio di assistenza spirituale alle Forze Armate è oggi disciplinato dal d.lgs. n. 15.3.2010, n. 66 (recante il codice dell'ordinamento militare), nel quale, per quanto qui interessa, sono state trasfuse le disposizioni già contenute nella l. 1° giugno 1961, n. 512, recante norme in materia di «stato giuridico, avanzamento e trattamento economico del personale dell'assistenza spirituale alle Forze Armate dello Stato».

All'articolo 17, così come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 20/2012, il suddetto codice stabilisce che «Il Servizio di assistenza spirituale alle Forze armate, istituito per integrare la formazione spirituale del personale militare di religione cattolica e disimpegnato da sacerdoti cattolici in qualità di cappellani militari, fino all'entrata in vigore dell'intesa prevista all'articolo 11, comma 2, dell'Accordo, con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modificazioni al Concordato Lateranense dell'11 febbraio 1929, tra la Repubblica italiana e la Santa Sede, ratificato e reso esecutivo con la legge 25 marzo 1985, n. 121, è disciplinato dal presente codice e, in particolare, dal titolo III del libro V".

All'art. 1553, comma 2, il medesimo decreto soggiunge che «L'alta direzione del servizio di assistenza spirituale è devoluta all'Ordinario militare per l'Italia, il quale è coadiuvato dal Vicario generale militare e da tre ispettori che fanno parte della sua Curia».

L'assetto della materia deriva dalle disposizioni contenute nel Concordato annesso ai Patti lateranensi del 1929, confermato dagli Accordi del 1984 (cfr., in particolare, l'art. 11, comma 2, secondo cui «L'assistenza spirituale ai medesimi [*scilicet*: ai cattolici] è assicurata da ecclesiastici nominati dalle autorità italiane competenti su designazione dell'autorità ecclesiastica e secondo lo stato giuridico, l'organico e le modalità stabiliti d'intesa fra tali autorità»).

Per quanto in particolare concerne i cappellani militari, l'art 1547 del c.o.m. stabilisce che il loro stato giuridico è «costituito dal loro stato di sacerdoti cattolici e dal complesso dei doveri e diritti inerenti al grado di cappellano militare, secondo le disposizioni del presente codice».

L'art. 1557 prevede poi che l'autorità dalla quale il cappellano militare direttamente dipende, redige alla fine di ogni anno un rapporto informativo nei riguardi del cappellano militare stesso (comma 1) e che l'Ordinario militare o, per sua delega, il Vicario generale militare, sulla base del rapporto informativo e di ogni altro elemento a disposizione, compila, entro il mese di gennaio dell'anno successivo, le note caratteristiche per ciascun cappellano militare integrate da un giudizio complessivo espresso per le qualifiche di ottimo, buono, mediocre, insufficiente (comma 2)

La nomina dei cappellani militari addetti «è effettuata con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministro della difesa, previa designazione dell'Ordinario militare» (art. 1548, comma 1).

Il loro impiego «consiste nell'esercizio del ministero sacerdotale in qualità di cappellano militare» (art. 1560, comma 1).

L'impiego «non può essere tolto o sospeso se non nei casi e nei modi stabiliti dal presente codice».

L'art. 1575 prescrive altresì che «Le sanzioni disciplinari ecclesiastiche, che sospendono il cappellano militare dall'esercizio totale o parziale del ministero sacerdotale, importano di diritto, per tutto il tempo in cui hanno effetto, la sospensione disciplinare dall'impiego, con privazione del trattamento economico», osservandosi «in quanto applicabili, le disposizioni della sezione IV del capo III del titolo V del libro IV» (art. 1576).

Il cappellano militare cessa dal servizio permanente per il verificarsi di una delle seguenti cause:

a) età; b) infermità; c) inidoneità agli uffici del grado; d) domanda; e) d'autorità; f) elevazione alla dignità vescovile; g) perdita del grado (art. 1577, comma 1).

Secondo l'art. 1581, «Il cappellano militare che, su giudizio dell'Ordinario militare, approvato dal Ministro, risulta non idoneo agli uffici del grado, cessa dal servizio permanente ed è collocato nella riserva o in congedo assoluto».

3.1. In forza delle disposizioni testé sintetizzate lo *status* dei cappellani militari è quello proprio dei militari, sicché gli atti assunti dall'autorità ecclesiastica esplicano efficacia nell'ambito dell'ordinamento statale.

I provvedimenti emanati dalle superiori autorità ecclesiastiche, che sui cappellani militari esercitano la propria giurisdizione ecclesiastica (intesa come esercizio del ministero ecclesiastico), devono, pertanto, considerarsi, in forza del regime concordatario e delle norme citate, alla stregua di atti provenienti da soggetti incardinati funzionalmente nella struttura del Ministero della Difesa.

Da qui, la giurisdizione del giudice amministrativo a giudicarne la legittimità (cfr., in particolare, TAR Lazio, sez. I^, sentenza n. 7350 del 19 settembre 2011).

Tuttavia, come già chiarito da questo Consiglio (sentenza della sez. IV, n. 4783 dell'8.8.2006), la predetta normativa «è evidentemente ispirata, nel rispetto del resto del principio dell'indipendenza e della sovranità reciproca dello Stato e della Chiesa, di cui all'articolo 8 della Costituzione, ad una netta separazione tra l'attività riferibile direttamente all'ordinamento giuridico italiano (quale l'ordinamento gerarchico dei cappellani, il loro trattamento giuridico ed economico, la loro carriera, etc.) e quella attinente al servizio spirituale in senso proprio, costituente espressione dell'ordinamento della Chiesa Cattolica, cui appartengono i sacerdoti (quali la designazione dell'Ordinario Militare, il relativo nulla osta e la sua revoca per inidoneità, nonché il giudizio per il passaggio al servizio permanente e tutte le eventuali altre questioni che attengono alla direzione del servizio di assistenza spirituale)»

A ciò consegue che la legittimità degli atti con cui l'Ordinario esercita prerogative attinenti all'ordinamento canonico «non può che essere limitato ai soli aspetti estrinseci del procedimento di formazione e manifestazione della volontà provvedimentale, oltre che del rispetto dei requisiti di forma e di sostanza previsti dalla normativa italiana, ma non può impingere nel merito delle valutazioni o di quei giudizi che, attenendo alla sfera dell'assistenza spirituale e alla idoneità pastorale dei sacerdoti a cui la stessa è demandata, sotto l'alta direzione dell'Ordinario Militare, sfuggono alla stessa giurisdizione italiana, rientrando nella giurisdizione ecclesiastica […]».

I principi testé evidenziati, nel caso oggi in rilievo, sono stati invero ampiamente richiamati dai primi giudici, senza tuttavia trarne le dovute conseguenze.

Al riguardo, valga quanto segue.

4. Alla stregua delle norme di derivazione concordataria richiamate, la designazione da parte dell'Ordinario del cappellano militare (cui astrattamente l'autorità militare potrebbe non dare seguito) costituisce un atto ad amplissima discrezionalità, amministrativo e canonico insieme, che appartiene esclusivamente all'Ordinario.

Tale designazione si fonda su requisiti di natura spirituale relativi all'idoneità pastorale del sacerdote chiamato a prestare assistenza religiosa al personale delle Forze Armate (e oggi anche al personale di Polizia) esclusivamente valutabili dall'autorità ecclesiastica competente, mentre gli unici ulteriori requisiti richiesti dallo Stato italiano per la nomina del soggetto designato ai fini del suo inserimento nelle Forze Armate sono il godimento dei diritti politici e l'idoneità al servizio militare incondizionato (art. 1549 del c.o.m.).

Come fatto rilevare dalla difesa erariale nel corso del giudizio di primo grado, il cappellano militare è prima di tutto un sacerdote, il cui incardinamento nella carriera militare non ha un preminente significato professionale-lavoristico, ma è funzionale all'esercizio del ministero sacerdotale in quel particolare ordinamento.

Questo Consiglio, nella cit. sentenza 4783/2006, ha messo in luce che il potere di designazione necessariamente presuppone che la stessa autorità ecclesiastica possa revocare la designazione effettuata, non solo per ragioni legate allo *status* di militare del cappellano, ma anche per il venire meno dei requisiti spirituali sottesi all'originaria designazione.

Il principale errore in cui sono incorsi i giudici di prime cure, a parere del Collegio, è stato quindi quello di assumere che la "non idoneità ecclesiastica" non rientri tra le cause di cessazione dal servizio permanente dei cappellani militari quali disciplinate dal codice dell'ordinamento militare.

Tale conclusione, in quanto consente di permanere in servizio a sacerdoti ritenuti dalle autorità ecclesiastiche non idonei ad esercitare le funzioni di assistenza spirituale, si pone infatti in diretto contratto con la norma pattizia secondo cui «L'assistenza spirituale ai medesimi [*scilicet*: ai cattolici] è assicurata da ecclesiastici nominati dalle autorità italiane competenti su designazione dell'autorità ecclesiastica e secondo lo stato giuridico, l'organico e le modalità stabiliti d'intesa fra tali autorità» (art. 11, comma 2, dell'Accordo del 1984 tra la Santa Sede e la Repubblica Italiana che apporta modificazioni al Concordato Lateranense).

In sostanza, la revoca è espressione del potere di controllo rimesso all'Ordinario sulla permanenza dell'idoneità ecclesiastica del sacerdote a prestare il servizio in qualità di cappellano militare e costituisce il logico e necessario corollario del potere di designazione, non essendo, in mancanza di tale idoneità, più conseguibile la realizzazione dello scopo cui è preordinato l'impiego dei cappellani militari.

Esso, a norma dell'art. 1560 del c.o.m., consiste infatti esclusivamente nell'esercizio del ministero sacerdotale in tale qualità.

4.1. Nel caso di specie, si tratta ora di verificare se, come sostenuto da Don (…), la richiesta dell'Arcivescovo Castrense al Ministero di porre termine al suo servizio in qualità di cappellano militare e il conseguenziale provvedimento ministeriale si pongano in contrasto con il codice dell'ordinamento militare, o comunque siano decisioni arbitrarie, adottate al solo fine di conculcare diritti fondamentali dell'appellato riconosciuti dalla Costituzione italiana (nella memoria di replica l'appellato allude in particolare ai pregressi contenziosi amministrativi da lui instaurati avverso i rapporti informativi redatti dall'Autorità militare per il 2013 e il 2014 nonché avverso l'assegnazione del Cappellano Militare Don Gianmarco Masiero al Comando Legione Carabinieri "Trentino-Alto Adige" con sede in Bolzano).

La tesi dell'appellato, accolta dai primi giudici, è in particolare quella secondo cui, una volta che l'autorità statale abbia proceduto alla nomina del cappellano militare, non solo le cause di cessazione dal servizio siano esclusivamente quelle espressamente disciplinate dal c.o.m. (tesi che si è già confutata), ma anche che, per quanto concerne

"l'inidoneità agli uffici del grado", di cui all'art. 1581, il "motivato giudizio" dell'Ordinario debba in ogni caso essere "approvato" dal Ministro.

4.1.1. Si è già accennato al fatto che lo *status* del cappellano militare è caratterizzato, per così, dire, da una duplice "anima", essendo costituito, a un tempo, dalla sua condizione di sacerdote e da quella di arruolato nelle Forze Armate (art. 1547 c.o.m.).

Anche per quanto riguarda il "complesso dei doveri e diritti inerenti al grado di cappellano militare", il relativo giudizio spetta peraltro all'Ordinario, il quale, sulla scorta dei rapporti informativi redatti dalle autorità militari da cui il sacerdote direttamente dipende, ne redige le note caratteristiche (art. 1557, comma 2, c.o.m.).

In tale ottica, risulta pertanto condivisibile la tesi della difesa erariale secondo cui l'art. 1581 del d.lgs. n. 66/2016 è sostanzialmente una norma di "chiusura", riferita a tutte le cause di inidoneità agli uffici del grado, anche diverse dai requisiti puramente spirituali, che attengono al "complesso dei doveri e diritti inerenti al grado di cappellano militare".

Con l'ulteriore conseguenza che, mentre le valutazioni relative all'idoneità quale militare del cappellano devono essere "approvate" - ovvero vagliate e condivise dall'autorità statale, in quanto preposta all'ordinamento delle forze armate in cui il cappellano è organicamente inserito - le misure puramente ecclesiastiche, sia che sostanzino un giudizio sull'idoneità pastorale del sacerdote, sia che assumano la forma di vere e proprie "sanzioni", sono direttamente efficaci nell'ordinamento statuale senza alcuna necessità di approvazione nel senso testé evidenziato, fatta salva ovviamente la verifica, puramente estrinseca, da parte dell'Autorità statale in ordine alla legittimità del procedimento di formazione e manifestazione della volontà provvedimentale dell'Ordinario nonché dell'inesistenza di profili di manifesta arbitrarietà e irrazionalità (cfr. Cons. St., sez. VI, sentenza n. 6133 del 16.11.2000, in materia di nomina degli insegnanti di religione nelle scuole pubbliche).

4.1.2. Nel caso di specie, l'Ordinario Militare, con nota del 2.7.2015, sull'assunto dello «*stato giuridico di Sacerdote Cattolico*» di Don (…) e preso atto «*della decisione della Superiore Autorità della Chiesa Cattolica, Congregatio pro Clericis (Congregazione per il Clero), datata 02.07.2015, prot. nr. 20152265, che lo ha giudicato* […] *non idoneo a proseguire il servizio presso codesto Ordinariato Militare, con il conseguente rientro nella Diocesi di incardinazione nel rispetto delle leggi dello Stato*» ha ritenuto che, nella stessa data, si fosse concretizzato il «*termine del servizio*» di cappellano militare e ha contestualmente richiesto al Ministero della Difesa di «*sancire quanto disposto sopra*».

La "Congregatio Pro Clericis" presso la Santa Sede, cui l'Ordinario aveva esposto la "situazione" del sacerdote, ha valutato che «*il servizio del Rev. (…) presso codesto Ordinariato si sia nel corso degli anni in più di una occasione rivelato non efficace e, anzi, sia stato fonte di conflitto con le Autorità Militari, nonché di disagio per i fedeli a lui affidati*.

Pertanto, si ravvisano gli estremi per considerare il Rev. (…) non idoneo a proseguire il servizio presso codesto Ordinariato […]».

Sulla scorta di tali presupposti, il Ministero della Difesa ha decretato la cessazione dal servizio permanente e il collocamento nella riserva ai sensi dell'art. 1581 del c.o.m., implicitamente approvando e "dando seguito" alla volontà dell'Ordinario.

4.2.2. Ciò premesso, reputa il Collegio che la richiesta dell'Arcivescovo castrense, sulla scorta della quale il Ministero ha provveduto al collocamento nella riserva dell'appellato, non sia affetta da eccesso di potere per i profili da questi dedotti (in particolare, difetto di motivazione e sviamento per illogicità e contraddittorietà manifesta).

È opportuno precisare che, in questa sede, non rileva stabilire se il provvedimento della *Congregatio Pro Clerici* sia, secondo l'ordinamento canonico, vincolante per l'Ordinario Militare, trattandosi di questioni pertinenti esclusivamente a tale ordinamento.

In altre parole, ai fini della valutazione estrinseca della legittimità della proposta dell'Ordinario è indifferente il convincimento soggettivo di quest'ultimo circa la natura e gli effetti degli atti promananti dalla gerarchia ecclesiastica, essendo sufficiente che egli abbia esternato, sia pure "*per relationem*", le ragioni della propria richiesta all'autorità statale.

Va ancora soggiunto che, sul piano fattuale, la "situazione" di Don (…), sottesa al giudizio espresso dalle autorità ecclesiastiche, era ben nota al Ministero della Difesa, resistente nei giudizi proposti dallo stesso avverso i rapporti informativi per il 2013 e parte del 2014 redatti dall'Autorità militare da cui all'epoca dipendeva, nonché avverso l'assegnazione del cappellano militare capo Don Gianmarco Masiero al Comando Legione Carabinieri "Trentino-Alto Adige" con sede a Bolzano.

Nel contesto della trattazione dei relativi appelli (n. 5455/2015 e n. 67/2017, trattenuti per la decisione alla medesima udienza alla quale sono stati chiamati quelli in esame), è emersa infatti una situazione di forte conflittualità tra Don (…) e i superiori, dovuta ad «*atteggiamenti di aperta non condivisione delle regole che sono alla base dell'Organizzazione militare*» nonché alla decisione di *« privilegiare strade alternative alla catena di comando per esternare e rappresentare, ancora una volta, a suo dire, gravi situazioni comportamentali da parte di persone a lui sovra ordinate*» la quale ha contribuito ad alimentare «*distacco*» e «*perdita di fiducia*» da parte della comunità sia civile che militare alla cui assistenza spirituale, all'epoca, era adibito (così, i rapporti informativi n. 18/ 2014 e n. 20/2014, redatti dal Comandante del C.M.E. "Trentino Alto Adige").

È naturale che gli stessi comportamenti siano poi stati portati all'attenzione dell'autorità ecclesiastica e che abbiano formato oggetto di valutazione sul piano dell'idoneità pastorale del sacerdote a svolgere l'attività di cappellano militare.

Tale valutazione però non solo presenta margini elevati di discrezionalità (il che, come affermato da questo Consiglio nella cit. sentenza n. 4783/2006, già di per sé ridimensionerebbe significativamente, secondo il notorio indirizzo giurisprudenziale, il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sulla proposta dell'Ordinario), ma, per quanto inerente all'attitudine pastorale del cappellano allo svolgimento del servizio di assistenza spirituale, non può che rientrare nel *munus* proprio dell'autorità ecclesiastica, risultando sottratta alla giurisdizione italiana.

Come già evidenziato, infatti, pur potendosi ammettere il sindacato giurisdizionale sul provvedimento di collocamento in congedo, detto sindacato è necessariamente limitato alla sua legittimità estrinseca ma non può riguardare il merito del giudizio di inidoneità dell'Ordinario Militare.

Va ancora soggiunto che, nel caso oggi in rilievo, non vi è nemmeno alcun dubbio (così come accennato dal giudice di primo grado), sul contenuto del "giudizio" espresso dall'Ordinario Militare nella richiesta del 2 luglio 2015, e sulla conseguente volontà di quest'ultimo di revocare la designazione dell'appellato quale cappellano militare, poiché la stessa Autorità, con successivo provvedimento del 23 luglio 2015, ha anche adottato una sanzione ecclesiastica, disponendo la revoca della facoltà di Don (…) di amministrare sacramenti e sacramentali in tutta la circoscrizione dell'Ordinariato Militare, sull'esplicito assunto che le vicende intercorse dopo il 2 luglio 2015 avessero fatto emergere un comportamento da parte del sacerdote «*contrario alla vita e allo stile sacerdotale*» con il conseguente venir meno dei «*fondamenti essenziali del ministero*

presbiterale quali l'obbedienza al legittimo superiore e la comunione con l'Autorità Ecclesiastica».

Per quanto occorrer possa si osserva che anche tale valutazione non solo è insindacabile nel merito, come peraltro riconosciuto dallo stesso TAR, ma nemmeno si appalesa arbitraria e contraria ai principi costituzionali che informano l'ordinamento statuale.

L'autorità ecclesiastica non ha infatti messo in discussione il diritto costituzionale del ricorrente di rivolgersi all'autorità giudiziaria, ma ne ha valutato il comportamento complessivo sul piano del rispetto dei "*fondamenti essenziali del ministero presbiteriale*" il quale sfugge ad ogni possibile sindacato da parte di questo giudice.

4.3. In definitiva:

- al potere di designazione dei cappellani militari, previsto dal codice dell'ordinamento militare corrisponde, necessariamente e specularmente, quale logico corollario del controllo rimesso all'autorità ecclesiastica sulla permanenza dei requisiti previsti dall'ordinamento canonico, il potere di revoca della designazione medesima;

- l'inidoneità agli uffici del grado, derivante dalla sopravvenuta inidoneità ecclesiastica, non richiede l' "approvazione" dell'autorità statale, intesa quale codecisione, bensì soltanto un controllo estrinseco di legittimità da parte del ministero;

- nel caso di specie, il giudizio di non idoneità ecclesiastica espresso dall'Ordinario Militare nei confronti di Don (…) non si appalesa né immotivato né arbitrario in quanto poggia su fatti accertati dall'autorità militare, la cui valutazione, sul piano dell'idoneità pastorale del sacerdote, rientra nel *munus* proprio dell'autorità ecclesiastica ed è insindacabile nel merito.

4.4. In considerazione di quanto precede, l'appello n. 7574/2016 merita accoglimento, con la conseguenza che la sentenza di primo grado deve essere riformata sia nella parte in cui ha annullato i provvedimenti dell'Ordinario Militare e del Ministero, sia in quella in cui, in via conseguenziale, ha accertato il diritto dell'appellato di permanere in servizio in qualità di cappellano militare.

5. Il ripristino, con effetti *ex tunc*, dei provvedimenti annullati in primo grado, ed in particolare di quello relativo alla cessazione dal servizio permanente di Don (…), comporta il venir meno dell'interesse di quest'ultimo all'impugnativa del provvedimento di sospensione disciplinare dall'impiego, oggetto dell'appello n. 7571/2017.

Il provvedimento di sospensione dall'impiego, così come dedotto dalla difesa erariale, risulta infatti "assorbito", o meglio, privato di ogni effetto utile, da quello di cessazione, non rivestendo più alcuna autonoma valenza lesiva.

Ai sensi degli artt. 35 comma 1 lett. c), 38 e 85 comma 9, c.p.a. nel giudizio amministrativo «il rapporto processuale non perde la sua unitarietà per il fatto di essere articolato in gradi distinti, sicché la sopravvenuta carenza o l'estinzione dell'interesse al ricorso di primo grado determina l'improcedibilità non solo dell´appello - indipendentemente da chi l'abbia proposto - ma pure dell'impugnazione originaria spiegata innanzi al giudice di primo grado, e comporta quindi, qualora non si verta in ipotesi di vizio o difetto inficiante il solo giudizio di appello, l´annullamento senza rinvio della sentenza impugnata» (così, *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, sentenza n. 4699 dell'11.10.2017).

Nel caso di specie, si impone dunque la declaratoria d'improcedibilità del ricorso in primo grado, nella parte relativa all'azione impugnatoria, per sopravvenuta carenza d'interesse, con conseguente annullamento senza rinvio, *in parte qua*, della pure gravata sentenza n. 173/2016 del T.R.G.A. di Bolzano.

6. (…).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente

pronunciando sugli appelli riuniti, di cui in premessa:

1) accoglie l'appello n. 7574/2016, e per l'effetto, in parziale riforma della sentenza n. 172/2016 di cui in epigrafe, respinge il ricorso e i motivi aggiunti di primo grado avverso il provvedimento del Ministero della Difesa - Ordinariato militare per l'Italia prot. n. 2228 – C/1 del 2.7.2015, nonché avverso il decreto del Ministero della Difesa prot. n. 33/15/PE del 6.7.2015;

2) relativamente all'appello n. 7571/2016, dichiara l'improcedibilità del ricorso di primo grado (R.G. n. 241/2015 del T.R.G.A. di Bolzano), nella parte relativa all'azione impugnatoria per sopravvenuta carenza d'interesse e, per l'effetto, annulla senza rinvio, *in parte qua*, la sentenza n. 173/2016 indicata in epigrafe.

(…)

Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia Sez. II di Milano, 9 marzo 2018 n. 686

Autorizzazione a realizzare edifici e attrezzature destinati al culto – Decadenza dal titolo abilitante – Necessità di rimeditazione interesse pubblico.

Se l'autorizzazione alla realizzazione di una moschea nasce dall'apprezzamento di un interesse pubblico a modulare l'esercizio del culto religioso, la decadenza dal titolo abilitante la costruzione non può unicamente giustificarsi sulla base di inadempimenti, più o meno gravi, degli obblighi convenzionali, ma dalla necessità di verificare se ricorrano i presupposti per cancellare il disegno amministrativo precedentemente eletto, dal quale derivi l'annullamento o la modifica della destinazione urbanistica dell'area.

Omissis (…)

FATTO

Con ricorso ritualmente proposto il Centro culturale islamico ha impugnato, chiedendone l'annullamento, il provvedimento emesso dal direttore del settore territorio del Comune di Sesto San Giovanni in data 10.7.2017, avente ad oggetto "*Autorizzazione SUAP n.01/2015 – Provvedimento conclusivo per progetto di realizzazione Centro Culturale Islamico (CCI) di Via Luini – comunicazione di archiviazione per avvenuta decadenza titolo*"; la deliberazione di Giunta comunale n. 219 del 18.7.2017, avente ad oggetto "*diniego alla richiesta del C.C.I. di revisione del crono-programma dei lavori e avvio delle procedure di diffida ex art. 13 c. 3 dell'atto 27 dicembre 2013*"; la nota comunale del 21.7.2017, avente ad oggetto "*comunicazione di non accoglimento di richiesta di modifica del cronoprogramma e diffida ad adempiere*"; la nota comunale dell'8.8.2017, avente ad oggetto "*concessione del diritto di superficie su area in Via Luini per la realizzazione di edifici e attrezzature destinati al culto, a servizi religiosi e socio-culturali – Riscontro vs. pec acquisita al prot. gen. nr. 63.749 in data 4 agosto 2017*".

Occorre premettere che con deliberazione di C.C. n. 8 dell'1.3.2012 è stata accolta l'istanza proposta dal centro culturale islamico in data 16.11.2011 (corredata da un progetto di massima), finalizzata ad ottenere la concessione di un'area destinata alla realizzazione di una infrastruttura dedicata sia al culto, sia ad attività aggregative, ricreative e sociali.

(…)

DIRITTO

(…)

Nel merito, il ricorso è fondato e va, pertanto, accolto nei limiti di seguito precisati.

Coglie nel segno il primo motivo, con cui la ricorrente ha in sostanza censurato la legittimità di uno dei tre gravi inadempimenti rilevati dall'Amministrazione, ossia la violazione della previsione che avrebbe imposto "*l'inizio dei lavori entro sei mesi dalla comunicazione del rilascio del provvedimento autorizzativo, coerentemente con*

quanto previsto dall'art. 9.1 della Convenzione originaria di concessione del diritto di superficie".

Nell'autorizzazione SUAP n. 1 del 20.11.2015 è stato, infatti, espressamente convenuto che "*il presente provvedimento autorizzativo, che assume i requisiti abilitativi del permesso di costruire ai sensi del DPR 380/2001, si configura come atto di accoglimento condizionato ai sensi della LR 11/2014. Solo l'ottemperanza a quanto riportato nel paragrafo A) del presente atto comporterà l'efficacia del provvedimento stesso*".

Esaminando il novero delle "*prescrizioni da ottemperare prima dell'inizio dei lavori*" spicca, in particolare, l'effettuazione delle bonifiche, in ordine alle quali:

a) con decreto dirigenziale del Comune di Sesto San Giovanni n. 20610 del 19 marzo 2014 è stato approvato il documento di caratterizzazione e a seguito delle risultanze della caratterizzazione la superficiaria ha presentato il documento "*Piano operativo di bonifica*", approvato con decreto dirigenziale del Comune di Sesto San Giovanni del 26 gennaio 2015;

b) con nota del 9 marzo 2015 (prot. gen. 16300) la superficiaria ha comunicato l'inizio dei lavori di bonifica;

c) in data 4 settembre 2015 (prot. gen. 84549), a seguito della relazione sullo stato di fatto delle operazioni di bonifica redatta dalla direzione lavori, il direttore del settore qualità urbana del Comune ha comunicato agli altri uffici che non sarebbero stati rispettati i tempi previsti nel cronoprogramma e che, quindi, si sarebbe verificato un ritardo nel proseguimento di tutte le attività connesse alla realizzazione del Centro culturale.

Nondimeno, l'Amministrazione ha ponderato la rilevanza della situazione registrata dal competente settore comunale, infine disponendo "*che - pur prendendo atto del ritardo accumulato sui lavori, rispetto al cronoprogramma allegato alla Convenzione originaria, come da nota del direttore del settore qualità urbana in data 4 settembre 2015 (prot. gen. 84549) di cui alle premesse - l'inizio dei lavori è subordinato comunque alle condizioni di avvenuta bonifica, così come disciplinato dai contenuti convenzionali, dell'area oggetto dell'intervento di cui al presente provvedimento*".

Sembra, perciò, dedursi che tale valutazione abbia risentito del peculiare apprezzamento dell'interesse pubblico sotteso alla fondamentale scelta di autorizzare la realizzazione della moschea, i cui prodromi sono stati esplicitati nel preambolo della convenzione del 27.12.2013, ove è stata richiamata la deliberazione di Consiglio comunale n. 8 dell'1.3.2012, con cui la proposta del centro culturale islamico del 16.12.2011 è stata reputata "*meritevole di accoglimento in ragione del perseguimento dell'interesse pubblico al soddisfacimento delle esigenze manifestate da tempo dai numerosi residenti di fede islamica presenti nel Comune in ordine alla possibilità di disporre di idonee strutture per il culto e le attività socio-culturali connesse*": un apprezzamento al quale è seguita "*la perimetrazione interna all'ambito ATsp3, con l'individuazione di massima dell'area da cedere in superficie al fine della destinazione ad attrezzature di interesse religioso*".

È stato, dunque, manifestato un indirizzo politico chiaro, tradottosi nell'adozione di un provvedimento di natura pianificatoria, e ciò in data notevolmente anteriore all'entrata in vigore (6.2.2015) della legge regionale 2/2015, la quale ha riformato l'art. 72 della legge regionale 12/2005 subordinando "*l'installazione di nuove attrezzature religiose*" alla previa approvazione del piano per le attrezzature religiose, definito un "*atto separato facente parte del piano dei servizi*".

Un provvedimento – quello di cui alla deliberazione n. 8/2012 – che non ha soltanto una rilevanza sulla disciplina della pianificazione, ma nel quale ha trovato piena attuazione l'inquadramento costituzionale della libertà religiosa.

Di tanto si ha contezza, infatti, analizzando la motivazione della recente sentenza n. 63 del 23 febbraio 2016, nella quale la Corte Costituzionale, pronunciandosi sulla legittimità costituzionale di alcune disposizioni della legislazione lombarda (art. 70, commi 2, 2-bis, 2-ter e 2-quater; art. 72, commi 4, 5 e 7, lettere e) e g), della legge regionale 12/2005, come riformati dalla legge regionale 2/2015), ha evidenziato, sul piano generale, che "*l'ordinamento repubblicano è contraddistinto dal principio di laicità, da intendersi, secondo l'accezione che la giurisprudenza costituzionale ne ha dato (sentenze n. 508 del 2000, n. 329 del 1997, n. 440 del 1995, n. 203 del 1989), non come indifferenza di fronte all'esperienza religiosa, bensì come salvaguardia della libertà di religione in regime di pluralismo confessionale e culturale: compito della Repubblica è «garantire le condizioni che favoriscano l'espansione della libertà di tutti e, in questo ambito, della libertà di religione», la quale «rappresenta un aspetto della dignità della persona umana, riconosciuta e dichiarata inviolabile dall'art. 2» Cost. (sentenza n. 334 del 1996)*".

Da tale premessa la Corte ha fatto discendere due importanti corollari:

a) il primo relativo all'effettività di tale diritto, essendosi statuito che "*l'apertura di luoghi di culto, in quanto forma e condizione essenziale per il pubblico esercizio dello stesso, ricade nella tutela garantita dall'art. 19 Cost., il quale riconosce a tutti il diritto di professare la propria fede religiosa, in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitare in privato o in pubblico il culto, con il solo limite dei riti contrari al buon costume. L'esercizio della libertà di aprire luoghi di culto, pertanto, non può essere condizionato a una previa regolazione pattizia, ai sensi degli artt. 7 e 8, terzo comma, Cost.: regolazione che può ritenersi necessaria solo se e in quanto a determinati atti di culto vogliano riconnettersi particolari effetti civili (sentenza n. 59 del 1958)*";

b) il secondo, impingente all'esercizio della funzione amministrativa, è stato espresso nella considerazione secondo cui il riconoscimento della libertà religiosa, pur nel quadro della laicità dello Stato, non può comportare "*che a tutte le confessioni debba assicurarsi un'eguale porzione dei contributi o degli spazi disponibili: come è naturale allorché si distribuiscano utilità limitate, quali le sovvenzioni pubbliche o la facoltà di consumare suolo, si dovranno valutare tutti i pertinenti interessi pubblici e si dovrà dare adeguato rilievo all'entità della presenza sul territorio dell'una o dell'altra confessione, alla rispettiva consistenza e incidenza sociale e alle esigenze di culto riscontrate nella popolazione*". Un passaggio, questo, di notevole complessità sul piano interpretativo, perché interseca il dibattito sulla sussistenza, o meno, di un obbligo per tutti i Comuni di prevedere la realizzazione di nuove attrezzature religiose attraverso l'apposito piano, nonché la questione della cogenza, o meno, della disciplina di cui all'art. 3 del DM 1444/1968, che nel determinare i rapporti massimi tra gli spazi destinati a insediamenti residenziali e quelli pubblici o riservati ad attività collettive, richiede che nella programmazione territoriale comunale siano individuati almeno 2 metri quadrati per abitante da destinare ad attrezzature d'interesse comune, tra cui quelle religiose. Due profili, comunque, *de iure condendo*, che non hanno impatto sulla presente controversia alla luce della risalente approvazione dell'opera.

Quanto agli effetti dei citati principi sul potere urbanistico, e di riflesso su quello edilizio, ad avviso del Giudice delle Leggi "*occorre ribadire che la legislazione regionale in materia di edilizia del culto «trova la sua ragione e giustificazione – propria della materia urbanistica – nell'esigenza di assicurare uno sviluppo equilibrato ed armonico dei centri abitativi e nella realizzazione dei servizi di interesse pubblico nella loro più ampia accezione, che comprende perciò anche i servizi religiosi» (sen-*

tenza n. 195 del 1993). In questi limiti soltanto la regolazione dell'edilizia di culto resta nell'ambito delle competenze regionali. Non è, invece, consentito al legislatore regionale, all'interno di una legge sul governo del territorio, introdurre disposizioni che ostacolino o compromettano la libertà di religione, ad esempio prevedendo condizioni differenziate per l'accesso al riparto dei luoghi di culto. Poiché la disponibilità di luoghi dedicati è condizione essenziale per l'effettivo esercizio della libertà di culto, un tale tipo di intervento normativo eccederebbe dalle competenze regionali, perché finirebbe per interferire con l'attuazione della libertà di religione, garantita agli artt. 8, primo comma, e 19 Cost., condizionandone l'effettivo esercizio".

Se, quindi, la discrezionalità di cui ha disposto il Comune di Sesto San Giovanni in materia di pianificazione urbanistica si è articolata in modo da modulare – per la comunità islamica – l'esercizio del culto religioso, nei termini di cui più sopra si è detto (vale a dire individuando un'area idonea e perimetrandola opportunamente: quindi attuando i precetti costituzionali), deriva giocoforza che la decadenza della ricorrente dal titolo abilitante (e ancor più il successivo provvedimento di decadenza dalla concessione del diritto di superficie) non possa unicamente giustificarsi sulla base di inadempimenti, più o meno gravi, degli obblighi convenzionali, prospettandosi, piuttosto, la necessità di verificare se ricorrano i presupposti per cancellare il disegno amministrativo precedentemente eletto.

Il che non è avvenuto.

Nella specie, infatti, non è stata espressa una volontà di utilizzare il potere urbanistico – ma in maniera che sarebbe stata sviata – per precludere l'individuazione di un luogo di culto nel territorio comunale, ma si è, più banalmente, sanzionato – si è detto infondatamente – il ritardo nell'avvio dei lavori.

In assenza di una rimeditazione sull'interesse pubblico originariamente individuato (nel senso che non è stata annullata né modificata la destinazione urbanistica dell'area), va accolto il terzo motivo aggiunto, costituente un ampliamento tematico del quarto motivo di ricorso (quest'ultimo è stato, però, proposto quando ancora l'Amministrazione non aveva disposto la decadenza della ricorrente dalla concessione del diritto di superficie, dunque in carenza d'interesse e come tale inammissibile ai sensi dell'art. 34, comma 2 del codice del processo amministrativo).

(…)

In conclusione, il ricorso va accolto.

(…)

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e nei limiti di cui in motivazione.

(…)

Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte Sez. I, 19 marzo 2018 n. 321

Tutela del culto per i defunti – Risarcimento per danno ingiusto.

La tutela del "culto" per i defunti, che si esplica nel perpetuare la memoria di una persona attraverso la conservazione dei suoi resti mortali in un luogo preciso e determinato, allo scopo di consentire a chiunque di accedervi e di lasciarvi un ricordo del passaggio, per il nostro ordinamento emerge chiaramente nelle norme di cui agli artt. 407-413 c.p., che individuano i reati "contro la pietà dei defunti" e che sono tutti diretti a tutelare la intangibilità dei resti mortali di una persona e del luogo in cui essi vengono riposti. Pertanto, la dispersione dei resti del defunto costituisce un danno "ingiusto" e come tale è *risarcibile.*

Omissis (…)

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso depositato il 23 novembre 2011 i ricorrenti in epigrafe indicati hanno agito in giudizio per sentir dichiarare la responsabilità del Comune di Torino in relazione alla "dispersione" dei resti della salma del di loro (…), avvenuta, presumibilmente, in occasione delle operazioni preliminari di escavazione che avevano preceduto l'esumazione della salma, fissata per il giorno 8 aprile 2004.

2. In particolare, la Procura della Repubblica, che aveva aperto una indagine a seguito di denuncia sporta da uno dei ricorrenti, escussi alcuni testimoni ricostruiva la vicenda, dalla quale emergeva che nella fase di escavazione preliminare la benna utilizzata dagli operai aveva, con ogni probabilità, sollevato erroneamente anche la parte superiore della bara contenente la salma del sig. (…), lasciando a terra solo il fondo di essa. Effettuata inoltre una ricerca per verificare la presenza di resti umani nei depositi di terra provenienti dalla escavazione, si doveva prendere atto della impossibilità di recupere e/o individuare quelli appartenenti alla salma del (…) degli odierni ricorrenti.

3. Il Tribunale civile di Torino, adito dagli odierni ricorrenti al fine di ottenere il ristoro dei danni patiti, con sentenza n. 759/2010 ha dichiarato il proprio difetto di giurisdizione. Conseguentemente essi hanno riproposto la domanda innanzi questo Tribunale sostenendo:

- la colpa del Comune, insita nel non aver adeguatamente monitorato sull'operato della ditta incaricata di eseguire le esumazioni;
- di aver subito un danno patrimoniale (…). I ricorrenti hanno altresì chiesto il risarcimento del danno morale e/o non patrimoniale.

4. Il Comune di Torino non si è costituito nella presente fase processuale ed il ricorso è stato chiamato ed introitato a decisione alla pubblica udienza del 20 dicembre 2017.

5. Esso è fondato e va accolto.

6. In punto di fatto non è contestato che i resti (…) dei ricorrenti sia stata rimossa e "dispersa" in occasione delle operazioni di escavazione effettuate nel cimitero da parte di ditta appaltatrice del Comune di Torino.

7. Neppure è contestabile che al Comune di Torino possa essere ascritta una re-

sponsabilità per omessa vigilanza nel predetto accadimento.

7.1. Precisa il Collegio che parte ricorrente nelle proprie conclusioni non ha richiamato specificamente la norma in base alla quale chiede la condanna del Comune al risarcimento del danno: il Collegio ha quindi il potere ed il dovere, in base al principio *jura novit curia*, di qualificare autonomamente la domanda, in base all'esame globale del ricorso: ebbene, alle pagine 9 e 10 di tale atto viene evocata espressamente la omessa diligenza del Comune nel vigilare sulle operazioni della ditta appaltatrice, e pertanto la domanda dei ricorrenti deve ritenersi fondata sull'art. 2051 c.c.

Occorre a questo punto sul punto rammentare che la responsabilità per custodia, che abbia ad oggetto un'area o un edificio, viene esclusa solo ove risulti che essa è stata trasferita in modo totale ad altro soggetto, per effetto di un contratto che abbia rilevanza per l'ordinamento giuridico; ove il titolo di trasferimento della custodia sia costituito da un contratto d'appalto pubblico occorre quindi dimostrare, al fine di escludere la perdurante responsabilità per custodia della stazione appaltante, che questa ultima sia stata privata in maniera completa della possibilità di esercitare la custodia, la quale si esplica prima di tutto nella possibilità accedere all'area o all'edificio interessato dai lavori e di verificare l'andamento dei lavori. Sul punto si veda anche la pronuncia della Cass. Civ., Sez. III, n. 15882 del 25/06/2013, la quale ha affermato che "*In tema di danni determinati dall'esistenza di un cantiere stradale, qualora l'area di cantiere risulti completamente enucleata, delimitata ed affidata all'esclusiva custodia dell'appaltatore, con conseguente assoluto divieto su di essa del traffico veicolare e pedonale, dei danni subiti all'interno di questa area risponde esclusivamente l'appaltatore, che ne è l'unico custode. Allorquando, invece, l'area su cui vengono eseguiti i lavori e insiste il cantiere risulti ancora adibita al traffico e, quindi, utilizzata a fini di circolazione, denotando questa situazione la conservazione della custodia da parte dell'ente titolare della strada, sia pure insieme all'appaltatore, consegue che la responsabilità ai sensi dell'art. 2051 cod. civ. sussiste sia a carico dell'appaltatore che dell'ente. (Nel caso di specie, la Corte - essendo risultata l'area interessata dai lavori non interdetta al pubblico - ha riconosciuto la persistenza dell'obbligo di custodia in capo al Comune proprietario della stessa, escludendo, altresì, che ai fini dell'esonero dalla responsabilità potessero assumere rilievo le disposizioni di cui all'art. 2 della legge 25 maggio 1978, n. 230 ed all'art. 2 della legge 12 giugno 1984, n. 227, trattandosi di norme che, nel prevedere interventi di risanamento della rupe di Orvieto e del colle di Todi, non stabiliscono alcun esonero di responsabilità dei Comuni interessati, ma soltanto l'attivazione da parte della Regione Umbria per l'esecuzione dei progetti necessari ad evitare il movimento franoso e a sollecitare il pieno recupero delle due zone, di particolare rilievo artistico e ambientale)*.".

7.1. Ebbene, non risulta che nel caso di specie l'area del cimitero interessata dalla escavazione sia stata interdetta all'accesso dei dipendenti del cimitero: in effetti, dal momento che il Comune non si è difeso in alcun modo, nulla è dato sapere circa le modalità seguite per effettuare la escavazione; è tuttavia agevole osservare che quantunque all'interno del cimitero potesse essere realizzata una recinzione delimitativa degli scavi, non poteva essere stato interdetto l'accesso all'intero cimitero ed alle aree adiacenti: i dipendenti comunali, pertanto, erano in grado di assistere alle operazioni ed all'occorrenza di far rilevare agli operatori della ditta esecutrice dei lavori che i feretri non dovevano essere compromessi prima dell'arrivo dei congiunti, della loro apertura e della constatazione dello stato della salma, intervenendo a fermare i lavori al momento opportuno.

7.2. Dovendosi pertanto presumere che il Comune di Torino non si è mai spogliato

della custodia dell'area del cimitero nella quale si trovava tumulata la salma del (…) dei ricorrenti, la sua responsabilità deve ritenersi acclarata, non essendo stato dimostrato che l'evento (cioè la dispersione della salma) si è verificata per evento fortuito.

8. Ricorre, infine, il requisito della ingiustizia del danno.

8.1. Tiene il Collegio a rammentare che la ricorrenza di uno specifico criterio attributivo di responsabilità – nella specie il criterio delineato dall'art. 2051 c.c. – non rende un danno risarcibile a prescindere dai requisiti generali individuati dall'art. 2043 c.c., consentendo invece di prescindere solo da quegli specifici requisiti sui quali incidono le norme speciali di cui all'art. 2047-2054 c.c.: senza indulgere in un trattazione che si rivelerebbe inutile ai fini della decisione, occorre qui rilevare che in nessun caso le ricordate norme speciali consentono di risarcire un danno a prescindere dal riscontro della ingiustizia del danno, che costituisce uno dei requisiti fondanti la responsabilità civile individuata, in via generale dall'art. 2043 c.c.

8.2. Ciò precisato si deve rammentare che il concetto di "danno ingiusto" risarcibile a titolo di responsabilità extra-contrattuale deve essere inteso, a seguito di una evoluzione giurisprudenziale culminata nella celebre sentenza n. 500/99 della Corte di Cassazione, quale danno ad un interesse giuridicamente rilevante cagionato nell'esercizio di una attività che non sia di per sé giustificabile o comunque accettata dall'ordinamento: ciò implica, in particolare, che il giudice richiesto di pronunciare una condanna ai sensi dell'art. 2043 c.c., è sempre tenuto a verificare se l'interesse che si assume leso sia preso in considerazione e tutelato dall'ordinamento giuridico, e dipoi ad accertare se la lesione arrecata ad un simile interesse non sia in qualche modo accettata dall'ordinamento.

8.3. Ebbene, osserva il Collegio che anche nel nostro ordinamento giuridico viene chiaramente tutelato, ed è quindi ritenuto meritevole di tutela, il "culto" per i defunti, che si esplica nel perpetuare la memoria di una persona attraverso la conservazione dei suoi resti mortali in un luogo preciso e determinato, allo scopo di consentire a chiunque di accedervi e di lasciarvi un ricordo del passaggio: la meritevolezza di tale interesse per il nostro ordinamento emerge chiaramente nelle norme di cui agli artt. 407-413 c.p., che individuano i reati "*contro la pietà dei defunti*" e che sono tutti diretti a tutelare la intangibilità dei resti mortali di una persona e del luogo in cui essi vengono riposti.

8.4. Ciò chiarito, va pure rilevato che la dispersione dei resti del (…) dei ricorrenti non appare in alcun modo giustificabile od accettabile, sia perché un simile risultato risulta in violazione delle norme penali sopra ricordate, sia perché anche la normativa di settore vieta, per ragioni igieniche, la "dispersione" nell'ambiente dei resti mortali di una persona, ancorché ridotti a cenere a seguito di cremazione.

8.5. Il danno del quale i ricorrenti chiedono il risarcimento deve, conclusivamente, ritenersi "ingiusto" ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2043 c.c., e come tale risarcibile.

9. Acclarata la responsabilità del Comune per il danno patito dai ricorrenti, il Collegio ritiene che l'Amministrazione possa essere condannata al risarcimento del danno patrimoniale, e quindi al rimborso delle spese vive da costoro sostenute inutilmente per l'esumazione della salma, per la stipula di una nuova concessione quarantennale - il cui canone è stato pagato al Comune, ma non risulta da questi essere stato restituito – e per la ricerca dei resti del (…)

10. Quanto al danno non patrimoniale il Collegio rileva quanto segue.

10.1. Va preliminarmente ricordato che in materia di risarcibilità del danno non patrimoniale è consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità il principio secondo cui anche quando il fatto illecito integri gli estremi del reato la sussistenza del danno non patrimoniale non può mai essere ritenuta *in re ipsa*, ma va sempre debitamente allegata e provata da chi lo invoca, anche attraverso presunzioni semplici (Cass., ord.,

12/04/2011, n. 8421). E la Suprema Corte ha anche avuto modo di affermare che pure nel caso di lesione di diritti inviolabili costituzionalmente garantiti, il danno non può mai ritenersi *in re ipsa*, ma va debitamente allegato e provato da chi lo invoca, anche attraverso il ricorso a presunzioni semplici (Cass. 13/05/2011, n. 10527)

10.2. Ebbene, anche a voler ritenere che nel caso di specie il risarcimento del danno non patrimoniale sia consentito ai sensi dell'art. 2059 c.c., trattandosi di lesione che incide su un diritto costituzionalmente rilevante, non si può non notare che nel ricorso introduttivo vi è una descrizione alquanto vaga della tipologia di danno che i ricorrenti avrebbero risentito dalla perdita della possibilità di accedere ai resti del proprio (…). Ivi non si dichiara, infatti, che i ricorrenti frequentavano abitualmente il sepolcro, come è ancora d'uso al giorno d'oggi da parte di molti. Si legge invece nel ricorso, a pag. 6, che "*Dalla perdita delle spoglie (…) è derivato un profondo mutamento delle abitudini relative al culto dei propri defunti da parte dei Signori Pavone che, per non aggravare il costante rinnovato dolore e frustrazione per quanto accaduto loro, hanno rinunciato a ritrovarsi, come loro precedente abitudine, per commemorare l'anniversario della (…) del (…). Inoltre, ad ogni ricorrenza del 2 novembre, data in cui gli attuali ricorrenti si recavano al cimitero a pregare sulle spoglie del loro (…), si rinnovava, e si rinnova tutt'ora negli stessi, il profondo patimento per l'offesa subita e per l'irrimediabile rottura dei momenti relazionali a cui erano profondamente radicati*.", e da tale affermazione il Collegio ricava che i ricorrenti si recavano al sepolcro paterno solo in occasione della giornata riservata, nella tradizione cattolica, alla commemorazione dei defunti – il 2 novembre - occasione che costituiva un momento di preghiera rimasto non dimostrato, oltre che momento di ritrovo annuale tra essi ricorrenti.

10.3. Il Collegio rileva che i ricorrenti in realtà non hanno dedotto la benché minima dimostrazione del fatto che essi praticano il culto cattolico, che essi perciò si recavano il 2 novembre di ogni anno a visitare il sepolcro del (…) e tampoco che tale occasione costituiva anche un voluto momento di incontro tra famigliari. Tuttavia il Collegio non può disconoscere che la pratica di recarsi al cimitero almeno in occasione del 2 novembre risulta ancora viva in Italia, e che soprattutto al giorno d'oggi, quando le persone sono spesso costrette a trasferire la propria residenza lontano dai luoghi d'origine ed é loro preclusa una frequentazione abituale dei sepolcri di famiglia, tale occasione rimane l'unico momento nel quale il culto per i defunti può trovare esplicazione. Che tale culto - inteso come volontà di mantenere per sé e di dimostrare all'esterno il ricordo del defunto - fosse poi ancora vivo nei ricorrenti risulta dal fatto stesso che essi si sono adoperati per stipulare una concessione quarantennale al fine di poter conservare il sepolcro.

10.4. Potendosi ritenere provata la persistente abitudine, nei ricorrenti, di frequentare e conservare il sepolcro del (…), è evidente che i fatti di cui sopra si è dato conto hanno inciso su tale abitudine: non nel senso che ai ricorrenti è precluso di ritrovarsi insieme annualmente per commemorare il proprio (…), ma nel senso - sopra specificato – di poter disporre di un luogo specifico e determinato presso il quale perpetuare la memoria del (…), attestando tale passaggio anche mediante il deposito di oggetti, così mostrando anche *coram populi* il persistente ricordo del defunto nei congiunti sopravvissuti.

10.5. La tipologia di danno di che trattasi, di natura indubbiamente non patrimoniale, può essere risarcita in quanto incidente, come già precisato, su un interesse specificamente tutelato dall'ordinamento, che gode di una tale tutela (di tipo penalistico) in quanto espressione dei rapporti famigliari e del sentimento religioso, e dunque di valori tutelati dalla costituzione.

10.6. La quantificazione di un simile danno non può che avvenire in via equitativa,

essendo impossibile rapportarlo ad un qualsiasi parametro di natura economica: (…).

11. Il ricorso va conclusivamente accolto, con conseguente condanna del Comune di Torino al risarcimento, in favore dei ricorrenti, delle somme indicate ai paragrafi 9 e 10.6.

12. (…).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto condanna il Comune di Torino a pagare ai ricorrenti, per le causali di cui in motivazione, le seguenti somme:

(…)

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio Sez. I ter di Roma, 7 aprile 2018 n. 3868

Riparto giurisdizione tra G.O. e G.A. – Competenza del G.O. a conoscere le controversie in materia di iscrizione degli enti ecclesiastici nel registro delle persone giuridiche.

Le controversie in materia di iscrizione degli enti ecclesiastici nell'apposito registro delle persone giuridiche sono devolute alla cognizione del Giudice ordinario.

Omissis (…)

FATTO

I ricorrenti, quali appartenenti alla famiglia Fratelli Conte, erano membri di diritto del Consiglio di Amministrazione della Fondazione "Fratelli Sacerdoti Ferdinando Antonio Conte e Salvatore Conte" in Tursi (MT), attualmente estinta.

Detta Fondazione è stata costituita con decreto del Vescovo della Diocesi di Tursi-Lagonegro del 3.6.1990 ed è stata riconosciuta civilmente con decreto del Ministro dell'Interno del 5.1.1996.

Nello Statuto essa era qualificata "Pia Fondazione Ecclesiastica", avente le seguenti finalità: realizzazione di un centro di spiritualità, accoglienza dei laici cattolici, costituzione di un consultorio familiare per famiglie in difficoltà e supporto sportivo per ragazzi e giovani al fine di un sano divertimento e per una formazione umana e cristiana.

Nell'adunanza del 19.6.2007, il Consiglio di Amministrazione della Fondazione in parola ha deliberato la sua estinzione, con devoluzione del patrimonio in favore del Comune di Tursi, per impossibilità di realizzare le finalità individuate nello Statuto.

Il Vescovo di Tursi-Lagonegro ha quindi in data 6.7.2007 adottato il relativo decreto di estinzione, provvedendo, in applicazione dell'art. 20 della legge n. 222/1985, alla sua trasmissione al Ministro dell'Interno, per la sua successiva iscrizione nel Registro delle persone giuridiche.

Infine, con decreto del Ministro dell'Interno del 27.10.2008, notificato il 3.12.2008, è stata disposta l'iscrizione nel Registro delle persone giuridiche del provvedimento del Vescovo di Tursi-Lagonegro del 6.7.2007, di estinzione della Fondazione "Fratelli Sacerdoti Ferdinando Antonio Conte e Salvatore Conte" in Tursi (MT).

In tal modo l'estinzione ha acquisito efficacia civile.

Avverso il decreto ministeriale citato i Signori (…), già membri di diritto dell'estinta Fondazione, hanno proposto il presente ricorso.

Essi hanno in primo luogo contestato la sua qualificazione come ente ecclesiastico, da ciò facendo derivare l'illegittimità del concreto *modus procedendi* impiegato per pervenire alla sua estinzione. Inoltre hanno asserito che mai il Consiglio di Amministrazione avrebbe deliberato l'estinzione della fondazione e che, perciò, sarebbe stato elaborato un atto falso e comunque i consiglieri che hanno votato sarebbero stati privi di potere, essendo stati nominati da Mons. Nolè in modo arbitrario ed in contrasto con la procedura prevista dallo Statuto.

Inoltre, avendo esternato il proposito di sopprimere la Fondazione e di trasferire i beni ad altri soggetti, Mons. (…) sarebbe decaduto da ogni carica, con la conseguenza che il decreto emesso dal medesimo sarebbe nullo ed invalido, anche sotto questo profilo.

L'intimato Ministero dell'Interno non si è costituito in giudizio.

Diversamente si sono costituiti Mons. (…) ed il Comune di Tursi.

In particolare, il Comune di Tursi, prima ancora di sostenere l'infondatezza del ricorso, ha eccepito il difetto di giurisdizione del Giudice adito, assumendo la sussistenza della giurisdizione del Giudice ordinario in relazione alla presente controversia.

Inoltre il richiamato Comune ed il citato controinteressato hanno eccepito il difetto di interesse, sotto differenti profili.

Il Comune ha posto l'accento sul rilievo che sui beni già appartenenti alla Fondazione, allo stato devoluti al medesimo Ente, sussisteva il diritto di usufrutto in favore di Salvatore Conte, diritto che, tuttavia, non è trasmissibile agli eredi, quali sono gli odierni ricorrenti.

Il controinteressato ha invece evidenziato l'assenza di una qualificazione giuridica, in capo a questi ultimi, idonea a conferire loro la legittimazione processuale.

Lo stesso ha altresì posto in evidenza che non risultano espressamente gravati né la delibera del Consiglio di Amministrazione del 19.6.2007 né il decreto di soppressione del 6.7.2007, atti autonomamente lesivi, e ha infine resistito alle censure di parte ricorrente.

Il Comune di Tursi ha inoltre eccepito l'inammissibilità del gravame, per difetto di specificità dei motivi.

I ricorrenti, in vista della pubblica udienza di smaltimento dell'arretrato del 2.3.2018, hanno depositato una memoria, nella quale, oltre a ripercorrere le difese contenute nell'atto di ricorso, hanno altresì proposto motivi ulteriori, in assenza di sua notifica alle controparti.

Nella menzionata udienza pubblica del 2.3.2018 il ricorso è stato introitato per la decisione.

DIRITTO

1 - Con il ricorso all'esame del Collegio gli odierni ricorrenti censurano il decreto del Ministro dell'Interno, i cui estremi sono riportati in epigrafe, mediante il quale è stata disposta l'iscrizione nel Registro delle Persone giuridiche del provvedimento vescovile datato 6.7.2007, di estinzione della Fondazione "Fratelli Sacerdoti Ferdinando Antonio Conte e Salvatore Conte" in Tursi (MT).

2 - In via pregiudiziale deve vagliarsi l'eccezione di difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo mossa dal Comune di Tursi.

2.1 - In proposito è opportuno richiamare le norme in concreto applicate.

Segnatamente, in base all'art. 20 della legge n. 222/1985, *"La soppressione degli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti e la loro estinzione per altre cause hanno efficacia civile mediante l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche del provvedimento dell'autorità ecclesiastica competente che sopprime l'ente o ne dichiara l'avvenuta estinzione.*

L'autorità ecclesiastica competente trasmette il provvedimento al Ministro dell'interno che, con proprio decreto, dispone l'iscrizione di cui al primo comma e provvede alla devoluzione dei beni dell'ente soppresso o estinto.

Tale devoluzione avviene secondo quanto prevede il provvedimento ecclesiastico, salvi in ogni caso la volontà dei disponenti, i diritti dei terzi e le disposizioni statutarie, e osservate, in caso di trasferimento ad altro ente, le leggi civili relative agli acquisti delle persone giuridiche.".

Ai sensi poi dell'art. 9, comma 2, del d.P.R. n. 361/2000, *"Nulla è innovato nella disciplina degli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, in base alla legge 20 maggio 1985, n. 222, nonché degli enti civilmente riconosciuti in base alle leggi di approvazione di intese con le confessioni religiose ai sensi dell'articolo 8, terzo comma, della Costituzione. Nei confronti di tali enti trovano applicazione le disposizioni contenute negli articoli 3 e 4"*.

Le disposizioni citate in ultimo, a loro volta, descrivono il modo in cui devono avvenire le iscrizioni nel Registro delle Persone giuridiche.

2.2 - Pertanto, in relazione agli Enti ecclesiastici, nessuna valutazione discrezionale viene eseguita in sede di iscrizione, essendo invece posto in essere un mero controllo estrinseco in ordine al rispetto delle norme procedurali poste dalla legge e dallo Statuto.

2.3 - Che la Fondazione in questione sia un ente ecclesiastico si ricava dalla sua stessa qualificazione quale "Pia Fondazione Ecclesiastica" contenuta nello Statuto ed altresì dalla circostanza che essa è stata istituita con decreto del Vescovo della Diocesi di Tursi-Lagonegro del 3.6.1990 ed è stata riconosciuta civilmente con decreto del Ministro dell'Interno del 5.1.1996.

2.4 - Fatte queste dovute precisazioni, va evidenziato che, in base all'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione, la controversia in esame appartiene alla giurisdizione del Giudice ordinario.

È stato, infatti, puntualizzato che le controversie in materia di iscrizione degli enti ecclesiastici nell'apposito registro delle persone giuridiche – iscrizione ammessa, ex art. 1, 5 e 6 della legge n. 222 del 1985 e 15 del d.P.R. n. 33 del 1987, per gli enti già riconosciuti o che ottengano il riconoscimento con decreto del Presidente della Repubblica, ovvero per quelli che producano un attestato del Ministero dell'interno dal quale risulti il possesso della personalità giuridica civile in epoca anteriore al 7 giugno 1929 – sono devolute alla cognizione del Giudice ordinario.

La detta attestazione ministeriale *"non esprime apprezzamenti d'opportunità, né valutazioni circa la compatibilità della richiesta dell'interessato con esigenze di ordine generale, ma si esaurisce nella certificazione di fatti giuridicamente rilevanti, e, dunque, in piena sintonia con la denominazione di attestato, ha consistenza esclusivamente ricognitiva.*

L'atto medesimo, e, correlativamente, l'iscrizione nel registro (che segue come adempimento dovuto) non integrano pertanto esercizio di potestà amministrativa di carattere autoritativo o discrezionale e sono radicalmente privi d'idoneità a degradare od affievolire le posizioni di diritto soggettivo dell'ente istante o di terzi.". (Cass. civile, sez. un., 11.7.2001, n. 9382).

2.5 - D'altronde deve inoltre considerarsi che le doglianze dedotte col presente ricorso e brevemente richiamate in narrativa attengono in realtà a profili concernenti la validità dello stesso provvedimento di Mons. Nolè e, a monte, la validità della delibera o addirittura l'esistenza di una decisione di estinzione dell'Ente, da parte del suo Consiglio di Amministrazione.

In questo caso vengono, perciò, in rilievo norme privatistiche e risultano generati rapporti di diritto privato e posizioni di diritto soggettivo.

2.6 - Pertanto anche sotto questo aspetto deve ravvisarsi il difetto di giurisdizione (cfr.: Cass. civile, sez. un., 26.2.2004, n. 3892).

3 - Il ricorso deve conseguentemente essere dichiarato inammissibile, per difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo, stante quella del Giudice ordinario.

(…)

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- lo dichiara inammissibile, per difetto di giurisdizione;

(…)

Presentazione

La parte di legislazione e giurisprudenza canonica del numero 1 del 2018 pubblica tre *Motu Proprio* del Regnante Pontefice Francesco. Il primo, del luglio 2017, è un documento che disciplina l'offerta del dono della vita, che riguarda coloro che "seguendo più da vicino le orme e gli insegnamenti del Signore Gesù, hanno offerto volontariamente e liberamente la vita per gli altri ed hanno perseverato fino alla morte in questo proposito". Lo stretto legame tra il dono della vita e la carità è l'essenza di questo bello e importante *Motu Proprio*.

Il secondo, *Magnum Principium*, è l'atto con il quale Papa Francesco ha modificato il can.. 833 del codice di diritto canonico, che regola la fruttuosa collaborazione tra la Sede Apostolica e le Conferenze Episcopali "circa le traduzioni dei libri liturgici e gli adattamenti più èprofondi … stabiliti e approvati dalle Conferenze Eposcopali". Il *Motu Proprio Magnum Principium* si pubblica unitamente alla nota e al commento del Segretario della Congregazione per il Culto e la Disciplina dei Sacramenti.

Il terzo documento, *Summa familiae cura,* istituisce il Pontificio Istituto Teologico Giovanni Paolo II per le Scienze del Matrimonio e della Famiglia, che succede al Pontificio Istituto Giovanni Paolo II per studi su matrimonio e famiglia, "ampliandone il campo di interesse, sia in ordine alle nuove dimensioni del compito pastorale e della missione ecclesiale, sia in riferimento agli sviluppi delle scienze umane e della cultura antropologica in un campo così fondamentale per la cultura della vita".

Si tratta di tre importanti documenti, che denotano la vitalità del pontificato di Francesco e la sua volontà incessante di incidere su vari campi della vita della Chiesa, universale e particolare.

Nella parte relativa alla Giurisprudenza canonica, si pubblica un interessante decreto (*coram* Jaeger) sull'inammissibilità dell'appello "manifestamente dilatorio", con nota del curatore della sezione "Giurisprudenza rotale", Prof. Mario Ferrante.

Lettera apostolica in forma di «Motu Proprio» del Sommo Pontefice Francesco "*maiorem hac dilectionem*" sull'offerta della vita

"Nessuno ha un amore più grande di questo: dare la sua vita per i propri amici" (*Gv* 15, 13).

Sono degni di speciale considerazione ed onore quei cristiani che, seguendo più da vicino le orme e gli insegnamenti del Signore Gesù, hanno offerto volontariamente e liberamente la vita per gli altri ed hanno perseverato fino alla morte in questo proposito.

È certo che l'eroica offerta della vita, suggerita e sostenuta dalla carità, esprime una vera, piena ed esemplare imitazione di Cristo e, pertanto, è meritevole di quella ammirazione che la comunità dei fedeli è solita riservare a coloro che volontariamente hanno accettato il martirio di sangue o hanno esercitato in grado eroico le virtù cristiane.

Con il conforto del parere favorevole espresso dalla Congregazione delle Cause dei Santi, che nella Sessione Plenaria del 27 settembre 2016 ha attentamente studiato se questi cristiani meritino la beatificazione, stabilisco che siano osservate le norme seguenti:

Art. 1

L'*offerta della vita* è una nuova fattispecie dell'*iter* di beatificazione e canonizzazione, distinta dalle fattispecie *sul martirio* e *sull'eroicità delle virtù*.

Art. 2

L'offerta della vita, affinché sia valida ed efficace per la beatificazione di un Servo di Dio, deve rispondere ai seguenti criteri:

a) offerta libera e volontaria della vita ed eroica accettazione *propter caritatem* di una morte certa e a breve termine; b) nesso tra l'offerta della vita e la morte prematura; c) esercizio, almeno in grado ordinario, delle virtù cristiane prima dell'offerta della vita e, poi, fino alla morte; d) esistenza della fama di santità e di segni, almeno dopo la morte; e) necessità del miracolo per la beatificazione, avvenuto dopo la morte del Servo di Dio e per sua intercessione.

Art. 3

La celebrazione dell'Inchiesta diocesana o eparchiale e la relativa *Positio* sono regolate dalla Costituzione apostolica *Divinus perfectionis Magister* del 25 gennaio 1983, in *Acta Apostolicae Sedis* Vol. LXXV (1983, 349-355), e dalle *Normae servandae in inquisitionibus ab Episcopis facendis in Causis Sanctorum* del 7 febbraio dello stesso anno, in *Acta Apostolicae Sedis* Vol. LXXV (1983, 396-403), salvo quanto segue.

Art. 4

La *Positio* sull'offerta della vita deve rispondere al *dubium*: *An constet de heroica oblatione vitae usque ad mortem propter caritatem necnon de virtutibus christianis, saltem in gradu ordinario, in casu et ad effectum de quo agitur*.

Art. 5

Gli articoli seguenti della citata Costituzione Apostolica sono così modificati:

Art. 1:

"*Ai Vescovi diocesani, agli Eparchi e a quanti ad essi sono equiparati dal diritto, nell'ambito della loro giurisdizione, sia d'ufficio, sia ad istanza dei singoli fedeli o di*

*legittime associazioni e dei loro rappresentanti, compete il diritto di investigare circa la vita, le virtù, **l'offerta della vita** o il martirio e la fama di santità, **di offerta della vita o** di martirio, sui presunti miracoli, ed eventualmente, sul culto antico del Servo di Dio, di cui si chiede la canonizzazione*".

Art. 2,5:

"*L'Inchiesta sui presunti miracoli si faccia separatamente da quella sulle virtù, **sull'offerta della vita o** sul martirio*".

Art. 7,1:

*"studiare le cause loro affidate con i collaboratori esterni e preparare le Positiones sulle virtù, **sull'offerta della** vita o sul martirio"*.

Art. 13,2:

"*Se il Congresso giudicherà che la causa è stata istruita secondo le norme di legge, stabilirà di affidarla a uno dei Relatori; il Relatore, a sua volta, aiutato da un collaboratore esterno, farà la Positio sulle virtù, **sull'offerta della vita** o sul martirio, secondo le regole della critica agiografica*".

Art. 6

Gli articoli seguenti delle citate *Normae servandae in inquisitionibus ab Episcopis facendis in Causis Sanctorum* sono così modificati:

Art. 7:

"*La causa può essere recente o antica; è detta recente, se il martirio, le virtù o **l'offerta della vita** del Servo di Dio possono essere provati attraverso le deposizioni orali di testimoni oculari; è detta antica quando le prove relative al martirio o le virtù possono essere desunte soltanto da fonti scritte*".

Art. 10,1°:

"*nelle cause sia recenti che antiche, una biografia di un certo valore storico sul Servo di Dio, se esiste, o, in mancanza di questa, un'accurata relazione cronologica sulla vita e le attività del Servo di Dio, sulle virtù **o sull'offerta della vita** o sul martirio, sulla fama di santità e di miracoli, senza omettere ciò che pare contrario o meno favorevole alla causa stessa*".

Art. 10,3°:

"*solo nelle cause recenti, un elenco delle persone che possono contribuire a esplorare la verità sulle virtù **o sull'offerta della vita** o sul martirio del Servo di Dio, come pure sulla fama di santità e di miracoli, oppure impugnarla*".

Art. 15,a:

"*Ricevuta la relazione, il Vescovo consegni al promotore di giustizia o ad un altro esperto tutto ciò che è stato acquisito fino a quel momento, affinché possa preparare gli interrogatori utili ad indagare e mettere in luce la verità circa la vita, le virtù, **l'offerta della vita** o il martirio, la fama di santità, **di offerta della vita** o di martirio del Servo di Dio*".

Art. 15,b:

"*Nelle cause antiche gli interrogatori riguardino soltanto la fama di santità, **di offerta della vita** o di martirio ancora presente e, se è il caso, il culto reso al Servo di Dio in tempi più recenti*".

Art. 19:

"*A provare il martirio, l'esercizio delle virtù o **l'offerta della vita** e la fama dei miracoli di un Servo di Dio che sia appartenuto a qualche istituto di vita consacrata, i testimoni presentati devono essere, in parte notevole, estranei; a meno che ciò sia impossibile, a motivo della particolare vita del Servo di Dio*".

Art. 32:

"L'inchiesta sui miracoli dev'essere istruita separatamente dall'inchiesta sulle virtù o ***sull'offerta della vita*** *o sul martirio e si svolga secondo le norme che seguono*".

Art. 36:

"*Sono proibite nelle chiese le celebrazioni di qualunque genere o i panegirici sui Servi di Dio, la cui santità di vita è tuttora soggetta a legittimo esame. Ma anche fuori della chiesa bisogna astenersi da quegli atti che potrebbero indurre i fedeli a ritenere a torto che l'inchiesta, fatta dal vescovo sulla vita e sulle virtù, sul martirio o* ***sull'offerta della vita*** *del Servo di Dio, comporti la certezza della futura canonizzazione dello stesso Servo di Dio*".

Tutto ciò che ho deliberato con questa Lettera Apostolica in forma di *Motu proprio*, ordino che sia osservato in tutte le sue parti, nonostante qualsiasi cosa contraria, anche se degna di particolare menzione, e stabilisco che venga promulgato mediante la pubblicazione sul quotidiano *"L'Osservatore Romano"*, entrando in vigore il giorno stesso della promulgazione e che, successivamente, sia inserito in *Acta Apostolicae Sedis*.

Dato a Roma, presso San Pietro, il giorno 11 luglio, quinto del Nostro Pontificato.

Lettera apostolica in forma di «motu proprio» del Sommo Pontefice Francesco *Magnum Principium* con la quale viene modificato il can. 838 del codice di diritto canonico

L'importante principio, confermato dal Concilio Ecumenico Vaticano II, secondo cui la preghiera liturgica, adattata alla comprensione del popolo, possa essere capita, ha richiesto il grave compito, affidato ai Vescovi, di introdurre la lingua volgare nella liturgia e di preparare ed approvare le versioni dei libri liturgici.

La Chiesa Latina era consapevole dell'incombente sacrificio della perdita parziale della propria lingua liturgica, adoperata in tutto il mondo nel corso dei secoli, tuttavia aprì volentieri la porta a che le versioni, quali parte dei riti stessi, divenissero voce della Chiesa che celebra i divini misteri, insieme alla lingua latina.

Allo stesso tempo, specialmente a seguito delle varie opinioni chiaramente espresse dai Padri Conciliari relativamente all'uso della lingua volgare nella liturgia, la Chiesa era consapevole delle difficoltà che in questa materia potevano presentarsi. Da una parte, bisognava unire il bene dei fedeli di qualunque età e cultura ed il loro diritto ad una conscia ed attiva partecipazione alle celebrazioni liturgiche con l'unità sostanziale del Rito Romano; dall'altra, le stesse lingue volgari spesso solo in maniera progressiva sarebbero potute divenire lingue liturgiche, splendenti non diversamente dal latino liturgico per l'eleganza dello stile e la gravità dei concetti al fine di alimentare la fede.

A ciò mirarono alcune Leggi liturgiche, Istruzioni, Lettere circolari, indicazioni e conferme dei libri liturgici nelle lingue vernacole emesse dalla Sede Apostolica già dai tempi del Concilio, e ciò sia prima che dopo le leggi stabilite nel Codice di Diritto Canonico. I criteri indicati sono stati e restano in linea generale utili e, per quanto è possibile, dovranno essere seguiti dalle Commissioni liturgiche come strumenti adatti affinché, nella grande varietà di lingue, la comunità liturgica possa arrivare ad uno stile espressivo adatto e congruente alle singole parti, mantenendo l'integrità e l'accurata fedeltà, specialmente nel tradurre alcuni testi di maggiore importanza in ciascun libro liturgico.

Il testo liturgico, in quanto segno rituale, è mezzo di comunicazione orale. Ma per i credenti che celebrano i sacri riti, anche la parola è un mistero: quando infatti vengono proferite le parole, in particolare quando si legge la Sacra Scrittura, Dio parla agli uomini, Cristo stesso nel Vangelo parla al suo popolo che, da sé o per mezzo del celebrante, con la preghiera risponde al Signore nello Spirito Santo.

Fine delle traduzioni dei testi liturgici e dei testi biblici, per la liturgia della parola, è annunciare ai fedeli la parola di salvezza in obbedienza alla fede ed esprimere la preghiera della Chiesa al Signore. A tale scopo bisogna fedelmente comunicare ad un determinato popolo, tramite la sua propria lingua, ciò che la Chiesa ha inteso comunicare ad un altro per mezzo della lingua latina. Sebbene la fedeltà non sempre possa essere giudicata da parole singole ma debba esserlo nel contesto di tutto l'atto della comunicazione e secondo il proprio genere letterario, tuttavia alcuni termini peculiari vanno considerati anche nel contesto dell'integra fede cattolica, poiché ogni traduzione

dei testi liturgici deve essere congruente con la sana dottrina.

Non ci si deve stupire che, nel corso di questo lungo percorso di lavoro, siano sorte delle difficoltà tra le Conferenze Episcopali e la Sede Apostolica. Affinché le decisioni del Concilio circa l'uso delle lingue volgari nella liturgia possano valere anche nei tempi futuri, è oltremodo necessaria una costante collaborazione piena di fiducia reciproca, vigile e creativa, tra le Conferenze Episcopali e il Dicastero della Sede Apostolica che esercita il compito di promuovere la sacra Liturgia, cioè la Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti. Perciò, affinché continui il rinnovamento dell'intera vita liturgica, è sembrato opportuno che alcuni principi trasmessi fin dal tempo del Concilio siano più chiaramente riaffermati e messi in pratica.

Si deve senz'altro prestare attenzione all'utilità e al bene dei fedeli, né bisogna dimenticare il diritto e l'onere delle Conferenze Episcopali che, insieme con le Conferenze Episcopali di regioni aventi la medesima lingua e con la Sede Apostolica, devono far sì e stabilire che, salvaguardata l'indole di ciascuna lingua, sia reso pienamente e fedelmente il senso del testo originale e che i libri liturgici tradotti, anche dopo gli adattamenti, sempre rifulgano per l'unità del Rito Romano.

Per rendere più facile e fruttuosa la collaborazione tra la Sede Apostolica e le Conferenze Episcopali in questo servizio da prestare ai fedeli, ascoltato il parere della Commissione di Vescovi e Periti da me istituita, dispongo, con l'autorità affidatami, che la disciplina canonica attualmente vigente nel can. 838 del C.I.C. sia resa più chiara, affinché, secondo quanto espresso nella Costituzione *Sacrosanctum Concilium*, in particolare agli articoli 36 §§ 3. 4, 40 e 63, e nella Lettera Apostolica *Motu Proprio Sacram Liturgiam*, n. IX, appaia meglio la competenza della Sede Apostolica circa le traduzioni dei libri liturgici e gli adattamenti più profondi, tra i quali possono annoverarsi anche eventuali nuovi testi da inserire in essi, stabiliti e approvati dalle Conferenze Episcopali.

In tal senso, in futuro il can. 838 andrà letto come segue:

Can. 838 - § 1. Regolare la sacra liturgia dipende unicamente dall'autorità della Chiesa: ciò compete propriamente alla Sede Apostolica e, a norma del diritto, al Vescovo diocesano.

§ 2. È di competenza della Sede Apostolica ordinare la sacra liturgia della Chiesa universale, pubblicare i libri liturgici, rivedere[1] gli adattamenti approvati a norma del diritto dalla Conferenza Episcopale, nonché vigilare perché le norme liturgiche siano osservate ovunque fedelmente.

§ 3. Spetta alle Conferenze Episcopali preparare fedelmente le versioni dei libri liturgici nelle lingue correnti, adattate convenientemente entro i limiti definiti, approvarle e pubblicare i libri liturgici, per le regioni di loro pertinenza, dopo la conferma della Sede Apostolica.

§ 4. Al Vescovo diocesano nella Chiesa a lui affidata spetta, entro i limiti della sua competenza, dare norme in materia liturgica, alle quali tutti sono tenuti.

In maniera conseguente sono da interpretare sia l'art. 64 § 3 della Costituzione Apostolica *Pastor Bonus* sia le altre leggi, in particolare quelle contenute nei libri liturgici, circa le loro versioni. Parimenti dispongo che la Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti modifichi il proprio "Regolamento" in base alla nuova disciplina e aiuti le Conferenze Episcopali ad espletare il loro compito e si adoperi per promuovere sempre di più la vita liturgica della Chiesa Latina.

Quanto deliberato con questa Lettera apostolica in forma di "motu proprio", ordino che abbia fermo e stabile vigore, nonostante qualsiasi cosa contraria anche se degna di speciale menzione, e che sia promulgato tramite pubblicazione su *L'Osservatore Roma-*

no, entrando in vigore il 1° ottobre 2017, quindi pubblicato sugli *Acta Apostolicae Sedis*.

Dato a Roma, presso San Pietro, il 3 settembre 2017, quinto del mio Pontificato.

Francesco

[1] Nella versione italiana del C.I.C., comunemente in uso, il verbo "recognoscere" è tradotto "autorizzare", ma la *Nota esplicativa* del Pontificio Consiglio per l'interpretazione dei Testi Legislativi ha precisato che la *recognitio* «non è una generica o sommaria approvazione e tanto meno una semplice "autorizzazione". Si tratta, invece, di un esame o revisione attenta e dettagliata...» (28 aprile 2006).

Commento al Motu Proprio del Segretario della Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti

Il motuproprio Magnum Principium
Una chiave di lettura

Cambia la formulazione di alcune norme del *Codex iuris canonici* riguardanti l'edizione dei libri liturgici nelle lingue correnti. Con il motuproprio *Magnum principium*, datato 3 settembre 2017 e in vigore dal 1° ottobre prossimo, Papa Francesco ha introdotto delle modifiche al testo del canone 838. La spiegazione dei motivi delle variazioni è offerta dallo stesso documento pontificio, che ricorda ed espone i principi alla base della traduzione dei testi liturgici tipici in lingua latina e le istanze implicate nella delicata opera. In quanto preghiera della Chiesa, la liturgia è infatti regolata dall'autorità ecclesiale.

Essendo elevata la posta in gioco, già i padri del concilio Vaticano II avevano chiamato in causa, in tale ambito, sia la Sede apostolica sia le conferenze episcopali (cfr. *Sacrosanctum concilium*, nn. 36, 40 e 63). In effetti, il grave impegno di provvedere alle traduzioni liturgiche è stato guidato da norme e da specifiche istruzioni del dicastero competente, in particolare *Comme le prévoit* (25 gennaio 1969) e, dopo il *Codex iuris canonici* del 1983, da *Liturgiam authenticam* (28 marzo 2001), entrambe pubblicate, in stagioni diverse, allo scopo di rispondere a problemi concreti evidenziati nel corso del tempo e suscitati dal complesso lavoro che comporta la traduzione dei testi liturgici. Per l'ambito dell'inculturazione, la materia è invece stata regolata dall'istruzione *Varietates legitimae* (25 gennaio 1994).

Considerata l'esperienza di questi anni, ora – scrive il Papa – "è sembrato opportuno che alcuni principi trasmessi fin dal tempo del Concilio siano più chiaramente riaffermati e messi in pratica". Tenendo dunque conto del cammino percorso e guardando al futuro, sulla base della costituzione liturgica del Vaticano II *Sacrosanctum concilium*, il Pontefice ha inteso precisare la disciplina vigente apportando alcune variazioni al canone 838 del *Codex iuris canonici*.

Lo scopo della modifica è definire meglio i ruoli della Sede apostolica e delle conferenze dei vescovi, chiamate a operare in dialogo tra loro, nel rispetto della propria competenza, che è differente e complementare, in ordine alla traduzione dei libri tipici latini, come degli eventuali adattamenti, che possono riguardare testi e riti. E ciò al servizio della preghiera liturgica del popolo di Dio.

In particolare, nella nuova formulazione del canone in questione si pone più adeguata distinzione, quanto al ruolo della Sede apostolica, tra l'ambito proprio della *recognitio* e quello della *confirmatio*, nel rispetto di quanto compete alle conferenze episcopali, tenendo conto della loro responsabilità pastorale e dottrinale, come anche dei loro limiti di azione.

La *recognitio*, menzionata nel § 2 del canone 838, implica il processo di riconoscimento da parte della Sede apostolica dei legittimi adattamenti liturgici, compresi quelli "più profondi", che le conferenze episcopali possono stabilire e approvare per i loro territori, nei limiti consentiti. Su questo terreno d'incontro tra liturgia e cultura, la Sede

apostolica è chiamata dunque a *recognoscere*, cioè a rivedere e valutare tali adattamenti, in ragione della salvaguardia dell'unità sostanziale del rito romano: il riferimento in tale materia sono i numeri 39-40 di *Sacrosanctum concilium*, e la sua applicazione, nei modi indicati o meno nei libri liturgici, è regolata dall'istruzione *Varietates legitimae*.

La *confirmatio* – terminologia già adottata nel *motu proprio Sacram liturgiam* n. IX (25 gennaio 1964) – riguarda invece le traduzioni dei testi liturgici che, in base a *Sacrosanctum concilium* (n. 36 § 4), compete alle conferenze episcopali preparare e approvare; il § 3 del canone 838 precisa che le versioni devono essere compiute *fideliter* secondo i testi originali, raccogliendo così la preoccupazione principale dell'istruzione *Liturgiam authenticam*. Richiamando infatti il diritto e l'onere della traduzione affidato alle conferenze episcopali, il motuproprio ricorda altresì che le stesse conferenze "devono far sì e stabilire che, salvaguardata l'indole di ciascuna lingua, sia reso pienamente e fedelmente il senso del testo originale".

La *confirmatio* della Sede apostolica non si configura pertanto come un intervento alternativo di traduzione, ma come un atto autoritativo con il quale il dicastero competente ratifica l'approvazione dei vescovi. Supponendo ovviamente una positiva valutazione della fedeltà e della congruenza dei testi prodotti rispetto all'edizione tipica su cui si fonda l'unità del rito, e tenendo conto soprattutto dei testi di maggiore importanza, in particolare le formule sacramentali, le preghiere eucaristiche, le preghiere di ordinazione, il rito della messa, e via dicendo.

La modifica del *Codex iuris canonici* comporta naturalmente un adeguamento dell'articolo 64 § 3 della costituzione apostolica *Pastor bonus*, come anche della normativa in materia di traduzioni. Ciò significa la necessità di ritoccare, ad esempio, alcuni numeri dell'*Institutio generalis missalis Romani* e dei *Praenotanda* dei libri liturgici. La stessa istruzione *Liturgiam Authenticam*, da apprezzare per le valide attenzioni che riserva a questo complicato lavoro e alle sue implicazioni, quando chiede la *recognitio*deve essere interpretata alla luce della nuova formulazione del canone 838. Infine, il motuproprio dispone che anche la Congregazione per il culto divino e la disciplina dei sacramenti "modifichi il proprio *Regolamento* in base alla nuova disciplina e aiuti le Conferenze Episcopali ad espletare il loro compito".

+ Arthur Roche Arcivescovo Segretario
Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti

Lettera apostolica
In forma di motu proprio
Del sommo pontefice Francesco
Summa familiae cura
che istituisce il Pontificio Istituto Teologico Giovanni Paolo II per le Scienze del Matrimonio e della Famiglia

Animato dalla più grande cura per la famiglia, san Giovanni Paolo II, dando seguito al Sinodo dei Vescovi del 1980 sulla famiglia e all'Esortazione apostolica post-sinodale *Familiaris Consortio*, del 1981, con la Costituzione apostolica *Magnum Matrimonii sacramentum* conferì stabile forma giuridica al Pontificio Istituto Giovanni Paolo II per Studi su Matrimonio e Famiglia, operante presso la Pontificia Università Lateranense. Da allora esso ha sviluppato un proficuo lavoro di approfondimento teologico e di formazione pastorale sia nella sua Sede Centrale di Roma, sia nelle Sezioni extra-urbane, ormai presenti in tutti i continenti.

Più di recente, la Chiesa ha compiuto un ulteriore percorso sinodale mettendo nuovamente al centro dell'attenzione la realtà del matrimonio e della famiglia, in primo luogo nell'Assemblea straordinaria del 2014, dedicata a "Le sfide pastorali della famiglia nel contesto dell'evangelizzazione", e poi in quella ordinaria del 2015 su "La vocazione e la missione della famiglia nella Chiesa e nel mondo". Compimento di questo intenso cammino è stata l'Esortazione apostolica post-sinodale *Amoris laetitia*, pubblicata il 19 marzo 2016.

Questa stagione sinodale ha portato la Chiesa a una rinnovata consapevolezza del vangelo della famiglia e delle nuove sfide pastorali a cui la comunità cristiana è chiamata a rispondere. La centralità della famiglia nei percorsi di "conversione pastorale"[1]delle nostre comunità e di "trasformazione missionaria della Chiesa"[2] esige che – anche a livello di formazione accademica – nella riflessione sul matrimonio e sulla famiglia " non vengano mai meno la prospettiva pastorale e l'attenzione alle ferite dell'umanità. Se un fruttuoso approfondimento della teologia pastorale non può essere condotto trascurando il peculiare profilo ecclesiale della famiglia[3], d'altro canto, non sfugge alla stessa sensibilità pastorale della Chiesa il prezioso apporto del pensiero e della riflessione che indagano, nel modo più approfondito e rigoroso, la verità della rivelazione e la sapienza della tradizione della fede, in vista della sua migliore intelligenza nel tempo presente. «Il bene della famiglia è decisivo per il futuro del mondo e della Chiesa. […] È sano prestare attenzione alla realtà concreta, perché le richieste e gli

[1] Cfr Esort. ap. *Evangelii gaudium*, 26-32.

[2] Cfr *ibid*., cap. I.

[3] Cfr Conc. Ecum. Vat. II, Cost. dogm. *Lumen gentium*, 11.

appelli dello Spirito risuonano anche negli stessi avvenimenti della storia, attraverso i quali la Chiesa può essere guidata ad una intelligenza più profonda dell'inesauribile mistero del matrimonio e della famiglia»[4].

Il cambiamento antropologico-culturale, che influenza oggi tutti gli aspetti della vita e richiede un approccio analitico e diversificato, non ci consente di limitarci a pratiche della pastorale e della missione che riflettono forme e modelli del passato. Dobbiamo essere interpreti consapevoli e appassionati della sapienza della fede in un contesto nel quale gli individui sono meno sostenuti che in passato dalle strutture sociali, nella loro vita affettiva e familiare. Nel limpido proposito di rimanere fedeli all'insegnamento di Cristo, dobbiamo dunque guardare, con intelletto d'amore e con saggio realismo, alla realtà della famiglia, oggi, in tutta la sua complessità, nelle sue luci e nelle sue ombre[5].

Per queste ragioni ho ritenuto opportuno dare un nuovo assetto giuridico all'Istituto Giovanni Paolo II, affinché «la lungimirante intuizione di San Giovanni Paolo II, che ha fortemente voluto questa istituzione accademica, oggi [possa] essere ancora meglio riconosciuta e apprezzata nella sua fecondità e attualità»[6]. Pertanto, sono venuto alla deliberazione di istituire un Istituto Teologico per le Scienze del Matrimonio e della Famiglia, ampliandone il campo di interesse, sia in ordine alle nuove dimensioni del compito pastorale e della missione ecclesiale, sia in riferimento agli sviluppi delle scienze umane e della cultura antropologica in un campo così fondamentale per la cultura della vita.

Art. 1

Con il presente Motu proprio istituisco il *Pontificio Istituto Teologico Giovanni Paolo II per le Scienze del Matrimonio e della Famiglia*, che, legato alla Pontificia Università Lateranense, succede, sostituendolo, al Pontificio Istituto Giovanni Paolo II per Studi su Matrimonio e Famiglia, stabilito dalla Costituzione apostolica *Magnum Matrimonii sacramentum*, il quale pertanto, viene a cessare. Sarà, comunque, doveroso che l'originaria ispirazione che diede vita al cessato Istituto per Studi su Matrimonio e Famiglia continui a fecondare il più vasto campo di impegno del nuovo Istituto Teologico, contribuendo efficacemente a renderlo pienamente corrispondente alle odierne esigenze della missione pastorale della Chiesa.

Art. 2

Il nuovo Istituto costituirà, nell'ambito delle istituzioni pontificie, un centro accademico di riferimento, al servizio della missione della Chiesa universale, nel campo delle scienze che riguardano il matrimonio e la famiglia e riguardo ai temi connessi con la fondamentale alleanza dell'uomo e della donna per la cura della generazione e del creato.

Art. 3

Lo speciale rapporto del nuovo Istituto Teologico con il ministero e il magistero della Santa Sede sarà ulteriormente avvalorato dalla privilegiata relazione che esso

---

[4] Esort. ap. postsin. *Amoris laetitia*, 31; cfr Giovanni Paolo II, Esort. ap. postsin. *Familiaris consortio*, 4.

[5] Cfr Esort. ap. postsin. *Amoris laetitia*, 32.

[6] *Discorso alla comunità accademica del Pontificio Istituto Giovanni Paolo II per Studi su Matrimonio e Famiglia*, 27 ottobre 2016: L'Osservatore Romano, 28 ottobre 2016, p. 8.

stabilirà, nelle forme che saranno reciprocamente concordate, con la Congregazione per l'Educazione Cattolica, con il Dicastero per i Laici, la Famiglia e la Vita e con la Pontificia Accademia per la Vita.

Art. 4

§ 1. Il Pontificio Istituto Teologico, così rinnovato, adeguerà le proprie strutture e disporrà gli strumenti necessari – cattedre, docenti, programmi, personale amministrativo – per realizzare la missione scientifica ed ecclesiale che gli è assegnata.

§ 2. Le autorità accademiche dell'Istituto Teologico sono il Gran Cancelliere, il Preside e il Consiglio dell'Istituto.

§ 3. L'Istituto Teologico ha la facoltà di conferire iure proprio ai suoi studenti i seguenti gradi accademici: il Dottorato in Scienze su Matrimonio e Famiglia; la Licenza in Scienze su Matrimonio e Famiglia; il Diploma in Scienze su Matrimonio e Famiglia.

Art. 5

Quanto stabilito dal presente Motu proprio sarà approfondito e definito negli Statuti propri, approvati dalla Santa Sede. In modo particolare, si provvederà a individuare le modalità più adatte a favorire la cooperazione e il confronto, nell'ambito della didattica e della ricerca, tra le autorità dell'Istituto Teologico e quelle della Pontificia Università Lateranense.

Art. 6

Fino all'approvazione dei nuovi Statuti, l'Istituto Teologico sarà temporaneamente retto dalle norme statutarie finora vigenti nell'Istituto Giovanni Paolo II per Studi su Matrimonio e Famiglia, ivi comprese la strutturazione in Sezioni e le relative norme, nella misura in cui non si oppongano al presente Motu proprio.

Tutto ciò che ho deliberato con questa Lettera apostolica in forma di Motu proprio, ordino che sia osservato in tutte le sue parti, nonostante qualsiasi cosa contraria, anche se degna di particolare menzione, e stabilisco che venga promulgato mediante la pubblicazione sul quotidiano L'Osservatore Romano, entrando in vigore il giorno della promulgazione, e che, successivamente, sia inserito in Acta Apostolicae Sedis.

Dato a Roma, presso San Pietro, l'8 settembre, Festa della Natività della B.V. Maria, dell'anno 2017, quinto del Nostro Pontificato

Francesco

Apostolicum Rotae Romanae Tribunal
Reg. Siculi Seu Panormitana Nullitatis Matrimonii; Prael.: Adm. App./Conf. Sent. 22 martii 2017 - Coram Jaeger (B. Bis 29/2017)

Appello – Non manifesta dilatorietà – Criteri giurisprudenziali – Riferimento alla legislazione civile – Ragionevole probabilità di accoglimento dell'impugnazione – Ammissibilità dell'appello

Ai fini dell'applicazione del nuovo filtro per l'ammissibilità dell'appello avverso una sentenza che ha dichiarato la nullità di un matrimonio, in assenza di un'interpretazione autentica ed in attesa di un definitivo chiarimento giurisprudenziale, il decreto propone di ricorrere al criterio comunemente utilizzato dai codici di procedura civili e, segnatamente a quello della valutazione previa della ragionevole probabilità di accoglimento dell'appello.

DECRETUM TURNI

Infrascripti Patres Auditores de Turno in sede Tribunalis Apostolici Rotae Romanae legitime coadunati ad solvendam quaestionem praeliminarem in causa superius inscripta, utrum admittenda sit partis conventae appellatio adversus adfirmativam Rotalem sententiam diei 10 decembris 2015 interposita an eadem adfirmativa confirmetur sententia, hoc tulerunt decretum.

- **Casus adumbratio**. — D.nus XXX, die XXX natus, catholicus, Actor in causa, et d.na YYY die YYY orta, catholica, in causa Conventa, die ….. "in Ecclesia paroeciali Sancto …. dicata, Panormi" (ita in appellata sententia, n. 1, etsi matrimonii testimonium, quod videtur a praedicta Paroecia praebitum, item sententia primi gradus, referat nuptias celebratas esse in Ecclesia Sancto ….. dicata; cf. Summ., pagg.. 4 et 79, respective) intra fines Archidioeceseos Panormitanae sita, matrimonium in forma canonica contraxere. Mense vero iulio 2010, viginti septem post nuptias annis, Actor domum relinquens bina prole recreatum coniugalem convictum ad finem statuit adducere (prout ipse in libello confitetur Tribunali primi gradus porrecto).

- Die 18 februarii 2011 Tribunali Ecclesiastico Regionali Siculo ratione loci contractus competenti libellum porrigens Actor matrimonium accusavit nullitatis, adserens se matrimonii sacramentalem dignitatem a suo exclusisse in matrimonium consensu. Conventa Actoris petito e petendi causae se opponente rationes singillatim explicante, die 27 aprilis 2011, statim ac Actoris Patrocinatus pro dubii concordatione per facsimile eodem die missum institisset, dubium super quo in primo disceptaretur iudicii gradu fore statutum est, an constaret de matrimonii nullitate, in casu, ob exclusam a Viro Actore sacramentalem matrimonii dignitatem. — Ad rem notatu dignum utique est Sessionem pro dubii concordatione "alle ore 11,00 ... si svolge" (cf. Summ., pag. 20) dum facsimile actorei Patrocinatus instantiam exhibens non-

nisi horis "11:07" missum sit (cf. Summ., pag. 9). - Conventa in iudicio resistente, instructione per partium auditionem septemque testium excussionem peracta, ceteris praemissis praemittendis, die 25 ianuarii 2013 aditum Tribunal definitivam tulit sententiam adfirrnativam seu constare de matrimonii nullitate, in casu, ob adlatum caput. Conventa directe ad Rotam Romanam appellante, rite consitutus Turnus, ad normam tunc vigentis can. 1682 § 2 se gerens, adfirmativam primi gradus sententiam iuris erroribus nitentem (de quod statutum significaret nullitatis caput deque probationibus quae requireret) continenter non esse confirmandam censuit, Actoris adsertionem se nuptiarum tempore atheismo adhaesisse prorsus reiciens ut probatis contrariam factis (cf. Decr. Diei 11 octobris 2013 [B. Bis 163 / 2013] n. 7-8; in Summ., pagg. 113-114). Turnus insuper mirabatur appellatos Iudices « omnimodam tribu[isse] credibilitatem actori eiusque testibus, et veluti "aprioristice" quamlibet credibilitatem conventae et testibus a muliere inductis negav[isse]", dum Rotalis Turni "Patribus e contra visum est quod mulier conventa in suis iteratis interventionibus omnino cohaerens videtur factaque refert ad suas affirmationes roborandas" (cf. ibid., n. 6; ibid., pag. 113). Primi gradus sententia continenter non confirmata, appellatus Turnus decrevit "causam ad ordinarium secundi gradus examen remittendam esse" (cf. ibid., n. 9; ibid., pag. 114).

- Deinde, die nempe 10 februarii 2014, Actoris Patrocinatus pro novo statuendo institit nullitatis capite, ei in primo gradu iam statuto adiungendo, exclusionis scilicet indissolubilitatis "ex parte eiusdem viri actoris", motivis adlatis (cf. Summ., pag. 117-119); cui Conventa se opposuit, rationibus expositis (cf. Summ., pagg., 121-122). Decreto diei 4 iulii 2014, "visis actis cunctis causae" et "attenta petitione Patroni partis actricis atque vinculi Defensore audito", explicitioribus autem omissis motivis, nulla mentione facta de Conventa eiusve motivis suffulta "ferma oppsizione al nuovo capo di nullità richiesto dall'Attore" (cf. Conventae ep., quae die 3 aprilis 2014 ad sedem pervenerat H.A.T.; in Surnm., pagg. 121-122, heic pag. 121), Turnus actoreae instantiae annuit et novum caput antea statuto capiti adiunxit, ita ut dubium cui responderetur hoc evaserit: "An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob exclusionem dignitatis sacramentalis ex parte viri actoris et ob exclusum bonum sacramenti ex parte eiusdem viri actoris, in prima instantia diiudicandum" [rectius: "tamquam in prima instantia"; cf. tunc vigentem can. 1683). Suppletiva instructione per novam partium auditionem testiumque sex excussionem peracta, ceteris completis quae complenda erant, die 10 decembris 2015 Turnus Rotalis definitivam edidit adfirmativam sententiam (246/2015; die 23 iunii 2016 publicata) "constare de matrimonii nullitate, in casu, dumtaxat ob exclusum bonum sacramenti ex parte viri actoris, in prima instantia diiudicatum", caput exclusae a Viro Actore sacramentalis dignitatis eoque (verbo nempe "dumtaxat") negative dimittens.

Conventa appellante, causa ad hunc Turnum est delata, cui hodie quaestio praeliminaris ad normam can. 1680 § 2 est solvendam, utrum scilicet appellatio ad processum admittatur appellationis an evidenter mere dilatoria censeatur appellatio et appellata sententia confirmetur.

- **In iure et in facto**. - (Qui sub hoc numero 4 sequitur textus sumitur e coram infrascripto Ponente, decr. diei 23 novembris 2016 [B. Bis 92/2016] Mutinen.-Nonatulana., n. 4; item coram Eodem, decr. dici 10 ianuarii 2017 [B. Bis 1/2017] Petrieulana, n. 3). - "Pars quae aliqua sententia se gravatam putat [...] ius habet a sententia appellandi ad iudicem superiorem [...]" (cf. can. 1628); qui — nisi appel-

lata sententia appellationi non sit obnoxia, ob unam aliamve ob causas in can. 1629 adnumeratas - iudicialem appellationis processum curet celebrandum. Tamen, iuxta nuper novatam legem, in causis matrimonii nullitatis, ne iudicia prorsus inutiliter protrahantur cum animarum damno, appellationis Tribunali primum videndum est utrum "appellatio mere dilatoria evidenter appareat" ideoque [veluti] a limine iudicii reicienda [quin scilicet appellationis celebretur processus] et adfirmativa prioris gradus sententia confirmanda (cf. can. 1680 § 2) an admittenda sit appellatio ideoque iudicialis appellationis processus sit celebrandus (cf. ibid., § 3). «Quidnam subtilius significet "appellationem mere dilatoriam evidenter apparere", iurisprudentia, Huius praesertim Apostolici Tribunalis, progrediente tempore ulterius explicare utique sataget. Pro nunc sufficiat ut mentio fiat mentis conceptum cuiusdam veluti "diaphragmatis", quod inter appellationes distinguat ad superiorem iudicii gradum propositas, ita ut earum aliquae ne admittantur quidem - praeter scilicet eum "appellationis temerariae" antiquitus iam notum - in Civitatum iure utique agnosci et adhiberi. Ita, exempli gratia, novatus art. 348-bis italici Codicis procedurae civilis statuit appellationem "è dichiarata inammissibile dal giudice competente quando non ha una ragionevole probabilità di essere accolta". Ius vero anglicum, haud secus ac alii iuris ordines, qui ex eodem traxerint originem, distinguit inter appellationes ipso iure admittendas et eas pro quarum admissione licentia requiratur Tribunalis; de qua licentia, in Civil Procedure Rules 52.3 (4B) (6), statuitur: "(6) Permission to appeal may be given only where — (a) the court considers that the appeal would have a real prospect of success; or (b) there is some other compelling reason why the appeal should be heard" (https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part52; viso Romae, die 13 februarii 2016, horis 16:30). Utcumque, in iuris canonici ambitu, Tribunalis facultas appellationem non admittendi strictae subicienda videtur interpretationi, sive cum lex eandem statuens "exceptionem a lege contineat" (cf. can. 18) sive cum "liberum iurium exercitium coarctet" (cf. ibid.), ideoque caute sit adhibenda; quod ipse canon 1680 § 2 sublineare velle videtur dicens [...] tantummodo appellationem, quae "evidenter" seu veluti inde a primo oculi ictu, ut ita dicamus, mere dilatoria appareat » reici posse quin ad appellationis admittatur processum (cf. coram infrascripto Ponente, decr. diei 5 iulii 2016 [B. Bis 51/2016] Dublinen., n. 6). Ceterum etiam sub regimine abrogati can. 1682 § 2 (qui secundi gradus de causae merito decisionem ferri sivit absque appellationis processu seu per decretum primi gradus adfirmativam confirmans sententiam) observatum est: « aequum utcumque esse ut de appellatione partis succumbentis seu Conventae resistentis, cuius resistentia haud mera "alchimia ostativa" censeatur, per processum videatur "in contradictorio" celebrandum » (cf. coram Vaccarotto, decr. diei 11 decembris 2014 [B. Bis 177/2014] Sancti Marci Argentanen.-Scaleen., n. 5).

- In casu, patet succumbentis Conventae appellationem censeri non posse evidenter mere dilatoriam eamque ad appellationis processum "in contradictorio" rite celebrandum utique esse admittendam. In specie, adhuc multo altius pensitanda est quaestio de Actoris credibilitate. Nam ex ipsa appellata sententia non perspicue videtur cur appellatus Turnus suum de Viri credibilitate iudicium, in decreto diei 11 octobris 2013 descriptum, tam funditus in melius interea mutavisset. Appellata sententia tribuere videtur "dubia Turni circa credibilitatem actoris in decreto remissionis ad ordinarium examen" ei quod Actor coram Romana Rota fuisse adseruit "atteggiamento del giudice di primo grado [che] è stato alquanto initimidatorio", qua re — Actor contenderit — "ricordo di aver dovuto discutere più volte per la

non precisa verbalizzazione del mio pensiero"; quod appellata sententia arbitratur "verisimile" cum constaret "etiam ex annotationibus appositis a notario infra perscriptioni declarationum viri perdurante instructione primi gradus" (cf. sent., n. 9). Non facile mente comprehenditur quid eiusmodi explicatione intendatur. Verum — secus ac, ex. gr., in Tribunalibus Ecclesiasticis Americae Septentrionalis - in Italiae Tribunalibus Ecclesiasticis adhuc vigere videtur mos deponentium verba non usu machinae magnetophonicae transcribere (cf. can. 1567 § 2) sed a Iudice Instructore, non necessario ad litteram, notario dictare; qui maiorum usus (cuius omnes taedeat intervenientes) optimus haud est quoties ferenda decisio ab ipsissimis deponentis verbis subtilius transcriptis pendere forsan possit (cf. D.-M. A. Jaeger, "Il giudice istruttore: spunti di riflessione in base all'esperienza giudiziale", in AA. VV., L'istruttoria nel processo di nullità matrimoniale, Collana "Studi giuridici" CVIII, Libreria Editrice Vaticana, in Civitate Vaticana 2014, pagg. 69-77, heic pagg. 70-71, sub num. 1.2). Attamen hoc est "systema" quod in Italia usque in hodiernum diem a pluribus usurpari videtur Ecclesiasticis Tribunalibus, cautionibus iure praescriptis utique adhibitis (cf. praesertim cann. 1567 § 1; 1569 §§ 1-2), pro referendis partium testiumuqe depositionibus, quibus nitamur et Nos in gradu appellationis. Utcumque Actor sua subscriptione textum totum a notario scripto redactum, et in fine iudicialis examinis lectum, suum agnovit et fecit (cf. Summ., pag. 28). Nec sensus videtur qui sit, in hoc contextu, Actoris adsertionis "di aver dovuto discutere più volte per la precisa verbalizzazione del mio pensiero" vel quid (de transcriptae depositionis fide) "ex annotationibus" eruatur "appositis a notario etc.". Nam semel tantum (prout videtur, de una paragrapho) adnotatur Actorem "non ritiene che quanto verbalizzato sopra sia corrispondente a quanto dichiarato per tanto desidera aggiungere" adsertionem, quae sequitur et reapse scripto redigitur (cf. Summ., pag. 25). Deinde, "dopo la rilettura", Actor aliquid voluit "precisare", quod et ipsum a notario scriptum est antequam Actor subscriptionem adposuerit, qua totum scriptum vere suum agnovit et fecit (cf. Summ., pag. 28). Eo vel minus mente comprehenditur pondus, quod appellata sententia attribuere videretur superius relatae Actoris querimoniae "atteggiamento del giudice di primo grado è stato alquanto initimidatorio", nisi argumentari intenderetur Actorem in sua primi gradus depositione, iureiurando firmata (cf. Summ., pagg. 23 et 28), ob metum a Iudicis "atteggiamento" incussum, totam et solam veritatem referre non valuisse; quod probabile non videtur. Recolatur oportet matrimonii nullitatis ob simulationem causam ab ipso adserto simulanti promotam stare nequire nisi confitens se simulavisse pars actrix tuto censeatur credibilis. Immo ipsa appellata sententia monet "quod res tota circa credibilitatem vertitur, cum agatur de actu interno prout est simulatio" (cf. sent., n. 9, in fine). In casu, Turni Deeretum adfirmativam primi gradus sententiam continenter non confirmandam arbitrans gravia patefecit de se simulavisse confitentis Actoris credibilitate dubia, quae ex appellata Turni sententia sat perspicue non videtur cur et quomodo adeo exsuperata sint censenda ut nunc "viro actori confidi posse" (cf. ibid.).

- Nec sufficienter intellegitur mutatio Turni erga Conventam animi. In Turni decreto sententiam primi gradus continenter confirmare renuentem, de Conventa dicitur "Patribus e contra [seu secus ac ad Actorem quod attinet] visum est quod mulier conventa in suis iteratis interventionibus omnino cohaerens videtur factaque refert ad suas affirmationes roborandas" (cf. ibid., n. 6; in Summ., pag. 113); quod appellata sententia memorare prorsus omittit dum sola decreti "dubia" vel melius censuras erga Mulierem refert, praesertim de defectu documentorum, quae Conventae accusationes sustinerent de Actoris "obligationibus oeconomicis erga

ipsam et tilos minime completis" (cf. sent., n. 9). Nec perspicue videtur cur appellata sententia mentionem faciat de quodam Civitatis documento (non Conventam sed aliam spectanti personam) ab actoreo Patrocinatu ad impugnandam Mulieris credibilitatem exhibito, quod R.D. Promotor Iustitiae N.A.T., "inspectis causae actis; omnibus de re perpensis", censuit "actis causae admittendum non es[se] quia non attinet" ad hanc eausam. Itidem perspicue non apparet momentum quod, ad (negative) aestimandam Conventae credibilitatem, appellata sententia tribuere videtur cuidam de nuntio "SMS" quaestioni seu curnam Mulier de eo locuta non sit marito, quem infidelitatis accusaret (cf. sent., n. 9). De re disserens sententia animum non attendere videretur in peculiarem omnino indolem "delicatam" conloquiorum inter amicos et praesertim coniuges, qui se vicissim (vel quorum alter alterum) alicuius accusent noxiae vel proditionis quin omnia explicite declarare velint ne duorum relationi damnum inferatur irreparabile; quae conloquia non eidem severe "logicae" analysi subici valeant cui subiciantur iudiciales decisiones vel publicae orationes. Utcumque sicut alibi observatum est: "credibilitas partis resistentis momentum haberet si ceteroquin partis actricis credibilitas sustinenda videretur, cum non resistentis Conventae sit matrimonii validitatem probare sed Actoris est probare nullitatem, quam adserit" (cf. coram infrascripto Ponente, sent. diei 16 decembris 2013 [345/2013] Parmen., n. 16); ut ceterum patet (cf. cann. 124 § 2; 1060; 1526 § 1; 1526 § 2, n. 1). In casu, perlectam appellatam sententiam dubia de partis actricis credibilitate insolutas relinquere argumentari utique potest.

— Ipsa appellata sententia observat "partes nondum ad divortium civile perven[isse]" (cf. sent., n. 1), sed pensitavisse non videtur momentum s.d. divortii defectus pro aestimada partium — praesertim vero Actoris (cf. n. 6 supra) - credibilitate, in casu. Nam "[a]ttentiori adhuc examini eiusmodi iudicialis confessio [adserti scilicet simulantis in iudicio agentis] subicienda videtur, haud secus ac testium depositiones, cum de causis agatur, quae effectus civiles habere possint etiam oeconomicae indolis in unius partis commodum eoque ipso in alterius detrimentum, ut quandoque in Re publica contingere potest italica, quae isto sub respectu, non eosdem tribuit effectus agnitioni in foro Civitatis nullitatis matrimonii ab Ecclesiasticis Tribunalibus exsecutiva decisione declaratae, qui attribuuntur s.d. divortio a Civitatis magistratu decreto" (cf. coram infrascripto Ponente, sent. diei 16 decembris 2013 [345/2013] Parmen., n. 9; in D.-M. A. Jaeger, "Il giudice istruttore", pag. 76). In iisdem insuper rerum adiunctis, cordatus Iudex prae oculis habeat oportet quod "experientia nos docet frequentes esse testes qui deponunt non tam quae vera sunt, quam quae utilia putent ut coniuges in causa — eorum forsan propinqui vel amici — libertatem a vinculo utcumque, acquirant. Istum modum agendi [...] plures ex illis testibus non credunt esse deceptionem Ecclesiae, et culpabile coram Deo mendacium, sed opus caritatis, qui id faciunt ut amicum in necessitate versantem adiuvent. Evenit proinde ut deponant quae non viderunt, asserentes se vidisse, audivisse etc. vel saltem frequentius exaggerant... collocant ante matrimonium ea quae post infelicem exitum matrimonii effutiri forsan audierunt" ("De causis matrimonialibus", in M. Lega, V. Bartocetti, Commentarius in iudicia ecclesiastica, vol. III, Romae 1950, p. 179); quod omne summum momentum ipsius adserti simulantis in iudicio agentis credibilitatis vel clarius sub luce ponit.

— Appellata sententia quam eruditissime disserit de mutata ecclesiastica lege et iurisprudentia, quae, iustitiae aequitatisque causa, matrimonii nullitatem per saecula non censuit iudicialiter declarandam ob simulationem "unilateralem" (cf. sent., n. 7); quod enim universalis responderet regulae iuris de "praeclusione" (anglice:

estoppel), neminem scilicet e suo scelere beneficium trahere sinendum esse in partis laesae detrimentum. Matrimonii simulatio grave est scelus, quo grave infertur alteri parti damnum, immo ipsi Ecclesiae et toti hominum societati. Mente ideo vix concipiebatur simulantem proprio scelere niti ut, tempore quo maluerit, a matrimonii obligationibus erga alteram partem adsumptas se liberaret. Recentioribus autem temporibus, cum per magnam mundi partem ecclesiastice decisiones matrimonii, in casu, nullitatem declarantes effectus non iam pariant in temporali ordine, rebus omnibus temporalibus inter partes a Civitatum magistratibus una cum s.d. divortio statuendis, immo effectibus matrimonii mere civilibus ab ipsius Ecclesiae iure Civitatis foro plerumque remissis (cf. can. 1671 § 2), quammaxima elucet pastoralis seu spiritualis utilitas iuris et iurisprudentiae mutationis, qua Christifideles, quorum matrimonium irreparabiliter collapsum evaserit, suum in Ecclesia iuridicum statum rerum veritati spirituali et sacramentali facilius et tutius adaequare valeant, nemini inlato praeiudicio. Tamen iisdem in locis ubi decisio ecclesiastica matrimonium, in casu, esse nullum civiles seu temporalis ordinis effectus etiam hodie pariat vel saltem aliquando secumferre possit, peculiari cura animus attendatur oportet in pleniorem partis conventae iurium tuitionem, ita ut ordinarium ius ad appellationem per processum "in contradictorio" celebrandum semel saltem tractandam ne auferatur, nisi forte prorsus evidenter appellatio omni merito careat et appellationis processus diversum ac antea exitum non habiturum certum sit. Quod, aequitatis saltem gratia, pari ratione utcumque valeat ubi convictus coniugalis per multos annos sit perductus et nonnisi ipsius partis actricis unilaterali actu ad finem sit adductus, alterius partis sensibus veluti conculcatis; praesertim autem cum petendi causa a parte actrice adlata seu nullitatis, quod aiunt, caput nonnisi ipsius partis actrieis sit simulationis scelus in alterius partis Ecclesiaeque patratum damnum, quo pars actrix multis post transactis annis, utatur ad se ab oneribus liberandam quae consensus commutatione se adsumere sollemniter promiserit.

— Quibus omnibus cum in iure tum in facto attente perpensis, iidem infrascripti Patres Auditores de Turno solvendae, in casu, praeliminari quaestioni respondendum censuerunt uti reapse respondent: *Appellationem admittendam esse, in casu.*

Actoris est Hoc Apostolicum Tribunal certius facere se causam prosegui velle; quodsi id intra triginta a notificatione dies Actor non fecerit, causa in archivo reponenda erit.

Hoc Decretum omnibus quorum intersit notificetur ad omnes iuris effectus.

Romae, in sede Tribunalis Apostolici Rotae Romanae, die 22 martii 2017

David-Maria a. Jaeger, *Poenens*
Vito Angelo Todisco
Philippus Heredia Esteban

Dominicus Teti, Not.

Ex Cancelleria Rotae Romanae Tribunalis, die 28 apr. 2017

Dominicus Teti, Not.

Primi orientamenti giurisprudenziali della Rota Romana sull'inammissibilità dell'appello "manifestamente dilatorio" (can. 1680 § 2, can. 1687 § 4)

Mario Ferrante

1. *La disciplina dell'appello nel M.P. Mitis Iudex Dominus Iesus*

Uno degli aspetti, al contempo, più innovativi e critici della riforma del processo canonico introdotta - per la Chiesa latina - con il M.P. *Mitis Iudex Dominus Ieusus* dell'8 settembre 2015 è certamente l'introduzione di un filtro previo per vagliare l'ammissibilità di ogni appello proposto avverso una sentenza dichiarativa della nullità del matrimonio[1].

Il nuovo can. 1680, § 2, con riferimento al processo ordinario di nullità matrimoniale, stabilisce che "il tribunale collegiale, se l'appello risulta manifestamente dilatorio, confermi con proprio decreto la sentenza di prima istanza"; nello stesso senso si esprime il novellato can. 1687, § 4 - riferito al nuovo modello processuale costituito dal *processus brevior* - secondo cui: "Se l'appello evidentemente appare meramente dilatorio, il Metropolita o il Vescovo di cui al § 3, o il Decano della Rota Romana, lo rigetti a limine con un suo decreto".

Si tratta di due norme volte a limitare un possibile abuso dell'istituto dell'appello che, nella prassi, si può tradurre in estenuanti lungaggini processuali, specie nel caso delle impugnazioni proposte alla Rota Romana che (nonostante una recente inversione di tendenza), si è meritata, proprio per questo, l'appellativo di "cimitero delle cause".

---

[1] Cfr. Francesco, *M.P. Mitis iudex Dominus Iesus*, *sulla riforma del processo canonico per le cause di dichiarazione di nullità del matrimonio nel Codice di Diritto Canonico; M.P. Mitis et misericors Iesus, sulla riforma del processo canonico per le cause di dichiarazione di nullità del matrimonio nel Codice dei Canoni delle Chiese Orientali*, entrambi del 15.VIII.2015, Città del Vaticano, 2015. In argomento cfr. Adolfo Zambon, *Il motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*. *Prima presentazione*. *Testo aggiornato al 21 ottobre 2015*, pubblicato sul sito dell'Associazione Canonistica Italiana, *www.ascait.org*.; AA.VV., *Matrimonio e processo per un nuovo umanesimo*. *Il M.P. Mitis Iudex Dominus Iesus di Papa Francesco*, a cura di Paolo Palumbo, Giappichelli, Torino, 2016; Angelo Spilla, *La riforma del processo matrimoniale canonico di papa Francesco*, in *Guttadauro*, *Annali*, voll. 15-16, 2015-2016, pp. 227-259; Mario Ferrante, *Riforma del processo matrimoniale canonico e delibazione*, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, vol. 2, pp. 313-336.

2. *Il favor "celeritatem" matrimonii tra abolizione dell'obbligo della doppia sentenza conforme e riforma del sistema dell'appello*

La descritta modifica della disciplina dell'appello si inserisce nell'alveo di un più ampio progetto di politica legislativa volto a far superare al fedele medio la percezione della giustizia della Chiesa, come qualcosa di talmente complesso e farraginoso da indurlo a rinunciare (spesso senza neanche informarsi sugli effettivi tempi tecnici di un processo di nullità) ad intraprendere la via giudiziaria per chiarire la propria situazione matrimoniale.

Ed è proprio a tale situazione socio-culturale ed ecclesiale che la riforma ha voluto porre rimedio, muovendosi lungo tre principali direttrici: la pastoralità, la velocità la gratuità[2].

Relativamente allo snellimento delle procedure, oltre all'introduzione, accanto al tradizionale processo ordinario, del processo c.d. "più breve" (*brevior*) - locuzione significativa con la quale si vuole evidentemente fare intendere che anche l'altro tipo di processo (quello ordinario) deve ormai considerarsi breve - si sono posti in essere tutta una serie di correttivi procedurali per velocizzare l'*iter* processuale.

Anche gli appelli, sempre nell'ottica di una semplificazione delle procedure, hanno subito un radicale ridimensionamento. Come detto, infatti, è stato introdotto una sorta di giudizio previo di ammissione dell'appello (anche se non è tecnicamente prevista un'udienza filtro analoga a quella del processo civile) volto a verificare se questo (si ripete, solo qualora rivolto contro una sentenza affermativa) sia da considerarsi o meno come "meramente dilatorio". Nessun filtro, invece, è ovviamente previsto avverso le sentenze negative di rigetto della richiesta di declaratoria di nullità, sia perché queste ultime non modificano la realtà giuridica preesistente, sia perché non si vuole comprimere ingiustificatamente il diritto di ogni fedele all'accertamento della verità circa il proprio *status* matrimoniale[3].

---

[2] Per un'analisi delle tre direttrici mi permetto di rinviare a Mario Ferrante, *La riforma del processo canonico di nullità matrimoniale*, Focus su Newsletter OLIR.it, Anno XII, n. 10/2015; In argomento si veda anche Dominique Mamberti, *"Quam primum salva iustitia" (c. 1453). Celeridad y justicia en el proceso de nulidad matrimonial renovado*, in *Ius communionis*, IV (2016), p. 184; Manuel Jesus Arroba Conde, *Giusto processo e peculiarità culturali del processo canonico*, Aracne editrice, Roma, 2016, pp. 23 ss.; Arianna Catta, *Giusto processo e verità della decisione nel diritto canonico*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2017, pp. 58 ss.

[3] Cfr. Paolo Moneta, *L'appello nel nuovo processo matrimoniale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, *Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, n. 21 del 2017, p. 6, il quale ricorda che: "per le sentenze negative rimane in vigore la disciplina comune, in particolare quella riguardante le cause sullo stato delle persone, espressamente richiamata - in mancanza di una nuova specifica regolamentazione - dallo stesso *motu proprio* (can. 1691 § 3)7. Questa seconda impostazione, oltre a profilarsi come maggioritaria in dottrina, risulta seguita nella prassi comunemente adottata dal Tribunale Apostolico della Rota Romana e accolta in alcune pronunce che hanno per prime espressamente affrontato l'argomento. Da essa derivano due importanti conseguenze. La prima, che le disposizioni procedurali previste dal *motu proprio* in ordine alla fase preliminare del giudizio di appello (can. 1680 § 2) vanno seguite soltanto per l'appello contro sentenze affermative. Soltanto per queste, e non per quelle negative, è dunque richiesto il controllo preliminare diretto a respingere *in limine litis* gli appelli meramente dilatori e a confermare per decreto la precedente sentenza. La seconda importante conseguenza riguarda la perentorietà dei termini per l'appello e, correlativamente, i requisiti richiesti per esperire la NCP. Secondo l'impostazione che stiamo seguendo, la sentenza negativa rimane soggetta ad appello senza limiti di tempo, così come si ritiene, più in generale, per le sentenze emanate

Per la verità, non si tratta di per sé di una novità assoluta, in quanto qualcosa di simile era già prevista dal vecchio can. 1682, § 2 in base al quale era possibile confermare "sollecitamente" (*continenter*) la decisione affermativa di primo grado, anche in presenza di appelli[4].

La novità risiede, semmai, nell'inusuale terminologia adottata dal *Motu proprio* che parla di appello "meramente dilatorio" e non di appello "evidentemente infondato" come pure sarebbe stato lecito attendersi[5]. Neppure si parla di "improcedibilità" dell'appello che, tecnicamente, riguarda i vizi congeniti dell'atto d'impugnazione che impediscono di instaurare validamente il giudizio di gravame.

In altri termini, argomentando dalla terminologia adottata, sembra quasi che il tribunale d'appello debba guardare non tanto e non solo ai motivi giuridici che possono rendere l'appello più o meno fondato in diritto, bensì a quelli personali o magari (per il caso di eventuale delibazione) economici che possono avere indotto la parte soccombente (che si opponeva alla nullità) a proporre appello, respingendo, così, *in limine litis* appelli fatti per motivazioni non strettamente di coscienza[6].

Infine, sempre nell'ottica di "sveltire la fine", è stato abrogato il c.d. principio della doppia sentenza conforme, ossia della regola in virtù della quale un matrimonio poteva essere dichiarato nullo solo in seguito ad una duplice pronuncia in favore della nullità matrimoniale da parte di due diversi tribunali ecclesiastici competenti e ciò anche in assenza di appelli di parte con l'effetto pratico di ridurre (di circa sei mesi/un anno) la tempistica per la declaratoria di nullità anche del processo ordinario[7].

---

in materia di stato delle persone. Soltanto in presenza di una duplice sentenza conforme negativa la nuova trattazione della causa è subordinata alla presenza dei requisiti richiesti in via generale per lo speciale mezzo di impugnazione costituito dalla NCP".

[4] Cfr. Manuel Jesus Arroba Conde, *Verità e principio della doppia sentenza conforme*, in AA.VV., *Verità e definitività della sentenza canonica*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1997, pp. 67 ss.

[5] In tal senso cfr. Nicola Colaianni, *Il giusto processo di delibazione e le "nuove" sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, dicembre 2015, p. 22; Geraldina Boni, *Riforma del processo di nullità matrimoniale e questioni emergenti in tema di exequatur delle sentenze canoniche*, in AA.VV., *Le sfide delle famiglie tra diritto e misericordia. Confronti ad un anno dalla riforma del processo di nullità matrimoniale nello spirito dell'*Amoris Laetitia, a cura di Paolo Palumbo, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 113 ss.; Id., *La riforma del processo canonico di nullità matrimoniale: il complicarsi progressivo del quadro delle fonti normative (parte prima)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, gennaio 2018, pp. 1-78.

[6] Condivide l'idea che possa essere questa la possibile ratio della nuova normativa in materia di appello Paolo Moneta, *La dinamica processuale nel m.p. "Mitis Iudex"*, in corso di pubblicazione su *Ius Ecclesiae*, XXVIII, (2016), consultabile in *http://www.consociatio.org/repository/Moneta_Lumsa.pdf*, secondo cui si tratta di una "importante innovazione" che "si propone di scongiurare un uso distorto di questo mezzo di impugnazione. Avviene infatti non di rado che la parte convenuta che si era opposta alla richiesta di nullità, rimasta soccombente, si determini a proporre appello non per una sua legittima aspirazione ad ottenere giustizia, ma al solo fine di rivalsa verso il coniuge, con il solo intento di rendere più laboriosa la trattazione della causa e di ritardarne quanto più possibile la conclusione. Per evitare questo uso improprio delle garanzie giudiziarie, è stato previsto un giudizio preliminare di ammissibilità dell'appello".

[7] Benedetto XIV (Papa Lambertini), con la Costituzione apostolica *Dei miseratione*, promulgata il 3 novembre 1741, stabilì la necessità della doppia sentenza conforme sul medesimo capo di nullità matrimoniale giudicato in prima istanza per poter celebrare un nuovo matrimonio canonico. Ciò venne

3. Considerazioni sul concetto di appello "manifestamente dilatorio" (appellatio mere dilatoria)

La riforma processuale fortemente voluta da Papa Francesco – tra gli altri obiettivi perseguiti – ha cercato di ovviare alle ricordate lungaggini processuali, causate da un uso surrettizio di questo strumento di impugnazione della sentenza, imponendo un requisito di previa ammissibilità dell'appello il quale non deve presentarsi *ictu oculi* come "manifestamente dilatorio" (*appellatio mere dilatoria*). Come è evidente, si è in presenza di una espressione assai poco felice, in quanto ci si sarebbe attesi una diversa locuzione, come ad esempio quella di inammissibilità dell'appello che non sia "manifestamente infondato".

Invero, l'attuale formulazione normativa rischia di determinare una declaratoria di inammissibilità dell'appello rilevata d'ufficio ed effettuata *in limine litis* con il rischio di una irreversibile consumazione del diritto di impugnazione, atteso che essa non è sanabile, né, a sua volta, impugnabile o ricorribile.

Non è neppure chiaro quali debbano essere i parametri in base ai quali affermare che un appello è "manifestamente dilatorio". In particolare, non si comprende se questo filtro di ammissibilità, formulato dal giudice d'appello in via preliminare alla trattazione del giudizio di secondo grado, debba fondarsi o meno su di una cognizione piena o sommaria. Quest'ultima soluzione sembra preferibile tenuto conto che (sia nel can. 1680, § 2 che nel can. 1687, § 4) viene previsto che l'appello venga respinto con "decreto", evidentemente a carattere decisorio, che – in base al disposto del can. 1617 – deve esprimere "almeno sommariamente i motivi oppure rinviino ai motivi espressi in un altro atto"[8].

Si potrebbe asserire, in assenza di un'interpretazione autentica della norma, che si sia in presenza di una sorta di filtro volto ad evitare che un appello venga proposto solo per scopi dilatori cioè per "perdere tempo", ipotesi che - in Italia - potrebbe facilmente verificarsi allorquando una parte convenuta voglia prolungare i tempi del processo canonico in attesa che si definisca il divorzio civile in modo da stabilizzare gli effetti patrimoniali del divorzio evitando di perdere l'assegno divorzile anche nel caso in cui la sentenza canonica venga confermata e successivamente delibata[9].

---

disposto onde evitare gli abusi commessi da vescovi e tribunali, soprattutto in Polonia, nel dichiarare le nullità di matrimonio con processi frettolosi ed approssimativi.

[8] Sul punto cfr. Paolo Moneta, *La dinamica processuale nel m.p. "Mitis Iudex"*, cit., il quale evidenzia che: Non va peraltro dimenticato che questa nuova facoltà attribuita ai giudici d'appello incide su un diritto considerato ormai fondamentale in ogni ordinamento processuale: quello di richiedere un nuovo giudizio nei confronti di una sentenza ritenuta ingiusta. C'è quindi da augurarsi che i giudici facciano uso di tale facoltà con molta prudenza ed equilibrio, onde evitare che il diritto d'appello venga ad essere eccessivamente compromesso o addirittura vanificato".

[9] Cfr. Paolo Moneta, *L'appello nel nuovo processo matrimoniale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 21 del 2017, p. 6, il quale ricorda che: "Questo naturalmente non può significare che si debba fare un processo alle intenzioni, o compiere "una pregiudiziale valutazione sulle recondite tattiche o addirittura sui sentimenti e gli impulsi interiori delle parti". Si è però indotti a ritenere che il collegio giudicante debba considerare non soltanto l'evidente infondatezza dell'appello alla luce del merito della causa, ma anche il comportamento complessivamente tenuto dalla parte appellante nel precedente giudizio e nella fase iniziale di quello nuovo. Da tale modo d'agire potrebbe infatti desumersi con chiarezza che essa è stata costantemente animata non da un anelito di giustizia e da amore per la verità, ma da più bassi intenti di rivalsa verso colui che è stato il proprio coniuge, osta-

Se così fosse, si tratterebbe di una valutazione assai discutibile in quanto, come è stato opportunamente sottolineato, questa "vivisezione del 'comportamento complessivamente tenuto' per desumerne che la parte non è animata da un anelito di giustizia e da amore per la verità, ma da più bassi intenti di rancore, vendetta e rappresaglia non possono non suscitare apprensione per la loro lampante discutibilità (*de internis non iudicat praetor*). E soprattutto ci sembra si sovrapponga - e si mescoli - ammissibilità e infondatezza dell'appello, giudizio sul rito ovvero sul merito"[10].

In base al testo normativo, la valutazione del giudice di secondo grado sembra caratterizzata da un apprezzamento altamente discrezionale, specie ove si consideri che il riferimento alla circostanza che l'appello non debba essere "manifestamente dilatorio" e non, come sarebbe stato lecito attendersi, "manifestamente infondato", lascia spazio quasi ad un processo alle intenzioni, non risultando chiaro se tale valutazione debba essere fondata sui presupposti giuridici dell'atto di appello e sulla sua fondatezza *in iure et in facto* (come sarebbe auspicabile), oppure se prescinda da tali elementi oggettivi per basarsi, invece, sulla condotta processuale (più o meno ostruzionistica) tenuta dalla parte in primo grado e sulle motivazioni personali che possono spingere una parte a proporre appello per temporeggiare in vista del conseguimento di fini extraprocessuali. Argomentando in tal modo, però, si rischia di svuotare di significato l'appello come mezzo d'impugnazione, cosa tanto più grave ove si consideri che si è in presenza di giudizi caratterizzati da interessi superindividuali a carattere pubblico che riguardano non solo le parti del processo ma anche la comunità ecclesiale di riferimento[11].

4. *L'interpretazione giurisprudenziale della Rota Romana: il decreto Coram Jagger del 22 marzo 2017*

Tra le prime interpretazioni della giurisprudenza rotale volte a chiarire "*Quidnam subtilius significet appellationem mere dilatoriam evidenter apparere*" si segnala il decreto inedito *Coram Jagger* del 22 marzo 2017 (prot. 23.154) in commento che for-

---

colando e ritardando (dilazionando) il più possibile il conseguimento della nullità del matrimonio".

[10] In tal senso Geraldina Boni, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi (parte seconda)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, marzo 2016, pp. 58-59, la quale conclude affermando: "Circola invero, in generale, nel Motu Proprio un generale sfavore per l'appello: è vero che esso allunga inevitabilmente i tempi del processo, ma la sua funzione è essenziale al servizio della verità. La possibilità di appellare le sentenze e di riesaminare le valutazioni del primo giudice (tendenzialmente stese per iscritto: da ciò la fissazione del principio della scrittura, all'epoca in funzione altamente garantista) è stata un capitale traguardo di civiltà, cui la Chiesa, nella storia, non è estranea, anzi ha ricoperto un ruolo cruciale. Un'eredità, dunque, che non va sperperata" (p.63).

[11] Cfr. Joachin Llobell, *Questioni circa l'appello e il giudicato nel nuovo processo matrimoniale. (Con brevi considerazioni sul "Tavolo di lavoro" per l'Italia)*, in *Ephem. iur. can.*, LVI, 2016, p. 416 ss.; Gian Paolo Montini, *Dopo la decisione giudiziale: appello e altre impugnazioni, in La riforma dei processi matrimoniali di Papa Francesco*, a cura della Redazione di *Quaderni di diritto ecclesiale*, Ancora, Milano, 2016, pp. 114 ss., il quale ricorda che occorre tener conto della tradizione canonica e della "sensibilità del diritto canonico contro ogni formalismo, a favore della verità sostanziale". Pertanto "i giudici che si troveranno di fronte a motivi di appello di fatto presentati evidentemente in se stessi dilatori o addirittura assenti, ma ad una sentenza che evidentemente appare loro infondata, dovranno rifiutare di confermarla con decreto e ammetterla alla trattazione in appello".

nisce un'interessante interpretazione che sembra confortare quanto sin qui asserito. In effetti, secondo quanto si legge nel citato decreto, "*Utcumque, in iuris canonici ambitu, Tribunalis facultas appellationem non admittendi strictae subicienda videtur interpretationi, sive cum lex eandem statuens 'exceptionem a lege contineat' (cf. can. 18), sive cum 'liberum iurium exercitium coarctet' (cf. ibid.), ideoque caute sit adhibenda*" [12].

Una volta stabilita questa, condivisibile, interpretazione restrittiva del filtro posto dalla nuova normativa all'appello, il decreto individua quali possano essere gli eventuali criteri da utilizzare, facendo un riferimento di diritto comparato ai codici di procedura degli ordinamenti statali da cui trarre utili spunti in tal senso, in attesa che "*iurisprudentia, Huius praesertim Apostolici Tribunalis, progrediemte tempore ulterius explicare utique sataget*".

Adoperando il suddetto criterio, la giurisprudenza rotale richiama il concetto civilistico di lite temeraria ("*appellationis temerariae*"), verificando se l'appello proposto dalla parte soccombente del precedente grado di giudizio "*haud mera alchimia ostativa censeatur*" [13].

Invero, non si deve dimenticare – come ricorda anche il decreto in commento - che prima del venire meno del principio della doppia sentenza conforme (*ex* can. 1679) era prevista - in base al disposto del can. 1682, § 2 - la c.d. procedura abbreviata, ossia la possibilità di ratificare con decreto (avente valore giudiziale) la prima sentenza affermativa e ciò anche nel caso in cui una delle parti (pubblica o privata o entrambe) avesse fatto appello. Ciò significa che il Legislatore canonico "non ha accordato alla volontà di proseguire il contraddittorio una forza in sé stessa impeditiva per procedere al decreto di ratifica"[14]. Ricorda, significativamente sul punto, il decreto in esame: "*Ceterum, etiam sub regimine abrogati can. 1682, § 2 (qui secundi gradus de causae merito decisionem ferri sivit absque appellationis processu seu per decretum primi gradus adfirmativam confirmans sententiam) observatum est: 'aequum utcumque esse ut de appellatione partis succumbentis seu Conventae resistentis, cuius resistentia haud mera alchimia obstativa censeatur, per processum videatur in contradictorio celebratum (cf. coram Vaccarotto, decr. Diei 11 decembris 2014, B. Bis 177/2014, Sancti Marci Argentanen. Scaleen., n.5)*"[15].

---

[12] Lo stesso uditore rotale aveva espresso lo stesso principio in un precedente decreto del 5 luglio 2016 (B.Bis 51/2016), nel quale si afferma che la facoltà del tribunale di non ammettere l'appello deve essere soggetta a stretta interpretazione ai sensi del can. 18, non solo perché "*exceptionem a lege continet*", ma anche in quanto "*liberum iurium exercitium coarctat*", aggiungendo che il can. 1680 § 2 ha voluto significare che "*non omnem 'appellationem mere dilatoriam' reici posse, verum tantummodo appellationem, quae 'evidenter' seu veluti inde a primo oculi ictu, ut ita dicamus, mere dilatoria appareat*".

[13] Il citato decreto prosegue ricordando che "*Ius vero anglicum, haud secus ac alii iuris ordines, qui ex eodem traxerint originem, distinguit inter appellationes ipso iure admittendas et eas pro quarum admissione licentia requiratur Tribunalis; de qua licentia, in Civil Procedure Rules 52.3 (4B) (6), statuitur: 'Permission to appeal may be given only where – (a) the court considers that the appeal would have a real prospect of success; or (b) there is some other compelling reason why the appeal should be heard*".

[14] Così Manuel Jesus Arroba Conde, *Verità e principio della doppia sentenza conforme*, in AA.VV., *Verità e definitività della sentenza canonica*, cit., p. 67 che prosegue "così come ha ritenuto irrilevante l'inesistenza di tale volontà per accordare forza esecutiva alla prima sentenza".

[15] Sul punto si veda anche il Decreto 23 giugno 2016 coram Todisco - Prot. 22.507 in cui dopo essersi precisato che "*Circa ritum quaestionis, Iudex explorare debet an omnia elementa essentialia pro*

Inoltre, occorre ricordare che, anche nell'ambito del diritto processuale italiano (richiamato anche dalla citata giurisprudenza rotale)[16], esiste da alcuni anni un istituto analogo ed esattamente quello previsto dall'art. 348 *bis* cod. proc. civ.[17], a mente del quale, "fuori dei casi in cui deve essere dichiarata con sentenza l'inammissibilità o l'improcedibilità dell'appello, l'impugnazione è dichiarata inammissibile dal giudice competente quando non ha una ragionevole probabilità di essere accolta..."[18].

Proprio per tale similitudine – anche per l'interpretazione che di questa novità legislativa viene data da queste prime interpretazioni giurisprudenziali, tra cui quella in commento - nonostante l'infelice formulazione adottata dalla riforma, non sembra che il giudizio previo di ammissibilità dell'appello possa costituire un elemento ostativo

---

appellatione exhibita sint; singillatim, ad mentem can. 1679, exquirere debet an appellatio contra sententiam adfirmativam intra tempus peremptorium iuxta can. 1630 CIC, et etiam an prosecutio eiusdem appellationis, ad mentem can. 1680 § 2, intra tempus utile interpositae sint, vel non", si legge che: "*Iustus Iudex ad admittendam vel ad confirmandam sententiam adfirmativam, oculos vertere debet minime ad intentionem dilatoriam subiectivam appellantis vel ad vacuitatem argumentorum ab appellante allatorum sed maxime ad iustitiam vel iniustitiam obiectivam sententiae appellatae*". Nello stesso senso si esprime un decreto dell'11 ottobre 2016 coram Salvatori (prot. 22.963) in cui si afferma che: "*Potissimum de merito causae – non de mero fondamento quidem ipsius appellationis – Turnum vel Collegium videndum esse animadvertendum est"*.

[16] Il decreto rotale in commento sul punto afferma: "*Ita, exempli gratia, novatus art. 348-bis italici Codicis procedurae civilis statuit appellationem* "è dichiarata inammissibile dal giudice competente quando non ha una ragionevole probabilità di essere accolta"". Il citato decreto prosegue ricordando che "*Ius vero anglicum, haud secus ac alii iuris ordines, qui ex eodem traxerint originem, distinguit inter appellationes ipso iure admittendas et eas pro quarum admissione licentia requiratur Tribunalis; de qua licentia, in Civil Procedure Rules 52.3 (4B) (6), statuitur: 'Permission to appeal may be given only where – (a) the court considers that the appeal would have a real prospect of success; or (b) there is some other compelling reason why the appeal should be heard*".

[17] Il Decreto Sviluppo 2012 ha introdotto una novità legislativa molto rilevante, nell'ottica di ridurre il carico di lavoro delle Corti d'appello. È stata inserita una sorta di udienza filtro, in cui il giudice è tenuto a prognosticare la ragionevole probabilità di accoglimento dell'appello e, in caso negativo, a dichiararlo inammissibile con ordinanza non reclamabile. Curiosamente tale filtro non si applica, tra le altre cose, quando "l'appello è proposto a norma dell'articolo 702-quater". Si tratta di una scelta che forse "può essere stata determinata dalla volontà del legislatore di incentivare il ricorso all'art. 702 bis c.p.c., anche se appare irragionevole che le cause astrattamente complesse, per le quali è stata predisposta una trattazione più celere in primo grado, siano poi assoggettate a cognizione più approfondita in appello". Così Cesare Taraschi, *Manuale di diritto processuale civile*, Edizioni Giuridiche Simone, Napoli, 2015, p. 461.

[18] Tra le prime applicazioni pratiche dell'art. 348 bis, si segnala, ad esempio, l'ordinanza della Corte d'Appello di Roma del 25 gennaio 2013, in *Pluris banca data on line,* la quale ha affermato che "il senso della riforma" è quello di "interdire l'accesso alle (ed alle sole) impugnazioni dilatorie e pretestuose". Nello stesso senso Corte d'Appello de L'Aquila Sez. lavoro, del 03 04 aprile 2014, in *Pluris banca data on line*, dove si legge che "L'udienza filtro di cui all'art. 348 bis c.p.c. è quell'udienza in cui il Giudice è tenuto a pronosticare la probabilità di accoglimento dell'appello e, in caso negativo, a dichiararlo inammissibile con ordinanza non reclamabile". Sul punto si è anche pronunciata la Cassazione civile Sez. VI - 2 con Ordinanza del 27 marzo 2014, n. 7273, in *Pluris banca data on line*, che ha stabilito il seguente principio di diritto: "Il tenore letterale dell'articolo 348-bis c.p.c., evidenzia che il campo di applicazione dell'ordinanza di inammissibilità è quello dell'impugnazione manifestamente infondata nel merito. Quando l'ordinanza di inammissibilità ex articolo 348-ter c.p.c., venga emanata entro il suo ambito applicativo proprio, non vi è spazio per un'autonoma ricorribilità per cassazione della stessa, neppure con il ricorso straordinario ai sensi dell'articolo 111 Cost.".

alla delibazione delle sentenze che, per ipotesi, siano divenute esecutive mediante l'applicazione del suddetto filtro[19].

Ne consegue che anche questa novità introdotta dalla riforma può, da un lato, considerarsi compatibile con i princìpi che regolano il sistema processuale italiano e, dall'altro, trovare un significativo precedente nella normativa canonica *ante* riforma che non aveva dato luogo, in passato, a problemi di delibazione, come nel ricordato caso in cui si fosse voluto delibare una sentenza divenuta esecutiva in forza dell'abrogato can. 1682, § 2, vale a dire tramite un mero decreto di ratifica emesso avvalendosi della c.d. procedura abbreviata anche in presenza di appello.

In altri termini, sembra, in merito, potersi ancora una volta invocare la "specificità dell'ordinamento canonico", rimanendosi entro quella soglia di tollerabilità prevista dagli impegni concordatari (art. 4 lett. b) Prot addiz.).

[19] In argomento cfr. Luigi Lacroce, *Il riconoscimento in Italia delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale dopo la riforma del processo matrimoniale canonico introdotta con il M. P. «Mitis Iudex Dominus Iesus»*, in *Ephem. iur. can.*, LVI, 2016, p. 527 ss

Presentazione

La sezione di Legislazione e giurisprudenza civile del presente numero si caratterizza per l'interesse dei documenti pubblicati, sia legislativi che giurisprudenziali.

In ambito legislativo è posto in evidenza il testo della Legge 22 dicembre 2017, n. 219, recante "Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento", cui segue il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 noto come "Codice del Terzo settore", con riferimento all'art. 4. Con quest'ultimo provvedimento si completa l'attuazione della legge 106/2016 "Delega al Governo per la riforma del terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale". Il Codice, che "provvede al riordino e alla revisione organica della disciplina vigente in materia di enti del Terzo settore" ha radici importanti e si lega all'attuazione degli articoli 2, 3, 4, 9, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione.

Per la parte giurisprudenziale, in evidenza la sentenza della Corte di Cassazione - Sezioni Unite - (sentenza n. 21541/2017) che definisce i confini entro cui si estende la giurisdizione italiana per le controversie di lavoro promosse contro enti ecclesiastici operanti sul territorio nazionale.

La vicenda da cui trae spunto la sentenza riguarda il licenziamento comminato dalla Pontificia Università Lateranense nei confronti di un proprio dipendente, che ha chiesto la reintegra sul posto di lavoro.

Proseguendo, con le sentenze n. 11165 e n. 11166 dell'8.5.2017, entrambe aventi ad oggetto l'assegno per il nucleo familiare numeroso (ANF) di cui all'art. 65 Legge 448/1998, la Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso dell'INPS avverso la sentenza del 22 maggio 2015 della Corte d'Appello di Milano chiarendo una serie di questioni cruciali in materia di azione discriminatoria. Le associazioni iscritte nell'elenco di cui all'art. 5 d.lgs. 215/03 (riguardante le discriminazioni per razza e origine etnica) hanno legittimazione attiva anche per le discriminazioni collettive basate sul fattore "nazionalità".

In materia di bioetica, è stata pubblicata una sentenza della Corte di Cassazione (n. 14158/2017) in materia di rifiuto delle cure per motivi religiosi, corredata dal commento di Lucia Scaleta.

In tema di unioni di fatto, la Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione con la sentenza n. 14878 del 15 giugno 2017 accogliendo la richiesta di due cittadine italiane, coniugate nel Regno Unito, ha sancito la non contrarietà all'ordine pubblico internazionale della rettifica, in Italia, conformemente all'atto britannico già validamente rettificato, del certificato di nascita del figlio, a seguito di fecondazione assistita, in quanto riportava solamente il cognome della madre originariamente solo di una donna italiana. La vicenda traeva origine dal diniego sia dell'Ufficiale di Stato civile che del Tribunale e successivamente della Corte di Appello che avevano rifiutato la correzione in quanto ritenuta contraria all'ordine pubblico.

La sezione della giurisprudenza civile di questo numero è inoltre arricchita da due sentenze in materia di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale ed una inerente il procedimento di impugnazione del riconoscimento del figlio naturale.

Con la sentenza del 10.08.17 la Corte Appello di Trieste ha affrontato la questione processuale di particolare rilievo per le azioni antidiscriminatorie relative ai rapporti di lavoro.

La Corte ha stabilito che dette azioni debbano essere assegnate alla sezione lavoro

del Tribunale anche se si svolgono con il rito di cui all'art. 28 d.lgs. 150/2011 (e dunque con il rito sommario di cognizione ex art. 702bis cpc). Ne segue che, anche le azioni riguardanti il diritto alla assunzione (e non la rivendicazione di un diritto nell'ambito di un rapporto di lavoro già costituito), vengono correttamente assegnate al giudice del lavoro; e ne segue altresì che l'azione "che ha ad oggetto il diritto soggettivo a non essere discriminati nell'accesso al lavoro deve ritenersi senz'altro devoluta alla cognizione del Giudice del Lavoro, rientrando nel novero di quelle contemplate dall'art. 409 c.p.c" indipendentemente dal fatto che il rito applicato sia quello antidiscriminatorio.

La sezione giurisprudenziale dedicata alla Corte di Cassazione si conclude con una rassegna di Paolo Di Marzio.

Sempre in tema di discriminazione e immigrazione, il Tribunale di Genova, con ordinanza del 28 luglio 2017, ha accolto il ricorso per condotte antidiscriminatorie dei Comuni di Alassio e Carcare. Il ricorso era contro due ordinanze: l'ordinanza del Comune di Alassio vietava alle "persone prive di fissa dimora, provenienti da paesi dell'area africana, asiatica e sud americana, se non in possesso di regolare certificato sanitario attestante la negatività da malattie infettive trasmissibili, di insediarsi anche occasionalmente nel territorio comunale". Analogamente, l'ordinanza del Comune di Carcare, vietava la "dimora, anche occasionale, di persone provenienti da paesi dell'area africana o asiatica presso qualsiasi struttura di accoglienza, prive di regolare certificato sanitario attestante le condizioni sanitarie e l'idoneità a soggiornare".

In tema di famiglia, con una originale decisione, il Tribunale di Padova, sentenza 8 settembre 2017 n. 2102, applicando, in base ad un Regolamento europeo, la legge marocchina ha sancito il divorzio immediato di una coppia residente in Italia, senza passare per la fase di separazione.

Il Collegio, per prima cosa, ha affrontato la questione relativa alla giurisdizione italiana. A questo proposito, si legge, "assume particolare rilievo" l'articolo 3 paragrafo 1, lett. a, del Regolamento CE n. 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003 (c.d. Bruxelles II Bis), che individua, in caso di domanda congiunta "la competenza dell'autorità giurisdizionale dello Stato membro nel cui territorio si trova la residenza abituale di uno dei coniugi", per cui "essendo entrambi i coniugi residenti in Italia da prima della data del matrimonio, sussiste la giurisdizione del giudice italiano".

Quanto invece alla legge sostanziale applicabile alla domanda di divorzio, prosegue la decisione, trova applicazione il Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 (cd. Roma III), in vigore anche in Italia, il cui articolo 5 prevede: "I coniugi possono designare di comune accordo la legge applicabile al divorzio e alla separazione personale purché si tratti di una delle seguenti leggi: a) la legge dello Stato della residenza abituale dei coniugi al momento della conclusione dell'accordo; o b) la legge dello Stato dell'ultima residenza abituale dei coniugi se uno di essi vi risiede ancora al momento della conclusione dell'accordo; o c) la legge dello Stato di cui uno dei coniugi ha la cittadinanza al momento della conclusione dell'accordo; o d) la legge del foro".

In questo caso, prosegue la decisione, applicando il criterio fissato alla lettera c), trova applicazione la legge del Marocco e in particolare il Codice di famiglia (legge n. 70 dell'8 marzo 2003), entrato in vigore l'8 marzo 2004, che si applica a tutti i cittadini marocchini, compresi coloro i quali hanno un'altra cittadinanza (articolo 2).

Sempre in tema di famiglia, sono state selezionate tre sentenze rispettivamente in materia di trascrizione tardiva *post mortem* (Cass. sent. 12 marzo 2018, n. 5894), libertà religiosa del minore (Cass. sent. 24 maggio 2018, n. 12954, con nota di commento di Roberta Santoro) e delibazione di una sentenza episcopale pronunciata al termine di un

processo matrimoniale più breve (C. app. Lecce sent. 2 febbraio 2018, n. 7, con nota di commento di Raffaele Santoro).

La Sezione raccoglie inoltre una sentenza del Tribunale di Paola in materia di risarcimento del danno morale ed esistenziale in caso di matrimonio rovinato a causa di un servizio di catering che ha somministrato agli invitati cibo avariato. Si conclude con una ordinanza del Tribunale di Pistoia in materia di *stepchild adoption*.

Legge 22 dicembre 2017, n. 219 - Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento.

Trattamenti sanitari – Disposizioni anticipate di trattamento – Autodeterminazione – Consenso informato

Art. 1.
Consenso informato

1. La presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge.

2. È promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico. Contribuiscono alla relazione di cura, in base alle rispettive competenze, gli esercenti una professione sanitaria che compongono l'*équipe* sanitaria. In tale relazione sono coinvolti, se il paziente lo desidera, anche i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di fiducia del paziente medesimo.

3. Ogni persona ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi.

Può rifiutare in tutto o in parte di ricevere le informazioni ovvero indicare i familiari o una persona di sua fiducia incaricati di riceverle e di esprimere il consenso in sua vece se il paziente lo vuole. Il rifiuto o la rinuncia alle informazioni e l'eventuale indicazione di un incaricato sono registrati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.

4. Il consenso informato, acquisito nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente, è documentato in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare. Il consenso informato, in qualunque forma espresso, è inserito nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.

5. Ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, con le stesse forme di cui al comma 4, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso. Ha, inoltre, il diritto di revocare in qualsiasi momento, con le stesse forme di cui al comma 4, il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento. Ai fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica,

di nutrienti mediante dispositivi medici. Qualora il paziente esprima la rinuncia o il rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza, il medico prospetta al paziente e, se questi acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative e promuove ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica. Ferma restando la possibilità per il paziente di modificare la propria volontà, l'accettazione, la revoca e il rifiuto sono annotati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.

6. Il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare

al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale. Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali.

7. Nelle situazioni di emergenza o di urgenza il medico e i componenti dell'*équipe* sanitaria assicurano le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirla.

8. Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura.

9. Ogni struttura sanitaria pubblica o privata garantisce con proprie modalità organizzative la piena e corretta attuazione dei principi di cui alla presente legge, assicurando l'informazione necessaria ai pazienti e l'adeguata formazione del personale.

10. La formazione iniziale e continua dei medici e degli altri esercenti le professioni sanitarie comprende la formazione in materia di relazione e di comunicazione con il paziente, di terapia del dolore e di cure palliative.

11. È fatta salva l'applicazione delle norme speciali che disciplinano l'acquisizione del consenso informato per determinati atti o trattamenti sanitari.

Art. 2.

Terapia del dolore, divieto di ostinazione irragionevole nelle cure e dignità nella fase finale della vita

1. Il medico, avvalendosi di mezzi appropriati allo stato del paziente, deve adoperarsi per alleviarne le sofferenze, anche in caso di rifiuto o di revoca del consenso al trattamento sanitario indicato dal medico. A tal fine, è sempre garantita un'appropriata terapia del dolore, con il coinvolgimento del medico di medicina generale e l'erogazione delle cure palliative di cui alla legge 15 marzo 2010, n. 38.

2. Nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati. In presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente.

3. Il ricorso alla sedazione palliativa profonda continua o il rifiuto della stessa sono motivati e sono annotati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.

Art. 3.

Minori e incapaci

1. La persona minore di età o incapace ha diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione, nel rispetto dei diritti di cui all'articolo 1, comma 1. Deve ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per essere messa nelle condizioni di esprimere la sua volontà.

2. Il consenso informato al trattamento sanitario del minore è espresso o rifiutato

dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità.

3. Il consenso informato della persona interdetta ai sensi dell'articolo 414 del codice civile è espresso o rifiutato dal tutore, sentito l'interdetto ove possibile, avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita della persona nel pieno rispetto della sua dignità.

4. Il consenso informato della persona inabilitata è espresso dalla medesima persona inabilitata. Nel caso in cui sia stato nominato un amministratore di sostegno la cui nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, il consenso informato è espresso o rifiutato anche dall'amministratore di sostegno ovvero solo da quest'ultimo, tenendo conto della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere.

5. Nel caso in cui il rappresentante legale della persona interdetta o inabilitata oppure l'amministratore di sostegno, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT) di cui all'articolo 4, o il rappresentante legale della persona minore rifiuti le cure proposte e il medico ritenga invece che queste siano appropriate e necessarie, la decisione è rimessa al giudice tutelare su ricorso del rappresentante legale della persona interessata o dei soggetti di cui agli articoli 406 e seguenti del codice civile o del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria.

Art. 4.

Disposizioni anticipate di trattamento

1. Ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari. Indica altresì una persona di sua fiducia, di seguito denominata «fiduciario», che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie.

2. Il fiduciario deve essere una persona maggiorenne e capace di intendere e di volere. L'accettazione della nomina da parte del fiduciario avviene attraverso la sottoscrizione delle DAT o con atto successivo, che è allegato

alle DAT. Al fiduciario è rilasciata una copia delle DAT. Il fiduciario può rinunciare alla nomina con atto scritto, che è comunicato al disponente.

3. L'incarico del fiduciario può essere revocato dal disponente in qualsiasi momento, con le stesse modalità previste per la nomina e senza obbligo di motivazione.

4. Nel caso in cui le DAT non contengano l'indicazione del fiduciario o questi vi abbia rinunciato o sia deceduto o sia divenuto incapace, le DAT mantengono efficacia in merito alle volontà del disponente. In caso di necessità, il giudice tutelare provvede alla nomina di un amministratore di sostegno, ai sensi del capo I del titolo XII del libro I del codice civile.

5. Fermo restando quanto previsto dal comma 6 dell'articolo 1, il medico è tenuto al rispetto delle DAT, le quali possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie

non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita. Nel caso di conflitto tra il fiduciario e il medico,

si procede ai sensi del comma 5, dell'articolo 3.

6. Le DAT devono essere redatte per atto pubblico o per scrittura privata autenticata ovvero per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del comune di residenza del disponente

medesimo, che provvede all'annotazione in apposito registro, ove istituito, oppure presso le strutture sanitarie, qualora ricorrano i presupposti di cui al comma 7. Sono esenti dall'obbligo di registrazione, dall'imposta di bollo e da qualsiasi altro tributo, imposta, diritto e tassa. Nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente non lo consentano, le DAT possono essere espresse attraverso videoregistrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare. Con le medesime forme esse sono rinnovabili, modificabili e revocabili in ogni momento. Nei casi in cui ragioni di emergenza e urgenza impedissero di procedere alla revoca delle DAT con le forme previste dai periodi precedenti, queste possono essere revocate con dichiarazione verbale raccolta o videoregistrata da un medico, con l'assistenza di due testimoni.

7. Le regioni che adottano modalità telematiche di gestione della cartella clinica o il fascicolo sanitario elettronico

o altre modalità informatiche di gestione dei dati del singolo iscritto al Servizio sanitario nazionale possono, con proprio atto, regolamentare la raccolta di copia delle DAT, compresa l'indicazione del fiduciario, e il loro inserimento nella banca dati, lasciando comunque al firmatario la libertà di scegliere se darne copia o indicare dove esse siano reperibili.

8. Entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, il Ministero della salute, le regioni e le aziende sanitarie provvedono a informare della possibilità di redigere le DAT in base alla presente legge, anche attraverso i rispettivi siti internet.

Art. 5.

Pianificazione condivisa delle cure

1. Nella relazione tra paziente e medico di cui all'articolo 1, comma 2, rispetto all'evolversi delle conseguenze di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta, può essere realizzata una pianificazione delle cure condivisa tra il paziente e il medico, alla quale il medico e l' *équipe* sanitaria sono tenuti ad attenersi qualora il paziente venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso o in una condizione di incapacità.

2. Il paziente e, con il suo consenso, i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di sua fiducia sono adeguatamente informati, ai sensi dell'articolo 1, comma 3, in particolare sul possibile evolversi della patologia in atto, su quanto il paziente può realisticamente attendersi in termini di qualità della vita, sulle possibilità cliniche di intervenire e sulle cure palliative.

3. Il paziente esprime il proprio consenso rispetto a quanto proposto dal medico ai sensi del comma 2 e i propri intendimenti per il futuro, compresa l'eventuale indicazione di un fiduciario.

4. Il consenso del paziente e l'eventuale indicazione di un fiduciario, di cui al comma 3, sono espressi in forma scritta ovvero, nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente non lo consentano, attraverso video-registrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare, e sono inseriti nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico. La pianificazione delle cure può essere aggiornata al progressivo evolversi della malattia, su richiesta del paziente o su suggerimento del medico.

5. Per quanto riguarda gli aspetti non espressamente disciplinati dal presente articolo si applicano le disposizioni dell'articolo 4.

Art. 6.

Norma transitoria

1. Ai documenti atti ad esprimere le volontà del disponente in merito ai trattamenti sanitari, depositati presso il comune di residenza o presso un notaio prima della data di entrata in vigore della presente legge, si applicano le disposizioni della medesima legge.

Art. 7.

Clausola di invarianza finanziaria

1. Le amministrazioni pubbliche interessate provvedono all'attuazione delle disposizioni della presente legge nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

Art. 8.

Relazione alle Camere

1. Il Ministro della salute trasmette alle Camere, entro il 30 aprile di ogni anno, a decorrere dall'anno successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore della presente legge, una relazione sull'applicazione della legge stessa. Le regioni sono tenute a fornire le informazioni necessarie entro il mese di febbraio di ciascun anno, sulla base di questionari predisposti dal Ministero della salute.

La presente legge, munita del sigillo dello Stato, sarà inserita nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. È fatto obbligo a chiunque spetti di osservarla e di farla osservare come legge dello Stato.

Fonte: *www.gazzettaufficiale.it*

D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 117 – Codice del Terzo Settore a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106.

Terzo Settore – Organizzazioni di volontariato – Promozione sociale – Enti ecclesiastici civilmente riconosciuti

Art. 4
Enti del Terzo Settore

(*omissis*)

3. Agli enti religiosi civilmente riconosciuti le norme del presente decreto si applicano limitatamente allo svolgimento delle attività di cui all'articolo 5, a condizione che per tali attività adottino un regolamento, in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata, che, ove non diversamente previsto ed in ogni caso nel rispetto della struttura e della finalità di tali enti, recepisca le norme del presente Codice e sia depositato nel Registro unico nazionale del Terzo settore. Per lo svolgimento di tali attività deve essere costituito un patrimonio destinato e devono essere tenute separatamente le scritture contabili di cui all'articolo 13.

Fonte: *GU 2 agosto 2017, n. 179, S.O.*

Corte di Cassazione, Sezioni Unite
Sentenza 18 settembre 2017, n. 21541

Chiesa Cattolica – Enti Ecclesiastici – Rapporto di lavoro – Dipendenti – Lavoro – Rapporti Stato-confessioni religiose – Scuole confessionali – Giurisdizione – Enti centrali

La giurisdizione dello Stato italiano si estende anche alle controversie di lavoro promosse contro gli istituti di educazione e istruzione della Chiesa cattolica che operano all'interno del territorio nazionale, in quanto tali istituti non possono qualificarsi come "enti centrali", per i quali vige il principio di non ingerenza di cui all'art. 11 del Trattato lateranense del 1929.

Fonte: *www.olir.it*

Corte di Cassazione, Sezione Lavoro
Sentenze 8 maggio 2017, n. 11165 e 11166

Discriminazione collettiva – Nazionalità – Legittimazione attiva delle associazione ed enti iscritti nell'elenco di cui all'art. 5 del d.lgs. 215/2003 - Sussistenza

Le associazioni iscritte nell'elenco di cui all'art. 5 del d.lgs. 215 del 2003 hanno legittimazione attiva anche per le discriminazioni collettive basate sul fattore "nazionalità".

L'azione antidiscriminatoria collettiva è esperibile attraverso un atto amministrativo generale anche in via preventiva e anche a fronte di effetti pregiudizievoli solo potenziali, che aveva comunque avuto un immediato effetto dissuasivo sia nei confronti dei Comuni, indotti a non riconoscere l'assegno per le famiglie numerose agli stranieri lungosoggiornanti, sia nei confronti dei privati, indotti a non presentare le domande.

Fonte: *www.asgi.it*

Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile
Sentenza 7 giugno 2017, n. 14158

Testimone di Geova – Rifiuto delle cure per motivi religiosi – Incapacità di agire – Amministrazione di sostegno – Decreto del Giudice tutelare – Incidenza su diritti soggettivi personalissimi – Natura decisoria del decreto

Nei procedimenti in tema di amministrazione di sostegno, avverso il decreto con cui il giudice tutelare si sia pronunciato sulla domanda proposta dall'amministratore di sostegno di autorizzare ad esprimere, in nome e per conto dell'amministrato, il consenso o il rifiuto alla sottoposizione a terapie mediche, è sempre ammesso il reclamo alla Corte d'appello, ai sensi dell'art. 720-bis, comma 2, c.p.c., trattandosi di provvedimento definitivo avente natura decisoria su diritti soggettivi personalissimi (Principio enunciato dalla S.C. ex art. 363, comma 3, c.p.c.).

Fonte: *www.neldiritto.it*

Rifiuto delle trasfusioni per motivi religiosi, disposizioni anticipate di trattamento e amministrazione di sostegno: natura gestoria o decisoria del decreto di autorizzazione?

Lucia Scalera

1. *La sentenza*.

La sentenza della Corte di Cassazione, sezione I civile, 7 giugno 2017, n. 14158 - che, pronunciando l'inammissibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, ha enunciato il relativo principio di diritto, ai sensi dell'art. 363, co. 3, c.p.c. -[1] fornisce l'occasione per affrontare l'argomento del rifiuto della trasfusione di sangue da parte del Testimone di Geova.

Il principio di diritto affermato dalla Corte Suprema verte sul riconoscimento della natura decisoria - in quanto incidente su diritti soggettivi 'personalissimi' quali l'autodeterminazione nelle scelte sanitarie (art. 32 Cost.) e il rispetto delle proprie convinzioni religiose (art. 19 Cost.) - del decreto del Giudice tutelare che autorizza o meno l'amministratore di sostegno ad esprimere, per conto del beneficiario, il consenso o il rifiuto alla sottoposizione a terapie mediche (e, dunque, anche ad emotrasfusioni), con conseguente reclamabilità di tale decreto davanti alla Corte d'Appello ex art. 720*bis*, co. 2, c.p.c..

In particolare, la fattispecie in esame riguarda un Testimone di Geova divenuto incapace di provvedere a se stesso ma che in precedenza aveva sottoscritto scientemente un documento in cui esprimeva in maniera chiara il suo rifiuto alle terapie emotrasfusionali, anche se indispensabili alla sopravvivenza.

La vicenda prende le mosse dal rigetto, da parte del Giudice tutelare di Savona, dell'istanza dell'amministratore di sostegno - moglie del beneficiario Testimone di Geova - diretta a negare il consenso alla sottoposizione del marito a cure che prevedevano terapie emotrasfusionali. Contro il decreto di rigetto l'amministratore di sostegno ha proposto reclamo alla Corte d'Appello di Genova - chiedendone la riforma nella parte in cui era stata negata l'autorizzazione a manifestare il diniego del consenso alle trasfusioni - lamentando la violazione di principi fondamentali e costituzionalmente rilevanti dell'individuo quali l'autodeterminazione nelle scelte sanitarie e il rispetto delle convinzioni religiose. La Corte d'Appello adita, tuttavia, senza scendere nel merito del reclamo, lo ha dichiarato inammissibile per essere stato proposto non contro il decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno, avente - secondo la stessa Corte - natura decisoria e, dunque, reclamabile avanti alla Corte d'Appello ex art. 720*bis*, co. 3, c.p.c., bensì contro altro provvedimento (il diniego dell'autorizzazione a esprimere il rifiuto

[1] Art. 363 c.p.c., co. III: "il principio di diritto può essere pronunciato dalla Corte anche d'ufficio, quando il ricorso proposto dalle parti è dichiarato inammissibile, se la Corte ritiene che la questione è di particolare importanza".

delle emotrasfusioni) che, non avendo natura decisoria, sempre secondo il ragionamento della Corte, sarebbe stato impugnabile solo davanti al Tribunale con il rimedio generale del reclamo contro i provvedimenti del Giudice tutelare *ex* art. 739 c.p.c..

L'amministratore di sostegno ha proposto ricorso in Cassazione svolgendo vari motivi di impugnazione, fra questi la violazione dell'art. 720*bis* c.p.c. e la falsa applicazione dell'art. 739 c.p.c., per avere il decreto del Giudice tutelare – a detta del ricorrente - carattere decisorio e non natura gestoria, essendo per di più contenuto nello stesso provvedimento che ha disposto l'apertura dell'amministrazione.

Con memoria successiva la ricorrente ha comunicato l'intervenuto decesso dell'amministrato e la Corte di Cassazione, con la sentenza che qui si commenta, ha pronunciato la declaratoria di inammissibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse. Tuttavia, attesa la novità e l'importanza delle questioni trattate, la Corte ha ritenuto sussistenti i presupposti per la pronuncia d'ufficio del principio di diritto ai sensi dell'art. 363, co. 3, c.p.c.

2. *Il principio di diritto*.

La questione affrontata dalla Cassazione, dunque, attiene alla natura gestoria o decisoria del decreto del Giudice tutelare in materia di consenso/dissenso verso determinati trattamenti terapeutici, la cui soluzione è decisiva ai fini dell'individuazione del Giudice competente a conoscere delle relative impugnazioni.

La Corte Suprema, citando un proprio precedente[2] circa la reclamabilità ex art. 720*bis* c.p.c. dei soli decreti del Giudice tutelare aventi natura decisoria - che, avendo per oggetto diritti soggettivi o lo *status* della persona, sono destinati ad acquisire efficacia di giudicato, sia pure *rebus sic stantibus* - ha sottolineato che nella specie la designazione anticipata, ad opera dell'interessato (Testimone di Geova), dell'amministratore di sostegno - in forza dell'art. 408, co. 1, c.c. – conteneva precise direttive circa le terapie e i trattamenti da accettare o da rifiutare, anche in caso di pericolo di vita, in virtù della fede religiosa del designante.

Non solo. La domanda dell'amministratore di sostegno volta a ottenere l'autorizzazione al rifiuto delle emotrasfusioni per il beneficiario sulla base delle predette direttive – e, dunque, a far valere diritti fondamentali quali quello all'autodeterminazione nelle scelte sanitarie e al rispetto delle proprie convinzioni religiose – secondo la Cassazione nella specie costituiva il fondamento e l'essenza stessa del ricorso per l'apertura dell'amministrazione di sostegno, a cui era inscindibilmente legata[3].

Non può, pertanto, che derivarne la natura decisoria del decreto del Giudice tutelare, stante la sua diretta incidenza su diritti personalissimi e fondamentali dell'individuo, nella specie ancora più nitidi e forti per lo stretto collegamento tra il rifiuto della terapia emotrasfusionale e l'espressione della propria fede religiosa.

Riteniamo che la pronuncia in commento abbia colto nel segno. Infatti è pacifico che

---

[2] Trattasi di Cass. civ., sez. VI, ord. 29 ottobre 2012, n. 18634, in *Giust. civ., Mass. ann. Cass.,* 2012, p. 1258.

[3] Sul punto, la Corte fa riferimento anche al proprio precedente del 20 dicembre 2012, sez. I, n. 23707, in *www.neldiritto.it,* in cui per la prima volta è stato affermato che nell'atto di designazione possono essere contenute le Direttive anticipate di trattamento sanitario, all'epoca non ancora disciplinate dal nostro ordinamento.

rivesta natura decisoria – e, dunque, sia assoggettabile all'impugnazione di cui all'art. 720*bis*, co. 2, c.p.c. – il decreto con cui viene aperta un'amministrazione di sostegno, posto che – disponendo una misura di protezione giuridica – esso va ad incidere, in tutto o in parte, sui diritti soggettivi del beneficiario, modificandone in tutto o in parte lo *status*; a tale conclusione si perviene argomentando dalla particolare natura del decreto in questione che, pur essendo emanato nell'ambito di un procedimento camerale, non è assimilabile ai decreti con cui il Giudice tutelare autorizza il compimento di atti di gestione o di disposizione dei beni dell'amministrato[4].

Seguendo siffatto ragionamento, non può essere messa in discussione la natura decisoria anche del decreto del Giudice tutelare che pronuncia in materia di autorizzazione ai trattamenti sanitari o al loro rifiuto, trattandosi dell'esplicazione del diritto personalissimo alla salute, che ha un espresso fondamento costituzionale ravvisabile negli artt. 2, 13 e 32 Cost..

È da escludere, pertanto, che siffatta tipologia di decreti configuri un intervento di tipo ordinatorio e amministrativo e, dunque, rivesta carattere gestorio, a nulla rilevando neppure il momento e il contesto della emanazione, cioè se nel decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno o – come accade più spesso – successivamente.

Ripugnerebbe infatti alla coscienza sociale – prima ancora che dar luogo a una violazione della *norma legis* – trattare allo stesso modo, considerandole tutti atti gestorii, ipotesi diverse quali possono essere, ad esempio, un investimento in obbligazioni o la vendita di un immobile e il consenso o il diniego a un intervento chirurgico o a un trattamento sanitario.

3. *Il principio dell'autodeterminazione in materia sanitaria: suo fondamento giuridico*.

Il principio del consenso (o dissenso) informato ha il proprio fondamento *in primis* nella Carta costituzionale, segnatamente nell'art. 2, che tutela i diritti inviolabili della persona, nell'art. 13, che afferma l'inviolabilità della libertà personale, nell'art. 32, che tutela la salute quale "fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività".

In ambito sanitario la tutela della dignità della persona non può prescindere anche dal riconoscimento del diritto di libertà religiosa sancito nell'art. 19 Cost., così che la Corte di Cassazione nella decisione in commento sottolinea che la tutela del diritto alla salute "assume connotati ancora più forti, degni di …. garanzia laddove la scelta o il rifiuto del trattamento sanitario rientri e sia connesso all'espressione di una fede religiosa".

La Corte costituzionale ha svolto un ruolo fondamentale per l'affermazione del

---

[4] Cfr. Cass. civ., sez. VI, ord. 29 ottobre 2012, n. 18634, cit., *loc. cit.*. Sul punto si veda anche, *a contrario*, Cass. civ., sez. I, 13 gennaio 2017, n. 784, in *Fam. e dir.,* 2017, p. 1099 ss., con nota di Ferruccio Tommaseo, *Amministrazione di sostegno: quale giudice per i reclami?, ibid.,* p. 1101 ss., che ha correttamente escluso la natura decisoria – e, quindi, il reclamo alla Corte d'Appello ex art. 720*bis*, co. 2, c.p.c. - del decreto di liquidazione dell'equa indennità all'amministratore di sostegno, trattandosi di provvedimento attinente alla cd. "fase gestionale", nonché Cass. civ., sez. I, 28 settembre 2017, n. 22693, in *www.personaedanno.it,* che ha affermato la natura gestoria e non decisoria del provvedimento di nomina dell'amministratore di sostegno anche se è contenuto nel decreto che dispone l'apertura dell'amministrazione di sostegno, nel rilievo che "non è dato rinvenire nell'ordinamento vigente …. un principio assoluto che imponga di assoggettare al medesimo regime di impugnazione le diverse statuizioni che possono essere contenute in un medesimo provvedimento giurisdizionale, le quali seguiranno ognuna il proprio regime impugnatorio proprio della categoria di appartenenza (*ibid.*).

principio del consenso informato ai trattamenti sanitari, statuendo che quest'ultimo è la sintesi di due diritti fondamentali, quello all'autodeterminazione e quello alla salute[5] e sottolineando che anche gli "atti di accertamento preventivo, volontariamente richiesti dalla persona sul proprio corpo" devono avvenire "nel rispetto di modalità compatibili con la dignità della figura umana, come richiesto in Costituzione dall'art. 32 comma 2"[6].

Ne consegue che una persona non può essere obbligata a subire un intervento o un trattamento sanitario, perché ciò sarebbe lesivo della libertà personale, il cui diritto è "inviolabile, rientrando tra i valori supremi ….. non diversamente dal connesso e contiguo diritto alla vita e all'integrità fisica"[7].

Anche il Consiglio di Stato ha affermato il diritto fondamentale dell'individuo sulla propria vita e sul proprio corpo, nella concezione che ciascuno ha di sé e della propria dignità, anche rifiutando le cure, sia pure sul presupposto che il diritto alla salute, pur di rilievo privatistico, assume anche una connotazione pubblicistica e sociale, come interesse della collettività di cui all'art. 32 Cost.[8].

Il principio del consenso informato è stato altresì sancito in norme sovranazionali, tra cui gli artt. 5 e 9 della Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina del 4 aprile 1997 (Convenzione di Oviedo) e l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Oltre che dalle norme costituzionali e da quelle sovranazionali, la natura volontaria degli accertamenti e dei trattamenti sanitari si ricava anche da diverse altre disposizioni normative nazionali[9].

Fra queste, dopo anni di 'gestazione' – nel corso dei quali, tuttavia, *<il nostro sistema si è incamminato nella direzione di permettere a ciascuno di governare il proprio futuro>*[10] – il 22 dicembre 2017 è stata emanata la legge n. 219 sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento, così che anche l'Italia, al pari di altri ordinamenti europei, ha la sua disciplina del "biotestamento"[11].

---

[5] Cfr. Corte cost. 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.,* 2009, p. 1328 ss.

[6] Cfr. Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 471, in *Giust. civ.,* 1991, p. 11 ss.

[7] Corte cost., 9 luglio 1996, n. 238, in *Fam. e dir.,* 1996, p. 419, con nota di Alberto Figone, *Il commento, ibid.,* p. 421 ss.

[8] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2015, I, pp. 89 - 90, che fonda la propria decisione sul corretto bilanciamento tra l'indicazione sanitaria del medico e la scelta del paziente di curarsi consapevolmente, affermando che "la cura……si declina e si struttura secondo un fondamentale *principium individuationis*, che è espressione del valore personalistico tutelato dalla Costituzione, in base ai bisogni, alle richieste, alle aspettative, alla concezione stessa che della vita ha il paziente" (*ibid.,* p. 88). A commento della decisione, si legga Elisabetta Palermo Fabris, *Risvolti penalistici di una sentenza coraggiosa: il Consiglio di Stato si pronuncia sul caso Englaro, ibid.,* p. 96 ss.

[9] Si rinvia, al riguardo, a Lucia Scalera, *Testimoni di Geova e rifiuto delle trasfusioni in caso di sopravvenuta incapacità del paziente,* in *Dir. e rel.,* 2010, p. 289.

[10] Stefano Rodotà, *Civiltà del testamento biologico*, in *www.personaedanno.it*, *Biodiritto, bioetica/ fine vita*, 2/2011, p. 2**.**

[11] Fra i primi commenti alla legge, cfr. Giuseppe Buffone, *Un altro tassello che disciplina il <fine vita>,* in *Guida al diritto. Il Sole 24 ore,* 2018, n. 8, p. 34 s.; Id., *Il consenso informato coinvolge paziente, sanitari e familiari, ibid.,* p. 36 ss.; Id., *Senza regole di rito fase contenziosa al giudice tutelare, ibid.,* p. 39 ss.; Giuseppe Amato, *Biotestamento: il consenso informato influenza il reato, ibid.,* n. 9, p. 14 ss.; Salvatore Lombardo, *Il testamento biologico non è un atto "fine vita" ma scelta consapevole,*

Una siffatta normativa era auspicata da più parti, non tanto perché non esistessero adeguati rimedi in sua assenza (è da tener presente, infatti, come la giurisprudenza e talvolta anche la prassi sanitaria abbiano fatto tesoro dei principi evinti dalla Carta costituzionale e dalle norme sovranazionali e nazionali in punto di consenso o di dissenso informato), ma per le difficoltà che a volte si presentavano nel passaggio dalle affermazioni dei principi costituzionali alla loro applicazione pratica in ambito sanitario, nel quale si registravano problemi - sotto il profilo umano e giuridico - talvolta anche gravi, in assenza di procedure e di garanzie che potessero eliminare incertezze o soluzioni contrastanti, specialmente in momenti delicati come il fine vita o quello del rifiuto di trattamenti cd. salvavita[12].

È pur vero che la Corte di Cassazione[13] già sul "caso Englaro" aveva espresso *<il coraggio della legalità costituzionale … e … reso esplicita quella trama costituzionale che necessariamente … deve orientare l'agire dei privati>*[14], ma il perdurante vuoto legislativo sulle 'Disposizioni anticipate di trattamento' determinava l'insorgere di numerosi problemi a livello applicativo, rendendo difficoltosa l'operazione interpretativa e ricostruttiva affidata da una parte ai sanitari, dall'altra ai giudici[15].

I risultati più salienti di una siffatta operazione interpretativa sono stati l'applicazione diffusa dell'amministrazione di sostegno per ovviare all'incapacità dell'individuo di esprimere il proprio consenso o dissenso informato ai trattamenti sanitari e, come emerge dalla sentenza di legittimità in commento, l'utilizzo dell'atto di designazione in vista della propria eventuale futura incapacità - previsto dall'art. 408, co. 1, c.c. – quale "contenitore" di direttive, espresse nel pieno possesso delle proprie facoltà cognitive, sulle decisioni sanitarie e terapeutiche.

La legge n. 219 del 2017 ha tradotto tali prassi in espresse previsioni normative, attribuendo esplicitamente all'amministratore di sostegno il compito di rappresentare e di assistere il beneficiario nei rapporti con medici e strutture e disciplinando finalmente le "Disposizioni anticipate di trattamento".

Nel testo di legge in questione troviamo innanzitutto la 'consacrazione', nell'art. 1, del consenso informato, "nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea"; senza tale consenso, su cui si basa la relazione di cura e di fiducia tra medico e paziente, nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito. Allo stesso modo, ogni paziente capace di agire ha diritto di rifiutare qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario e di revocare, in qualsiasi momento, il consenso prestato. Il consenso o dissenso informato presuppone una comunicazione corretta ed empatica fra medico e paziente.

---

ibid., p. 10 ss.; Sara Del Sordo, Umberto Genovese, *Biotestamento: Dat in forma libera "sostenute" dal medico, ibid*., n. 12, p. 33 ss.

[12] Cfr. Rossana Bruno, *Obiezioni dicoscienza e questioni bioetiche*, in *Nozioni di diritto ecclesiastico*, a cura di Giuseppe Casuscelli, Giappichelli, Torino, 2015, p. 159.

[13] Cfr. Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Corr. giur.,* 2007, p. 1676, con nota di Emanuele Calò, *La Cassazione "vara" il testamento biologico, ibid*., p. 1686.

[14] Simona Attollino, *La laicità della cura (a margine della sentenza del Consiglio di Stato n. 4460 del 2014 sulle direttive anticipate di trattamento),* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), 2015, n. 21, p. 2.

[15] Cfr. Id., *ivi*., p. 1.

Il medico può rifiutare trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali.

Di sicuro interesse e rilievo è la considerazione che la legge, nell'art. 1, commi 2, 3 e 5, riserva ai familiari, alla parte dell'unione civile, al convivente o a una persona di fiducia del paziente sia quali destinatari – su indicazione del paziente stesso – dell'informazione medica, sia quali soggetti che manifestano il consenso se il paziente lo vuole, sia quali partecipi – se quest'ultimo lo desidera – della relazione di cura.

La legge, nell'art. 1, co. 5, pone altresì fine alla discussione circa la natura dell'alimentazione artificiale e dell'idratazione artificiale, considerate espressamente "trattamenti sanitari".

L'art. 2 fa obbligo al medico di alleviare le sofferenze al paziente, pur se questi rifiuti o revochi il consenso al trattamento sanitario (anche eventualmente con ricorso alla sedazione palliativa continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente), e di "astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati".

Quanto alla persona incapace, l'art. 3 ne afferma di principio il rispetto delle capacità di comprensione e di decisione, riservando al fiduciario (ove previamente indicato dal disponente) o, in difetto, al rappresentante legale (in particolare all'amministratore di sostegno), se ed in quanto nominato, il compito rispettivamente di fare le veci del disponente, rappresentandolo nei rapporti con medici e strutture, e di prestare il consenso o il dissenso ai trattamenti sanitari laddove gli sia stata attribuita la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario (ma tenendo comunque conto delle volontà del beneficiario).

L'art. 4 disciplina le Disposizioni anticipate di trattamento (DAT), che rappresentano la principale novità della legge sul testamento biologico. Esse servono ad esprimere le proprie volontà in ambito di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto ad accertamenti diagnostici o a scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi. È prevista la nomina (revocabile) di un fiduciario che faccia le veci future del disponente e che deve accettare espressamente l'incarico; in difetto, nel caso in cui occorra attuare le DAT e il disponente sia divenuto incapace, il Giudice tutelare provvede alla nomina di un amministratore di sostegno.

Le DAT non possono essere disattese dal medico se non, in accordo con il fiduciario, qualora appaiano "palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie, non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita" (art. 4, co. 5).

In conclusione, la legge in questione, frutto della riduzione a unità di più proposte legislative sulle tematiche del cd. fine vita, di più sensibilità e prospettive di giudizio, comprese quelle di area cattolica[16], conferma il rilievo preminente del diritto alla salute, del consenso (o dissenso) informato del paziente capace in ordine ai trattamenti sanitari, in virtù del diritto all'autodeterminazione terapeutica, il divieto delle cure inutili e sproporzionate, l'implementazione del ricorso alle cure palliative e alla terapia del dolore.

La novità è rappresentata soprattutto dalle Disposizioni anticipate di trattamento, di

---

[16] Cfr. Tommaso Scandroglio, *Aperture eutanasiche e aporie nel Documento del Cortile dei Gentili "Linee propositive per un diritto della relazione di cura e delle decisioni di fine vita"*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica *(www.statochiese.it)*, n. 25/2017, p. 10, che, nella nt. 1, richiama le proposte di legge degli onorevoli Eugenia Roccella, Paola Binetti, Raffaele Calabrò.

cui vengono disciplinati la forma della redazione, il contenuto, le modalità di rinnovo, modifica o revoca, le modalità della (e il soggetto legittimato alla) manifestazione, il rimedio di composizione del conflitto tra medico e fiduciario relativamente alla loro attuazione.

Si tratta di un importante passo in avanti che, unitamente all'inquadramento, nell'ambito dei trattamenti sanitari, dell'alimentazione e idratazione artificiali, dovrebbero contribuire a fare chiarezza in una materia contrassegnata, come poche altre, dall'intreccio tra problemi morali e giuridici e da una così repentina evoluzione medico-scientifica che porta all'allungamento della vita e all'aumento delle *<possibilità di sopravvivenza, rendendo possibili condizioni di esistenza inedite che solo qualche tempo fa conducevano inesorabilmente alla morte>*[17].

4. *L'amministrazione di sostegno in ambito sanitario e la 'cura della persona'.*

Nella fattispecie portata all'attenzione della Suprema Corte nella decisione in commento, il Giudice tutelare non aveva autorizzato l'amministratore di sostegno ad esprimere il rifiuto della terapia emotrasfusionale per il coniuge, che in precedenza aveva coscientemente formulato delle direttive in questo senso. Dalla lettura del testo della sentenza non si evincono le ragioni che hanno portato al diniego di autorizzazione da parte del Giudice tutelare, vale a dire se lo avesse motivato sulla base della ritenuta perdita di attualità della volontà di rifiuto o della mancata prova della medesima o dell'asserita prevalenza del bene-vita sul diritto di autodeterminazione della persona. Di certo, il provvedimento del Giudice tutelare sorprende perché, nel caso concreto, esistevano specifiche direttive rese dal soggetto indicanti la propria volontà di rifiuto.

È evidente che il consenso o il dissenso informato ai trattamenti terapeutici possa essere espresso validamente e liberamente solo da una persona capace d'intendere e di volere, dovendosi, in difetto, individuare il soggetto legittimato a farlo in sua vece.

Come abbiamo visto, la legge n. 219 del 2017 in materia di DAT regola specificamente, nell'art. 4, l'ipotesi di sopravvenuta incapacità del disponente, prevedendo la previa indicazione da parte sua di un "fiduciario" che, ove sopraggiunga l'incapacità, ne faccia le veci e lo rappresenti nelle relazioni con il medico e con la struttura sanitaria. In difetto di tale indicazione – o in caso di rinuncia, di premorienza o di incapacità del beneficiario – il Giudice tutelare provvede alla nomina di un amministratore di sostegno.

Tra i compiti che la legge 9 gennaio 2004, n. 6 riserva a questa figura, vi è anche - e soprattutto - quello della "cura della persona". Infatti l'istituto dell'amministrazione di sostegno mira alla protezione della persona nel suo complesso e non solo del suo patrimonio[18].

---

[17] Laura Palazzani, *Le linee del dibattito bioetico tra dovere di vivere e diritto di morire*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2015, p. 197.

[18] Infatti, sebbene l'art. 411, co. 1, c.c. non richiami l'art. 357 c.c. che indica - fra i compiti del tutore - anche quello della cura della persona, questa trova riferimento nel codice civile agli artt. 405, co. 4 ("Qualora ne sussista la necessità, il giudice tutelare adotta anche d'ufficio i provvedimenti urgenti per la cura della persona"), 407, co. 2 ("Il giudice tutelare….deve tener conto, compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione della persona, dei bisogni e delle richieste di questa"), 408, co. 1 ("La scelta dell'amministratore di sostegno avviene con esclusivo riguardo alla cura e agli interessi della persona del beneficiario"), 411, co. 1 ("…l'amministratore di sostegno deve tenere conto dei

È evidente che l'espressione "cura della persona" di cui all'art. 405, co. 4, c.c. significa interessamento agli aspetti personali, essendo quelli patrimoniali già presi in considerazione dalla stessa norma che li ha tenuti espressamente distinti dai primi[19].

Nel concetto di cura della persona, in particolare, non può non rientrare il compimento degli atti cd. "personalissimi", tra cui spicca la prestazione del consenso o del dissenso informato a trattamenti medici o a interventi chirurgici.

Se oggi, grazie alla legge n. 219 del 2017, alla figura dell'amministratore di sostegno è stata espressamente riservata una funzione così pregnante in materia di Disposizioni anticipate di trattamento sanitario, tuttavia non si può tacere del rilevante ruolo di supplenza che l'istituto dell'amministrazione di sostegno ha svolto nell'attesa dell'emanazione di siffatta disciplina legislativa, colmando il relativo vuoto normativo[20], come testimonia la giurisprudenza sul punto[21].

---

bisogni e delle aspirazioni del beneficiario").

[19] Cfr. Antonio Gorgoni, *Amministrazione di sostegno e trattamenti sanitari*, in *Pers. e merc*. 2011, n. 4, p. 292.

[20] Per la Corte costituzionale, in generale l'intervento della giurisprudenza di merito non ha fatto emergere indici atti a dimostrare che i giudici in materia di diritti personalissimi e in attesa di una disciplina di diritto positivo concernente il cd. testamento biologico "abbiano utilizzato i provvedimenti censurati - aventi tutte le caratteristiche di atti giurisdizionali loro proprie e, pertanto, spieganti efficacia solo per il caso di specie - come meri schemi formali per esercitare, invece, funzioni di produzione normativa o per menomare l'esercizio del potere legislativo da parte del Parlamento, che ne è sempre e comunque il titolare" (Corte cost., ord. 8 ottobre 2008, n. 334, in *Giur. cost*., 2008, p. 3721, con nota di Gladio Gemma, *Parlamento contro giudici: un temerario conflitto di attribuzioni sul <caso Eluana>, ibid*., p. 3723 ss. e di Chiara Tripodina, *A chi spettano le decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse? Riflessioni a margine del <caso Englaro>, ibid*., p. 4069).

[21] Si segnalano le seguenti pronunce di nomina di amministratore di sostegno: - Trib. Modena, 15 settembre 2004, in *www.altalex.com*, nei riguardi di un beneficiario incapace di esprimere un valido consenso alla indispensabile sottoposizione a terapie antidiabetiche; - Trib. Cosenza, 28 ottobre 2004, in *Giur. mer.,* 2005, p. 319, in riferimento a persona affetta da patologie mentali che aveva manifestato il proprio dissenso ad un trattamento sanitario; - Trib. Perugia – sez. dist. di Foligno – 10 novembre 2005, in *Rass. giur. umbra,* 2006, p. 105, per un beneficiario tossicodipendente, con disturbo della personalità e trauma cranico, refrattario al ricovero in ospedale o in comunità terapeutica; - Trib. Venezia – sez. III civ. – 20 settembre 2006, in *www.grusol.it* (R.G.2603/2006) per il rispetto della volontà del beneficiario (se consapevole e non viziata) al rifiuto della terapia – anche se adeguata – ma senza impedire il tentativo, da parte dell'amministratore di sostegno, di una corretta opera di informazione al fine di far superare tabù, titubanze e paure ingiustificate; - Trib. Roma, 24 maggio 2007, in *www.personaedanno.it,ads/Beneficiario,poteri,diritti,* 5/2007, per l'autorizzazione a trasferire la beneficiaria da un struttura di risveglio post-coma alla propria abitazione; -- Trib. Palermo, 9 dicembre 2009, in *De Iure*, voce *Tutela e curatela, amministrazione di sostegno,* per la manifestazione del consenso, da parte dell'amministratore di sostegno, in nome e per conto di persona affetta da deficit mentale in relazione a un delicato intervento cardiochirurgico; -Trib. Roma, 24 marzo 2010, in *Fam. dir.,* 2010, p. 1021 s., con nota di Elena Falletti, *Amministrazione di sostegno e consenso informato a terapia sperimentale del beneficiario sofferente di Alzheimer, ibid*., p. 1022 ss. per l'assistenza della beneficiaria nel prestare il consenso ad una sperimentazione clinica per la cura dell'Alzheimer; - Trib. Reggio Emilia, 24 luglio 2012, in *www.personaedanno.it*, *ads/Amministratore*, *poteri*, *doveri*, 8/2012, per l'attribuzione, all'esito dell'istruttoria mirata alla ricostruzione della volontà della beneficiaria affetta da sclerosi multipla in fase avanzata, del compito di prestare il consenso - in previsione di un eventuale ulteriore peggioramento delle condizioni respiratorie della stessa - alle sole cure palliative; - Trib. Venezia - sez. dist. di Portogruaro - 21 settembre 2012, in *www.personaedanno.it, Malpractice medica/consenso informato,* 10/2012. per la cura dei rapporti del beneficiario con le strutture sanitarie

Anche la dottrina si è mostrata orientata a ritenere l'amministrazione di sostegno – quando mancava una specifica disciplina legislativa in materia - quale possibile rimedio per la prestazione del consenso o del dissenso informato in luogo dell'incapace e, in alcuni casi, anche per le scelte di fine vita, tuttavia evidenziandosi che il compito di cura della persona non presuppone il conferimento automatico di poteri di rappresentanza all'amministratore di sostegno che, in ambito sanitario, più che il rappresentante del beneficiario, è il soggetto incaricato *<di comunicare la volontà del beneficiario, ove quest'ultimo sia nell'impossibilità di farlo, ovvero di sostenere il beneficiario nelle scelte di cura, ove quest'ultimo non sia del tutto in grado di autodeterminarsi, ovvero ancora di interpretare la volontà presunta del beneficiario, ove quest'ultimo non sia attualmente in grado di manifestarla e non abbia avuto in precedenza occasione di farlo espressamente>*[22] .

In particolare, le Disposizioni anticipate recepite nel decreto di nomina vincolano l'amministratore di sostegno che non le può disattendere, dovendosi rispettare le aspirazioni e gli interessi, anche morali, del beneficiari[23]. Emerge dunque l'importanza della predisposizione di un atto con il quale un soggetto, in vista di un'eventuale futura sopravvenuta incapacità d'intendere e di volere, designi la persona che dovrà prendere al suo posto le decisioni e disponga una serie di direttive di vario genere, riguardanti la fase della sua eventuale malattia[24].

Le decisioni relative alla salute devono possibilmente essere il frutto di un'intesa fra amministratore di sostegno e beneficiario e, in caso di incoscienza o di incapacità di quest'ultimo, l'amministratore dovrà operare le proprie scelte nel rispetto della personalità dell'interessato e tenendo conto delle volontà da lui manifestate in precedenza[25].

Sono anche state rilevate analogie tra i compiti dell'amministratore di sostegno e quelli del *<fiduciario per la salute, già presente in alcuni ordinamenti stranieri>*[26],

---

e con il compito di assumere "le determinazioni indispensabili per la tutela della salute del beneficiato, in caso di accertata incapacità dello stesso a collaborare nelle scelte terapeutiche indispensabili".

[22] Eugenia Serrao, *Interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno*, in *www.personaedanno.it*, *ads/Finalità della legge, destinatari*, 6/2009.

[23] Cfr. Mauro Barni, *L'amministrazione di sostegno tra opzioni mediche e autonomia del paziente,* in *Riv. it. med. leg.,* 2005, p. 190.

[24] Cfr. Giovanni Bonilini, "*Testamento per la vita" e amministrazione di sostegno*, in AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Fondazione Umberto Veronesi, Milano, Il Sole 24 Ore, 2006, p. 189 ss.

[25] Cfr. Gilda Ferrando, *L'amministrazione di sostegno nelle sue recenti applicazioni*, in *Fam., pers. e succ.*, 2010, p. 846.

[26] Michele Sesta, *Quali strumenti per attuare le direttive anticipate?,* in Aa.vv., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, cit., p. 172. In generale, sui rapporti tra amministrazione di sostegno e cd. testamento biologico, cfr. Emanuele Calò, *Amministrazione di sostegno*, Giuffré, Milano, 2004, p. 106 ss. e Giovanni Bonilini, *I presupposti dell'amministrazione di sostegno*, in Giovanni Bonilini, Augusto Chizzini, *L'amministrazione di sostegno*, Cedam, Padova, 2007, p. 91 ss. Sul tema dell'autodeterminazione, del consenso/dissenso informato, del 'testamento biologico', delle scelte di fine vita in relazione all'amministrazione di sostegno e, in parte meno rilevante, all'interdizione, si sono registrati diversi approfondimenti dottrinali; cfr, fra gli altri, Lorenzo d'Avack, *Sul consenso informato all'atto medico,* in *Dir fam. pers.,* 2008, p. 759 ss.; Lucia Scalera, *op. cit.,* p. 288 ss.; Francesco Agnino, *Il consenso ai trattamenti medici e la tutela giuridica dell'anziano*, in *Giur. mer.*, 2011, p. 2923 ss.; Alessandro Andronio, *Il consenso alla prestazione delle cure medico-chirurgiche nella CEDU e nella giurisprudenza italiana,* in *Giur. mer.,*

designato con la funzione di assicurare il rispetto dei desideri del disponente.

5. *I Testimoni di Geova fra pericolo per la salute e rispetto del credo religioso.*

La sentenza in commento è di sicuro interesse perché, nel pronunciare un principio di diritto in materia strettamente processuale, ha ribadito il rilievo fondamentale dei diritti all'autodeterminazione nelle scelte sanitarie e al rispetto delle proprie convinzioni religiose - fra loro molte volte inscindibilmente legati - e la natura preminentemente volontaria del trattamento sanitario, il cui rifiuto spesso è "connesso all'espressione di una fede religiosa, il cui libero esercizio è sancito dall'art. 19 Cost.: è noto, invero, che il dissenso dei Testimoni di Geova alle emotrasfusioni, anche in caso di pericolo di vita, ha alla sua base una motivazione religiosa e ideologica", come affermato dalla Corte nella decisione in commento.

Il credo religioso dei Testimoni di Geova, infatti, vieta le trasfusioni di sangue e di componenti del sangue, anche se tale trattamento sanitario rappresenti l'unica terapia salvifica[27]. A causa di tale divieto, il Testimone di Geova si trova dunque a dover esprimere il dissenso a un trattamento terapeutico il più delle volte indispensabile per evitare un pericolo per la propria vita o per la propria salute. Si tratta di *<un dissenso alla cura religiosamente motivato>*[28].

Neppure la tutela del bene della vita può giustificare la compressione del diritto di

---

2011, p. 300 ss.; Carlo Castronovo, *Autodeterminazione e diritto privato,* Relazione al Convegno dei giuristi cattolici, Roma, 5-7 dicembre 2009, in *www.personaedanno.it, Biodiritto, bioetica/fine vita,* 3/2011; Alessandra Cordiano, *L'esercizio delle situazioni esistenziali del beneficiario dell'amministrazione di sostegno, in Dir. fam. pers.* 2011, p. 1911 ss.; Elena Falletti, *Volontà di fine vita: una prospettiva comparata giurisprudenziale e* de jure condendo, in *Corr. giur., Gli speciali,* 2011, n. 2, p. 34 ss.; Eugenia Serrao, *Il consenso ai trattamenti sanitari dei soggetti deboli,* in *www.personaedanno.it, Malpractice medica/consenso informato,* 6/2011; Michele Sesta, *Disposizioni di fine vita: il ruolo degli operatori del diritto,* in *www.personaedanno.it, Biodiritto, bioetica/fine vita,* 8/2011; Fulvio Troncone, *Brevi note sugli aspetti civilistici del consenso informato in tema di attività medico-chirurgica,* in *Giust. civ.,* 2011, p. 191 ss.; Vito Amendolagine, *Amministrazione (davvero sempre) di sostegno per il cittadino?,* in *www.personaedanno.it, ads/Finalità della legge, destinatari*, 2/2012; Luigi Gaudino, *Le direttive anticipate: situazione attuale e prospettive*, in *www.personaedanno.it*, *Biodiritto, bioetica/fine vita*, 2/2012; Stefano Rossi, *Eppure il vento soffia ancora. Ads e substituted judgement*, in *www.personaedanno.it*, *Biodiritto, bioetica/fine vita*, 9/2012**;** Eugenia Serrao, *Il diritto vivente e il rapporto medico/paziente*, Relazione al Congresso nazionale "Dieci anni di amministrazione di sostegno", Trieste, 28-29 marzo 2014, in *www.assostegno.*it**;** Claudio Tagliaferri, *L'amministrazione di sostegno nell'interpretazione della giurisprudenza*, La Tribuna, Piacenza, 2015, p. 220 e ss.; Fortunato Freni, *Le carte di autodeterminazione del malato come codici etici sul senso della vita,* in *Quad. dir. pol. eccl.,* 2015, p. 214 ss.

[27] Siffatto diniego configura una sorta di obiezione di coscienza derivante da un'interpretazione rigida, attuata dai Testimoni di Geova, di passi della Bibbia fra cui Genesi, 9,4: "Solo non mangerete carne che abbia ancora la vita sua, cioè il suo sangue". Secondo la Corte Europea dei diritti dell'uomo "il divieto religioso non ammette eccezioni e rimane valido anche nel caso in cui le migliori valutazioni cliniche reputino la trasfusione di sangue necessaria per evitare danni irreparabili alla salute del paziente o persino salvargli la vita" (CEDU 10 giugno 2010, par. 133).

[28] Rossana Bruno, *op. cit., loc. cit.*, 2015, p. 163.

autodeterminazione del paziente circa le terapie e i trattamenti sanitari da praticare [29].

Il Testimone di Geova maggiorenne e capace d'intendere e di volere, a maggior ragione ove si trovi in pericolo di vita grave e immediato, deve esprimere personalmente il proprio dissenso alle emotrasfusioni attraverso una dichiarazione espressa, inequivoca, informata e attuale.

Tale manifestazione, nell'ipotesi in cui sopravvenga un'incapacità dell'interessato, dev'essere non astrattamente ipotetica ma concretamente accertata, non meramente programmatica o ideologica ma frutto di informazioni specifiche, occorrendo ricostruire la reale volontà del paziente, secondo un giudizio prognostico *ex ante,* anche a fronte dell'improvviso insorgere di un reale pericolo di vita[30].

È stato infatti ritenuto invalido il rifiuto alla trasfusione di sangue espresso in precedenza da un paziente Testimone di Geova - ossia "in un momento in cui le sue condizioni di salute non facevano temere un imminente pericolo di vita"[31] - in una fattispecie in cui lo stato di salute era decisamente peggiorato rispetto al momento della dichiarazione resa nel rispetto del proprio credo religioso .

Nel cercare un punto di equilibrio fra il diritto della persona all'autodeterminazione nel rifiuto delle trasfusioni e al rispetto del proprio credo religioso garantito dall'art. 19 Cost., da un lato, e il dovere del medico di salvaguardare la salute e la vita del paziente e di rispettare la propria deontologia, dall'altro, vengono in soccorso tanto l'art. 32 Cost.[32], quanto l'art. 9 della citata Convenzione di Oviedo – che afferma che "i desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico … saranno tenuti i considerazione" –, quanto il parere espresso il 20 giugno 1992 dal Comitato Nazionale per la Bioetica, secondo cui "il medico è tenuto alla desistenza da qualsiasi atto diagnostico e terapeutico, non essendo consentito alcun trattamento sanitario contro la volontà del paziente"[33]. Tale operazione, com'è immaginabile, è assai complessa, dovendo coniugare la salvezza del diritto del paziente all'autodeterminazione in ambito sanitario e al rispetto del proprio credo religioso con l'attualità della volontà e con il dovere deontologico e la

---

[29] Cfr. App. Milano, sez. I civ., 19 agosto 2011, n. 2359 in *www.personaedanno.it malpractice medica,* che ha affermato essere "inconciliabile …. con la previsione dell'art. 32, 2° comma, Cost., la limitazione del diritto di autodeterminazione fondata sulla tutela prevalente del bene vita, sulla indisponibilità della vita ai sensi degli artt. 579 c. p. e 580 c. p., che sono norme peraltro di rango subordinato a quello costituzionale".

[30] Cfr. Cass. civ., sez. III, 15 settembre 2008, n. 23676, in *Corr. giur.* 2008, p. 1671 (con nota di Fabrizio Forte, *Il dissenso preventivo alle trasfusioni e l'autodeterminazione del paziente nel trattamento sanitario: ancora la Cassazione precede il legislatore nel riconoscimento di atti che possono incidere sulla vita, ibid*., p. 1674), che ha confermato la decisione della Corte d'Appello di Trieste che aveva escluso la validità di un dissenso espresso a suo tempo da un Testimone di Geova - poi venutosi a trovare in uno stato di incoscienza e in grave pericolo di vita – attraverso un cartellino recante la semplice indicazione "niente sangue" non accompagnata da una "articolata, puntuale espressa dichiarazione dalla quale inequivocabilmente emerga la volontà di impedire la trasfusione anche in pericolo di vita".

[31] Cass. civ., sez. III, 23 febbraio 2007, n. 4211, in *Quad. dir. pol. eccl.,* 2007, p. 979, che ha confermato la decisione del Giudice di merito che aveva considerato legittimamente praticata la trasfusione al paziente anestetizzato nel convincimento che l'originario dissenso del paziente non fosse più attuale.

[32] Articolo da cui, sia per il tenore letterale sia per interpretazione sistematica, si evince il diritto e non l'obbligo della persona di curarsi e di scegliere così le terapie e i trattamenti sanitari a cui sottoporsi, anziché subirli.

[33] Comitato Nazionale per la bioetica, *Parere* 20 giugno 1992, *Informazione e consenso all'atto medico*, in *www.governo.it/bioetica/pareri/html*.

responsabilità del medico.

Purtuttavia, non potendo il medico essere onerato anche del *<compito di ricostruire …. la reale volontà del paziente e di presumere la resistenza delle sue convinzioni religiose a fronte dell'improvviso, repentino, non altrimenti evitabile insorgere di un reale pericolo di vita, scongiurabile soltanto con una trasfusione di sangue>*[34], è innegabile *<la situazione di incertezza in cui si trovano, oggi, a decidere giudici, medici e pazienti>*[35].

In dottrina c'è stato chi ha ritenuto rilevante - a fondamento della prova del rifiuto delle trasfusioni - anche una volontà non manifestata in modo specifico e articolato, bastando la sussistenza di circostanze oggettive[36], tra le quali l'appartenenza alla Congregazione dei Testimoni di Geova, e chi ha evidenziato come un adepto che antepone la fede religiosa alle cure mediche non può essere distolto dalla sua decisione con la prospettazione del rischio che corre rifiutando la trasfusione, essendo egli mosso dalla sola motivazione del credo religioso, cosicché solo il venir meno dei suoi convincimenti religiosi potrebbe indurlo a cambiare opinione[37].

---

[34] Riccardo Mazzon, *Il dissenso alla terapia preventivamente prestato e il caso dei Testimoni di Geova*, in *www.personaedanno.it, Persone, diritti personalità/libertà costituzionali*, 12/2012, p. 2, secondo cui *<una cosa, infatti, è l'espressione di un generico dissenso a un trattamento in condizioni di piena salute, altro è riaffermare tale dissenso, puntualmente, in una situazione di pericolo di vita>*.

[35] Virginia Busi, "*Sangue o no sangue?" Questo è il problema … dei medici. Commento a Trib. Milano 16 dicembre 2008*, in *Corr. mer.*, 2009, p. 503.

[36] Cfr. Pietro Rescigno, *I trattamenti sanitari tra libertà e dovere (l'obiezione di coscienza dei Testimoni di Geova),* in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato,* vol. II, Cedam, Padova, 1988, p. 307.

[37] Cfr. Marilena Gorgoni, *Libertà di coscienza v. salute; personalismo individualista v. paternalismo sanitario*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 137. Anche la giurisprudenza si è diffusamente pronunciata in materia; si vedano, in proposito, Trib. Messina, 11 luglio 1995, in *Riv. it. med. leg.,* 1996, p. 303 e ss., che ha affermato la validità del dissenso alle trasfusioni espresso da un paziente quando ancora era cosciente e ricostruito attraverso le testimonianze dei prossimi congiunti**;** Trib. Messina, Ufficio GIP, 26 luglio 1995, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 203, che ha ritenuto non sussistere la responsabilità del medico in caso di omesso intervento rischioso su un paziente Testimone di Geova in stato di incapacità, argomentando dall'insussistenza di un obbligo del medico di attivarsi per impedire l'evento in presenza di un dissenso espresso del paziente capace o delle persone che lo rappresentano; Pretura di Roma, 3 aprile 1997, in *Dir. eccl.*, 1997, II, p. 323 ss., che ha assolto dall'imputazione di omicidio colposo, perché il fatto non sussiste, i medici che non avevano praticato al paziente Testimone di Geova le trasfusioni di sangue necessarie a tenerlo in vita, nel rispetto della volontà del ricoverato; Trib. Torino, 13 aprile 2011, n. 2533, in *www.personaedanno.it, Responsabilità civile/risarcimento, reintegrazione,* 4/2011, che ha riconosciuto a due donne, Testimoni di Geova, il risarcimento del danno non patrimoniale provocato dalla lesione del diritto di libertà personale e di identità religiosa in relazione al rifiuto dei trattamenti sanitari non voluti, per essere state trasfuse coattivamente a seguito di intervento di isterectomia; App. Milano, Sez. I civ., 19 agosto 2011, n. 2359, in *www.personaedanno.it, Malpractice medica/diritti del malato*, 8/2011 che, nell'accogliere l'appello della vedova di un ministro di culto dei Testimoni di Geova affetto da neoplasia maligna e deceduto in ospedale durante una trasfusione di sangue coatta mentre era del tutto cosciente e capace, ha condannato medici e azienda ospedaliera al risarcimento del danno patito dall'appellante in proprio e quale erede del trasfuso; Trib. Torino, Sezione GIP, 16 gennaio 2013, in *www.personaedanno.it, Biodiritto, bioetica/generalità*, varie, 6/2013, che ha disposto l'archiviazione del procedimento per i reati di cui agli artt. 590, 610 e 613 c.p. a carico dei medici che - a seguito del parere favorevole reso dalla Procura della Repubblica su loro richiesta – avevano trasfuso coattivamente un Testimone di Geova che aveva espresso, in modo lucido e orientato, all'atto del ricovero, il categorico rifiuto alle trasfusioni di sangue. Di segno opposto App.

L'auspicio è che a tale situazione si possa trovare rimedio con l'applicazione della legge n. 219 del 2017, attraverso le modalità di prestazione del consenso o del dissenso da parte della persona incapace fissate nell'art. 3, le Disposizioni anticipate di trattamento disciplinate nell'art. 4, gli indirizzi comportamentali rivolti ai medici sotto forma di obblighi, divieti e facoltà contenuti nell'art. 2, la relazione di cura - stabilita nell'art. 1 - fra medico, paziente e, se questi lo desidera, anche i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente o una persona di fiducia del paziente medesimo, la pianificazione condivisa delle cure prevista dall'art. 5.

6. *Brevi considerazioni conclusive*

La pronuncia in esame contiene, al tempo stesso, un'interessante affermazione di principio di ordine processuale sul reclamo dei decreti del Giudice tutelare in materia di amministrazione di sostegno e la conferma della prassi già diffusa – pur in assenza di una specifica normativa sul 'biotestamento', che sarebbe entrata in vigore di lì a qualche mese – di nominare un amministratore di sostegno per la manifestazione del consenso o del dissenso informato ai trattamenti sanitari, nel caso di specie orientata anche attraverso il libero esercizio, affermato dall'art. 19 Cost., dell'espressione di una fede religiosa.

La sentenza fa chiarezza sulla norma applicabile e sull'Autorità competente a ricevere i reclami in materia di amministrazione di sostegno. Spetta al Tribunale ex art. 739 c.p.c. decidere il reclamo avente per oggetto un decreto del Giudice tutelare che abbia pronunciato su aspetti di carattere gestorio, in particolar modo su quelli di ordine patrimoniale e - secondo un orientamento che si sta sempre più diffondendo[38] - anche il decreto che abbia nominato un amministratore di sostegno non gradito al beneficiario o che abbia revocato l'amministratore sostituendolo con un altro.

Trieste, 25 ottobre 2003, in *Nuova giur. civ. comm*., 2005, I, p. 148, (confermata da Cass. civ., sez. III, n. 23676/2008, cit.), che ha escluso che il tesserino contenente la scritta "niente sangue", abitualmente portato dai Testimoni di Geova, costituisca "espressione efficace di volontà del paziente contraria alle trasfusioni e non è di per sé ostacolo all'effettuazione di tale trattamento terapeutico", rappresentando una volontà "non concreta, ma astratta, non specifica, ma programmatica, non informata ma ideologica e soprattutto passata, preventiva e non attuale"; App. Trento, 19 dicembre 2003, in *Nuova giur. civ. comm*., 2005, I, p. 150 ss., (confermata da Cass. civ. sez. III, n. 4211 del 2007, in *Quad. dir. pol. eccl*., 2007, p. 977 ss.), che ha escluso la rilevanza del rifiuto di subire trasfusioni di sangue espresso dal paziente nel momento in cui, all'atto del ricovero per politraumi e rottura dell'arteria principale da incidente stradale, le sue condizioni di salute non facevano presagire un imminente pericolo di vita, successivamente verificatosi mentre era anestetizzato e in corso di intervento chirurgico; Trib. Roma, Sezione GIP, 16 gennaio 2006, in *Resp. civ. e prev.,* 2007, p. 114 ss., che ha ritenuto sussistere la scriminante dell'adempimento del dovere – ex art. 51 c.p. – per giustificare la trasfusione in pericolo di vita operata dal medico dopo un intervento chirurgico su un paziente in stato di incoscienza che in precedenza aveva manifestato il rifiuto consapevole alle emotrasfusioni.

[38] Cfr, al riguardo, Cass. civ. sez. I, 28 settembre 2017, n. 22693, in *www.dirittoegiustizia.it*; Cass. civ., sez. I, 16 febbraio 2016, n. 2985, in *www.ilcaso.it/giurisprudenza*. V. anche Cass. civ., sez. VI, 10 maggio 2011, n. 10187, in *Foro it*., 2011, c. 2731. Sempre sullo stesso punto, per la giurisprudenza di merito, cfr. App. Bologna, sez. I civ., 9 febbraio 2015, in *www.personaedanno.it*, con nota di Rita Rossi, "*Reclamo in materia di ads: no alle interpretazioni ardite"*; App. Bologna, sez. I civ, 16 maggio 2014, in *www.assostegno.it*.

La competenza è della Corte d'Appello ex art. 720*bis* c.p.c. quando venga reclamato un decreto del Giudice tutelare avente natura decisoria, tanto se emesso in sede di apertura dell'amministrazione di sostegno, quanto se pronunciato a misura avviata.

Alla luce delle considerazioni svolte appare evidente che, quando si verta in materia di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche e di rispetto delle convinzioni religiose, si venga a configurare una "situazione giuridica" che "assume … il rango di diritto personalissimo", come sottolineato nella sentenza in commento. Ne deriverà il carattere decisorio del decreto del Giudice tutelare che vi incide, giustificando il reclamo in Corte d'appello.

Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile
Sentenza 15 giugno 2017, n. 14878

Matrimonio – Unioni civili – Minori – Coppie omosessuali – Fecondazione assistita – Rettificazione – Atto di nascita – Ordine pubblico

Non è da ritenersi contraria all'ordine pubblico la trascrizione dell'atto di nascita di un bambino nato all'estero da due cittadine italiane mediante fecondazione assistita.

Fonte: *www.olir.it*

Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile
Sentenza 5 dicembre 2017, n. 29109

Matrimonio concordatario – Sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale – Delibazione – Ricorso per cassazione – Difetto di specificità – Inammissibilità

È da ritenersi inammissibile il ricorso per cassazione avverso una sentenza ecclesiastica di nullità matrimonio, pronunciata per esclusione della prole e dolo, per difetto di specificità, in quanto questo principio esige che nel giudizio per cassazione venga censurata analiticamente la decisione impugnata. È infatti necessario esplicitare le censure in ordine alle ragioni poste a fondamento della decisione contestata.

Fonte: *inedita*.

Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile
Sentenza 14 dicembre 2017, n. 30122

Riconoscimento del figlio naturale – Impugnazione – Prova – Rifiuto delle prove ematologiche – Elevato rilievo

In caso di impugnazione del riconoscimento del figlio naturale, per difetto di veridicità, la ctu genetica è l'unica forma di accertamento attendibile nella ricerca della filiazione e deve pertanto valorizzarsi il contegno della parte che si opponga al suo espletamento.

Fonte: *www.giustiziaediritto.it*

Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile
Sentenza 19 dicembre 2017, n. 30496

Matrimonio concordatario – Sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale – Delibazione – Separazione giudiziale – Cessazione della materia del contendere

Deve essere dichiarata cessata la materia del contendere nel pendente giudizio di separazione coniugale, nel caso in cui sopraggiunga la pronuncia di una sentenza di delibazione avente ad oggetto una sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale.

Fonte: *www.quotidianogiuridico.it*

Persone, famiglia e tutela degli incapaci, nella giurisprudenza della Cassazione nel 2016

Paolo Di Marzio

Parte I, sostanziale

1. *Il regime patrimoniale della famiglia: comunione legale, fondo patrimoniale, impresa familiare.*

La Suprema Corte ha statuito che qualora il coniuge, titolare di un bene conferito ad un fondo patrimoniale, agisca contro un suo creditore, chiedendo la declaratoria dell'illegittimità dell'iscrizione ipotecaria perché eseguita sul bene al di fuori delle condizioni di cui all'art. 170 cod. civ, ha l'onere di allegare e provare che il debito sia stato contratto per uno scopo estraneo ai bisogni della famiglia e che il creditore fosse a conoscenza di tale circostanza, anche nel caso di iscrizione ipotecaria ex art. 77 del Dpr n. 602 del 1973[1]. Nella medesima decisione la Corte di legittimità ha pure chiarito che l'art. 170 cod. civ., nel disciplinare le condizioni di ammissibilità dell'esecuzione sui beni costituiti nel fondo patrimoniale, detta una regola applicabile anche all'iscrizione di ipoteca non volontaria, ivi compresa quella di cui all'art. 77 del Dpr n. 602 del 1973, sicché l'esattore può iscrivere ipoteca su beni appartenenti al coniuge o al terzo, conferiti nel fondo, se il debito sia stato da loro contratto per uno scopo non estraneo ai bisogni familiari, ovvero - nell'ipotesi contraria - purché il titolare del credito, per il quale l'esattore procede alla riscossione, non fosse a conoscenza di tale estraneità, dovendosi ritenere, diversamente, illegittima l'eventuale iscrizione comunque effettuata[2].

In tema di benefici fiscali, ha chiarito il Giudice di legittimità, l'agevolazione di cui all'art. 19 della legge n. 74 del 1987, nel testo conseguente alla declaratoria di incostituzionalità (Corte cost., sentenza n. 154 del 1999), spetta per gli atti esecutivi degli accordi intervenuti tra i coniugi in esito alla separazione personale o allo scioglimento del matrimonio, atteso il carattere di "negoziazione globale" attribuito alla liquidazione del rapporto coniugale per il tramite di contratti tipici in funzione di definizione non contenziosa, i quali, nell'ambito della nuova cornice normativa (da ultimo culminata nella disciplina di cui agli artt. 6 e 12 del Dl n. 132 del 2014, conv. con modif. nella legge n. 162 del 2014), rinvengono il loro fondamento nella centralità del consenso dei coniugi. La Suprema Corte, nella fattispecie esaminata, ha ritenuto la spettanza del beneficio rispetto al trasferimento, concordato tra i coniugi, di una porzione di immobile che, in costanza di matrimonio, era stato dai medesimi acquistato *pro quota* in regime di separazione dei beni[3].

In tema di impresa familiare, la predeterminazione, ai sensi dell'art. 9 della legge

[1] Cass. Sez. III, sent. 29.1.2016, n. 1652 (Ced Cass. *Rv*. 638354), est. Scrima.

[2] Cass. Sez. III, sent. 29.1.2016, n. 01652 (Ced Cass. *Rv*. 638353), est. Scrima.

[3] Cass. Sez. III, sent. 3.2.2016, n. 2111 (Ced Cass. *Rv*. 639235), est. Napolitano.

n. 576 del 1975 e nella forma documentale prescritta, delle quote di partecipazione agli utili, sia essa oggetto di una mera dichiarazione di verità, come è sufficiente ai fini fiscali, o di un negozio giuridico, può risultare idonea, in difetto di prova contraria da parte del familiare imprenditore, ad assolvere mediante presunzioni l'onere – posto a carico del partecipante che agisca per ottenere gli utili - della dimostrazione sia della fattispecie costitutiva dell'impresa familiare che dell'entità della propria quota di partecipazione ai proventi in proporzione alla quantità e qualità del lavoro prestato[4]. Nella stessa decisione la Corte Suprema ha pure statuito che la partecipazione agli utili per la collaborazione nell'impresa familiare, ai sensi dell'art. 230 *bis* cod. civ., va determinata sulla base degli utili non ripartiti al momento della sua cessazione o di quella del singolo partecipante, nonché dell'accrescimento, a tale data, della produttività dell'impresa ("beni acquistati" con essi, "incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avviamento") in proporzione alla quantità e qualità del lavoro prestato ed è, quindi, condizionata dai risultati raggiunti dall'azienda, atteso che i proventi - in assenza di un patto di distribuzione periodica - non sono naturalmente destinati ad essere ripartiti bensì ad essere reimpiegati nell'azienda o utilizzati per l'acquisto di beni[5].

In tema di comunione legale tra i coniugi, ha deciso la Cassazione, gli atti di disposizione di beni mobili non richiedono il consenso del coniuge non stipulante, essendo posto a carico del disponente unicamente un obbligo di ricostituire, a richiesta dell'altro, la comunione nello stato anteriore al compimento dell'atto o, qualora ciò non sia possibile, di pagare l'equivalente del bene secondo i valori correnti all'epoca della ricostituzione, mentre non è stabilita alcuna sanzione di annullabilità o di inefficacia, per cui l'atto compiuto in assenza del consenso del coniuge resta pienamente valido ed efficace. Il principio è stato enunciato dalla Suprema Corte in una fattispecie avente ad oggetto un preliminare di vendita di quote di S.r.l.[6].

In tema di lavoro familiare, ai fini dell'individuazione del limite temporale del perdurare del diritto di prelazione e riscatto di cui al quinto comma dell'art. 230 *bis* cod. civ. deve aversi riguardo, in virtù del rinvio all'art. 732 cod. civ., al momento della liquidazione della quota, il quale coincide con il consolidarsi, alla cessazione del rapporto con l'impresa familiare, del diritto di credito del partecipe a percepire la quota di utili e di incrementi patrimoniali riferibili alla sua posizione, restando irrilevante la data del passaggio in giudicato della sentenza che su quel diritto ha statuito, in ragione del prodursi degli effetti della medesima alla data dello scioglimento del rapporto[7].

In tema di riscossione coattiva delle imposte, l'iscrizione ipotecaria è ammissibile anche sui beni facenti parte di un fondo patrimoniale alle condizioni indicate dall'art. 170 cod. civ., sicché è legittima solo se l'obbligazione tributaria sia strumentale ai bisogni della famiglia o se il titolare del credito non ne conosceva l'estraneità a tali bisogni, ma grava sul debitore che intenda avvalersi del regime di impignorabilità dei beni costituiti in fondo patrimoniale l'onere di provare l'estraneità del debito alle esigenze familiari e la consapevolezza del creditore[8].

---

[4] Cass. Sez. L, sent. 16.3.2016, n. 5224 (Ced Cass. *Rv*. 639221), est. Torrice.

[5] Cass. Sez. L, sent. 16.3.2016, n. 5224 (Ced Cass. *Rv*. 639222), est. Torrice.

[6] Cass. Sez. I, sent. 13.5.2016, n. 9888 (Ced Cass. *Rv*. 639724), est. Nazzicone.

[7] Cass. Sez. L, sent. 6.9.2016, n. 17639, (Ced Cass. *Rv*. 640823), est. Esposito.

[8] Cass. Sez. V, sent. 9.11.2016, n. 22761 (Ced Cass. *Rv*. 641645), est. Meloni.

2. *La crisi del matrimonio, la separazione dei coniugi e l'addebito*.

In tema di separazione personale dei coniugi, la Corte di legittimità ha precisato che la pronuncia di addebito richiesta da un coniuge per le violenze perpetrate dall'altro non è esclusa qualora risulti provato un unico episodio di percosse, trattandosi di comportamento idoneo comunque a sconvolgere definitivamente l'equilibrio relazionale della coppia, poiché lesivo della pari dignità di ogni persona[9].

In tema di separazione personale tra coniugi, ha deciso il Giudice di legittimità, il mutamento di fede religiosa, e la conseguente partecipazione alle pratiche collettive del nuovo culto, configurandosi come esercizio dei diritti garantiti dall'art. 19 Cost., non può di per sé considerarsi come ragione di addebito della separazione, a meno che l'adesione al nuovo credo religioso non si traduca in comportamenti incompatibili con i concorrenti doveri di coniuge e di genitore previsti dagli artt. 143 e 147 cod. civ., in tal modo determinando una situazione di improseguibilità della convivenza o di grave pregiudizio per l'interesse della prole. In conseguenza, la Corte di legittimità ha escluso l'addebitabilità della separazione al marito in ragione della adesione di quest'ultimo alla confessione religiosa dei Testimoni di Geova, non potendo attribuirsi rilievo all'impegno assunto in sede di celebrazione del matrimonio religioso di conformare l'indirizzo della vita familiare ed educare i figli secondo i dettami della religione cattolica, estraneo alla disciplina civilistica del vincolo[10].

3. *Gli accordi dei coniugi separati*

Gli accordi tra i coniugi modificativi delle disposizioni contenute nel decreto di omologazione della separazione ovvero nell'ordinanza presidenziale ex art. 708 cod. proc. civ., ha deciso la Suprema Corte, trovando legittimo fondamento nell'art. 1322 cod. civ., sono validi ed efficaci, anche a prescindere dal procedimento ex art. 710 cod. proc. civ., qualora non superino i limiti di derogabilità posti dall'art. 160 cod. civ. e purché non interferiscano con l'accordo omologato, ma ne specifichino il contenuto con disposizioni maggiormente rispondenti agli interessi ivi tutelati[11].

4. *L'affidamento ed il collocamento dei figli minori*

In tema di affidamento dei minori, il criterio fondamentale cui deve attenersi il giudice della separazione, ha chiarito la Suprema Corte, è costituito dall'esclusivo interesse morale a materiale della prole, previsto in passato dall'art. 155 cod. civ. ed oggi dall'art. 337 *quater* cod. civ. il quale, imponendo di privilegiare la soluzione che appaia più idonea a ridurre al massimo i danni derivanti dalla disgregazione del nucleo familiare e ad assicurare il migliore sviluppo della personalità del minore, richiede un giudizio prognostico circa la capacità del singolo genitore di crescere ed educare il figlio, da esprimersi sulla base di elementi concreti attinenti alle modalità con cui ciascuno

---

[9] Cass. Sez. VI-I, ord. 14.1.2016, n. 433 (Ced Cass. *Rv*. 638487), est. Bisogni.

[10] Cass. Sez. VI-I, ord. 19.7.2016, n. 14728, (Ced Cass. *Rv*. 641024), est. Mercolino.

[11] Cass. Sez. II, sent. 12.2016, n. 298 (Ced Cass. Rv. 638452), est. Matera.

in passato ha svolto il proprio ruolo, con particolare riguardo alla capacità di relazione affettiva, nonché mediante l'apprezzamento della personalità del genitore. Il Giudice di legittimità ha confermato nella fattispecie la sentenza di merito, ritenendo che la scelta spirituale di uno dei genitori di aderire ad una confessione religiosa diversa da quella cattolica, quella dei Testimoni di Geova, non potesse costituire ragione sufficiente a giustificare l'affidamento esclusivo dei figli minori all'altro genitore, in presenza di emergenze probatorie per le quali entrambi i coniugi risultano legati ai figli e capaci di accudirli nella quotidianità[12].

Il coniuge separato che intenda trasferire la residenza lontano da quella dell'altro coniuge, ha specificato la Corte di legittimità, non perde l'idoneità ad avere in affidamento i figli minori, sicché il giudice deve esclusivamente valutare se sia più funzionale all'interesse della prole il collocamento presso l'uno o l'altro dei genitori, per quanto ciò ineluttabilmente incida in negativo sulla quotidianità dei rapporti con il genitore non affidatario. Nel caso sottoposto al suo esame, la Suprema Corte ha confermato la decisione del giudice di appello di privilegiare la collocazione dei minori presso la madre in ragione dell'età prescolare degli stessi[13].

5. *Divorzio e diritti patrimoniali dell'*ex *coniuge*

In caso di divorzio, sono assoggettate alla disciplina di cui all'art. 12 *bis* della legge n. 898 del 1970 le somme corrisposte dal datore di lavoro come incentivo alle dimissioni anticipate del dipendente (cd. incentivi all'esodo), atteso che dette somme non hanno natura liberale né eccezionale ma costituiscono reddito di lavoro dipendente, essendo predeterminate al fine di sollecitare e remunerare, mediante una vera e propria controprestazione, il consenso del lavoratore alla risoluzione anticipata del rapporto[14].

Il diritto ad una quota della indennità di fine rapporto percepita dall'altro coniuge, previsto dall'art. 12 *bis* della legge n. 898 del 1970 a favore del coniuge divorziato che sia titolare di assegno e che non sia passato a nuove nozze, ha specificato la Suprema Corte, sussiste con riferimento agli emolumenti collegati alla cessazione di un rapporto di lavoro subordinato o parasubordinato che si correlino al lavoro dell'*ex* coniuge, sicché, nel caso di indennità spettante all'agente generale di un'agenzia di assicurazioni, tale diritto spetta unicamente ove l'attività dell'agente si risolva in una prestazione di opera continuativa e coordinata prevalentemente personale e non sia svolta attraverso una struttura organizzata, anche a livello embrionale, con ampi margini di autonomia, riguardo alla scelta dei tempi e dei modi di esercizio, e con assunzione di rischio a proprio carico[15].

---

[12] Cass. Sez. VI-I, ord. 19.7.2016, n. 14728 (Ced Cass. *Rv*. 641025), est. Mercolino.

[13] Cass. Sez. I, sent. 14.9.2016, n. 18087 (Ced Cass. *Rv*. 641020), est. Giancola, edita in *Foro it*, 2016, I, p. 3448, con nota di Geremia Casaburi, *Responsabilità genitoriale e diritti e doveri del figlio, figlio minore, collocamento, mutamento della residenza di un genitore*, in *Guida dir*., 41/2016, p. 36, con nota di Marcella Fiorini, *Necessario preservare la continuità delle relazioni*, e ne *Il Familiarista*, *on line* 14.3.2017, con nota di Rita Rossi, *Collocazione dei figli e criterio della* maternal preference.

[14] Cass. Sez. VI-I, ord. 14.7.2016, n. 14171 (Ced Cass. *Rv*. 640497), est. Bisogni.

[15] Cass. Sez. VI-I, ord. 9.9.2016, n. 17883 (Ced Cass. *Rv*. 641026), est. Mercolino.

6. *La casa familiare*

La Corte di legittimità ha confermato che il coniuge assegnatario della casa familiare, perché affidatario della prole minorenne - o maggiorenne non autosufficiente - può opporre al comodante, che chieda il rilascio dell'immobile, l'esistenza di un provvedimento di assegnazione, pronunciato in un giudizio di separazione o divorzio, solo se tra il comodante e almeno uno dei coniugi (salva la concentrazione del rapporto in capo all'assegnatario, ancorché diverso) il contratto in precedenza insorto abbia contemplato la destinazione del bene a casa familiare. Ne consegue che, in tale evenienza, il rapporto, riconducibile al tipo regolato dagli artt. 1803 e 1809 cod. civ., sorge per un uso determinato ed ha - in assenza di una espressa indicazione della scadenza - una durata determinabile *per relationem*, con applicazione delle regole che disciplinano la destinazione della casa familiare, indipendentemente, dunque, dall'insorgere di una crisi coniugale, ed è destinato a persistere o a venir meno con la sopravvivenza o il dissolversi delle necessità familiari (nella specie, relative a figli minori) che avevano legittimato l'assegnazione dell'immobile[16].

La qualificazione giuridica di un immobile come "casa familiare", ai sensi dell'art. 155 *quater* cod. civ. (applicabile *ratione temporis*) postula, ha specificato il Giudice di legittimità, laddove non risulti in modo inequivoco che, prima del conflitto familiare, vi fosse una stabile e continuativa utilizzazione dello stesso da parte del nucleo costituito da genitori e figli, che la destinazione suddetta sia stata impressa dalle parti non solo in astratto (con l'acquisto in comunione), ma anche in concreto, mediante la loro convivenza nell'immobile. In applicazione dell'anzidetto principio, la Suprema Corte ha ritenuto doversi qualificare come "casa familiare" l'immobile acquistato in comproprietà dai genitori, che lì avevano iniziato la convivenza, prima della nascita del figlio, nella prospettiva di farne il luogo ove avrebbero vissuto insieme. La Cassazione ha escluso la rilevanza, al fine del mutamento di una siffatta destinazione, del temporaneo allontanamento dall'abitazione per il contrasto insorto tra i coniugi dopo la nascita dei figli[17].

In tema di agevolazioni tributarie, il Giudice di legittimità ha chiarito che l'attribuzione al coniuge della proprietà della casa coniugale, in adempimento di una condizione inserita nell'atto di separazione consensuale, non costituisce una forma di alienazione dell'immobile rilevante ai fini della decadenza dai benefici fiscali riconosciuti in relazione alla cosiddetta "prima casa", ma si risolve in una modalità di utilizzazione dello stesso correlata ai giudizi di separazione e di divorzio, che resta svincolata dalla corresponsione di alcun corrispettivo e, quindi, priva di intento speculativo[18].

In materia di assegnazione della casa familiare, ha statuito la Suprema Corte, l'art. 155 *quater* cod. civ. (applicabile *ratione temporis*), laddove prevede che "il provvedimento di assegnazione e quello di revoca sono trascrivibili e opponibili a terzi ai sensi dell'art. 2643" cod. civ., va interpretato nel senso che entrambi non hanno effetto

---

[16] Cass. Sez. III, sent. 9.2.2016, n. 2506 (Ced Cass. *Rv*. 638982), est. Rossetti.

[17] Cass. Sez. I, sent. 19.2.2016, n. 3331 (Ced Cass. *Rv*. 638708), est. Acierno.

[18] Cass. Sez. V, sent. 16.3.2016, n. 5156 (Ced Cass. *Rv*. 639234), est. Cirillo, pubblicata ne *Il fisco*, 15/2016, con nota di Alessandro Borgoglio, *Non perde l'agevolazione il coniuge separato che trasferisce la "prima casa" all'altro coniuge*, e ne *Il Familiarista*, *on line* 6.12.2016, con nota di Marzia Minutillo Turtur, *Accordi traslativi in sede di separazione e benefici prima casa*. Cfr., in materia, anche Cass. sent. n. 13340 del 2016, di cui poco oltre nel testo.

riguardo al creditore ipotecario che abbia acquistato il suo diritto sull'immobile in base ad un atto iscritto anteriormente alla trascrizione del provvedimento di assegnazione, il quale perciò può far vendere coattivamente l'immobile come libero[19].

L'assegnazione della casa familiare ad uno dei coniugi, cui l'immobile non appartenga in via esclusiva, ha osservato la Cassazione, instaura un vincolo (opponibile anche ai terzi per nove anni e, in caso di trascrizione, senza limite di tempo) che oggettivamente comporta una decurtazione del valore della proprietà, totalitaria o parziaria, di cui è titolare l'altro coniuge, il quale da quel vincolo rimane astretto, come i suoi aventi causa, fino a quando il provvedimento non sia eventualmente modificato, sicché nel giudizio di divisione se ne deve tenere conto indipendentemente dal fatto che il bene venga attribuito in piena proprietà all'uno o all'altro coniuge, ovvero sia venduto a terzi[20].

In tema d'imposta di registro e dei relativi benefici per l'acquisto della prima casa, la Suprema Corte ha deciso che il requisito della residenza va riferito alla famiglia. In conseguenza, ove l'immobile acquistato sia adibito a tale destinazione, non rileva la diversa residenza di uno dei coniugi in regime di comunione legale, essendo gli stessi tenuti non ad una comune sede anagrafica, ma alla coabitazione. Deve essere, peraltro, accertata l'effettiva destinazione a residenza principale della famiglia e, cioè, la coabitazione dei coniugi nell'immobile, non essendo sufficiente che uno solo di essi abbia trasferito la sua residenza nel relativo comune di ubicazione[21].

In tema di agevolazioni tributarie, il Giudice di legittimità ha poi riaffermato che l'attribuzione al coniuge della proprietà della casa familiare, in adempimento di una condizione della separazione consensuale, non costituisce atto dispositivo rilevante ai fini della decadenza dai benefici "prima casa", atteso che, pur non essendo essenziale per addivenire alla separazione o al divorzio, è diretto a sistemare globalmente i rapporti fra coniugi, nella prospettiva di una definizione tendenzialmente stabile della crisi, ed è, quindi, un atto relativo a tali procedimenti, che può fruire dell'esenzione di cui all'art. 19 della legge n. 74 del 1987, salva la contestazione da parte della Amministrazione, onerata della relativa prova, della finalità elusiva[22].

In tema di agevolazioni "prima casa", la Suprema Corte ha chiarito che il requisito della mancanza di titolarità su tutto il territorio nazionale del diritto di proprietà, usufrutto, uso, abitazione e nuda proprietà di un'altra casa acquistata col medesimo beneficio, di cui all'art. 1, nota II *bis*, lett. c, della parte I della tariffa allegata al Dpr n. 131 del 1986, non può essere inteso, atteso il chiaro tenore letterale della disposizione, come mancanza di disponibilità effettiva di essa, sicché non sussiste ove l'immobile di proprietà del contribuente sia stato assegnato, in sede di separazione o divorzio, al coniuge separato o all'*ex* coniuge, in quanto affidatario di prole minorenne[23].

---

[19] Cass. Sez. III, sent. 20.4.2016, n. 7776 (Ced Cass. *Rv*. 639499), est. Barreca, edita in *Fam. dir*., 1/2017, p. 33, con nota di Camilla Chiusoli, *Assegnazione della casa familiare e opponibilità ai terzi: la "disarmante semplicità" del principio di priorità della trascrizione*, e ne *Il Familiarista*, *on line* 23.9.206, con nota di Giuseppe Fiengo, *Espropriazione forzata e opponibilità dell'assegnazione della casa familiare*.

[20] Cass. Sez. II, sent. 22.4.2016, n. 8202 (Ced Cass. *Rv*. 639528), est. Parziale. Questa affermazione è stata poi sollecitamente rettificata dalla stessa seconda sezione della Suprema Corte, con sent. n. 17843 del 2016, di cui poco oltre.

[21] Cass. Sez. V, sent. 28.6.2016, n. 13335 (Ced Cass. *Rv*. 640345), est. Zoso.

[22] Sez. V, sent. 28.6.2016, n. 13340 (Ced Cass. *Rv*. 640344), est. Zoso.

[23] Cass. Sez. VI-V, ord. 18.7.2016, n. 14673 (Ced Cass. *Rv*. 640515), est. Napolitano.

In materia di divorzio, la sentenza che ponga a carico del marito l'obbligo di mantenimento della *ex* moglie e revochi l'assegnazione della casa coniugale a quest'ultima, contestualmente affermando che il bene segua "il normale regime civilistico", ha chiarito la Cassazione, va intesa nel senso che la casa torna nel godimento esclusivo della stessa *ex* moglie, in quanto ne era unica proprietaria, essendo tale interpretazione l'unica desumibile, oltre che dal tenore letterale del disposto, anche dalla piena corrispondenza di una simile conseguenza con l'imposizione, sempre al marito, dell'assegno di mantenimento. In applicazione di questo principio, la Suprema Corte ha confermato la sentenza che aveva accolto l'opposizione a precetto per il rilascio dell'immobile, intimato dal marito a carico dell'*ex* moglie, rilevando come l'assenza di una statuizione espressa di assegnazione in suo favore della casa coniugale escludesse l'esistenza di un titolo dotato del requisito della certezza che lo legittimasse a procedere ad esecuzione forzata[24].

La Suprema Corte ha specificato pure che l'assegnazione del godimento della casa familiare, ex art. 155 cod. civ. previgente e art. 155 *quater* cod. civ., ovvero in forza della legge sul divorzio, non può essere considerata in occasione della divisione dell'immobile in comproprietà tra i coniugi al fine di determinare il valore di mercato del bene qualora l'immobile venga attribuito al coniuge titolare del diritto al godimento stesso, atteso che tale diritto è attribuito nell'esclusivo interesse dei figli e non del coniuge affidatario e, diversamente, si realizzerebbe una indebita locupletazione a suo favore, potendo egli, dopo la divisione, alienare il bene a terzi senza alcun vincolo e per il prezzo integrale[25].

7. *L'assegno di mantenimento per il coniuge*

In sede di divorzio, ha statuito il Giudice di legittimità, ai fini della determinazione dell'assegno per il coniuge bisognoso deve tenersi conto dell'intera consistenza patrimoniale di ciascuno dei coniugi e, conseguentemente, di qualsiasi utilità suscettibile di valutazione economica, compreso l'uso di una casa di abitazione, determinante un risparmio di spesa, salvo che l'immobile sia occupato in via di mero fatto, trattandosi, in tale ultima ipotesi, di una situazione precaria ed essendo le difficoltà di liberazione, da parte del proprietario, un aspetto estraneo alla ponderazione delle rispettive posizioni patrimoniali e reddituali[26].

La Suprema Corte ha anche chiarito che è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 156, comma primo, cod. civ., per contrarietà agli artt. 3 e 29 Cost., laddove, nell'ipotesi di addebito della separazione ad entrambi i coniugi, esclude il diritto all'assegno di mantenimento, atteso che il legislatore, esercitando un legittimo apprezzamento discrezionale, ha inteso sanzionare l'inosservanza dei

---

[24] Cass. Sez. III, sent. 26.7.2016, n. 15373 (Ced Cass. *Rv*. 641292), est. Frasca.

[25] Cass. Sez. II, sent. 9.9.2016, n. 17843 (Ced Cass. *Rv*. 641168), est. D'Ascola, pubblicata in *Fam. dir*. 5/2017, p. 434, con nota di Claudia Irti, *Divisione giudiziale della casa familiare in comunione e incidenza economica del vincolo discendente dal provvedimento di assegnazione*, ed in *Foro it*. 2016, I, p. 226, con nota redazionale. Come si è segnalato, questa decisione si pone in contrasto con quanto affermato dalla stessa seconda sezione della Suprema Corte con sentenza n. 8202 del 2016, innanzi riportata.

[26] Cass. Sez. VI-I, ord. 11.1.2016, n. 223 (Ced Cass. *Rv*. 638050), est. Genovese.

doveri nascenti dal matrimonio e rafforzare il vincolo matrimoniale, riconducendo a tale violazione la perdita di quel dovere di assistenza che sopravvive alla separazione, peraltro non privando completamente di tutela il coniuge economicamente più debole, cui vengono comunque garantiti il diritto agli alimenti e, in caso di morte del coniuge, quello ad un assegno vitalizio in sostituzione della quota di riserva[27].

La Corte di legittimità ha quindi ribadito quanto affermato dalla prima sezione civile della Cassazione, con sentenza n. 6855 del 2015, e pertanto che l'instaurazione da parte del coniuge divorziato di una nuova famiglia, ancorché di fatto, rescindendo ogni connessione con il tenore ed il modello di vita caratterizzanti la pregressa fase di convivenza matrimoniale, fa venire definitivamente meno ogni presupposto per la riconoscibilità dell'assegno divorzile a carico dell'altro coniuge, sicché il relativo diritto non entra in stato di quiescenza, ma resta definitivamente escluso. Infatti, la formazione di una famiglia di fatto - costituzionalmente tutelata ai sensi dell'art. 2 Cost. come formazione sociale stabile e duratura in cui si svolge la personalità dell'individuo - è espressione di una scelta esistenziale, libera e consapevole, che si caratterizza per l'assunzione piena del rischio di una cessazione del rapporto e, quindi, esclude ogni residua solidarietà postmatrimoniale con l'altro coniuge, il quale non può che confidare nell'esonero definitivo da ogni obbligo[28].

In tema di separazione personale dei coniugi, l'attitudine al lavoro dei medesimi, quale elemento di valutazione della loro capacità di guadagno, può assumere rilievo, ai fini del riconoscimento e della liquidazione dell'assegno di mantenimento, solo se venga riscontrata in termini di effettiva possibilità di svolgimento di un'attività retribuita, in considerazione di ogni concreto fattore individuale ed ambientale, e non già di mere valutazioni astratte ed ipotetiche. In applicazione dell'anzidetto principio, la Suprema Corte ha confermato la sentenza impugnata che, nel quantificare l'assegno di mantenimento riconosciuto alla moglie, aveva valutato il titolo di studio universitario e l'abilitazione professionale da lei posseduti ma anche le sue presumibili difficoltà nell'inserimento nel mondo del lavoro, dovute all'età ed alla mancanza di precedenti esperienze professionali[29].

La corresponsione dell'assegno divorzile in unica soluzione su accordo tra le parti, soggetto a verifica giudiziale, ha chiarito il Giudice di legittimità, è satisfattivo di qualsiasi obbligo di sostentamento nei confronti del beneficiario, il quale, quindi, non può avanzare successivamente ulteriori pretese di contenuto economico, né può essere considerato, all'atto del decesso dell'*ex* coniuge, titolare dell'assegno di divorzio, avente, come tale, diritto di accedere alla pensione di reversibilità o, in concorso con il coniuge superstite, a una sua quota[30].

---

[27] Cass. Sez. I, sent. 25.1.2016, n. 1259 (Ced Cass. *Rv*. 638493), est. Bisogni.

[28] Cass. Sez. VI-I, ord. 8.2.2016, n. 2466 (Ced Cass. *Rv*. 638605), est. Bisogni.

[29] Cass. Sez. VI-I, ord. 6.4.2016, n. 6427, (Ced Cass. *Rv*. 639189), est. Mercolino, edita in *Dir. giust*., 18/2016, p. 4, con nota di Katia Mascia, *Determinazione assegno divorzile: parametro indispensabile è il tenore di vita durante il matrimonio*.

[30] Cass. Sez. L, sent. 5.5.2016, n. 9054 (Ced Cass. *Rv*. 639581), est. Doronzo, edita in *Foro it*., 2016, I, p. 2425, con annotazione redazionale, e ne *Il Familiarista*, *on line* 17.2.2017, con nota di Ornella Attisano, *Niente reversibilità per chi ha percepito l'*una tantum.

8. *Il mantenimento dei figli*

In ordine alla domanda concernente la revisione del contributo per il mantenimento dei figli minori, proposta ex art. 9 della legge n. 898 del 1970, la Suprema Corte ha chiarito che il giudice non può procedere ad una nuova ed autonoma valutazione dei presupposti o dell'entità dell'assegno, sulla base di una diversa ponderazione delle condizioni economiche delle parti ma, nel pieno rispetto delle valutazioni espresse al momento dell'attribuzione dell'emolumento, deve limitarsi a verificare se, ed in quale misura, le circostanze sopravvenute abbiano alterato l'equilibrio così raggiunto e ad adeguare l'importo o lo stesso obbligo della contribuzione alla nuova situazione patrimoniale[31].

In tema di spese straordinarie sostenute nell'interesse dei figli, la Corte di legittimità ha specificato che il mancato preventivo interpello del coniuge divorziato può essere sanzionato nei rapporti tra i coniugi ma non comporta l'irripetibilità delle spese, nel caso di specie relative all'iscrizione ad un corso sportivo ed all'attività scoutistica, effettuate nell'interesse del minore e compatibili con il tenore di vita della famiglia[32].

In materia di separazione personale dei coniugi, la formazione di una nuova famiglia e la nascita di figli dal nuovo *partner*, ha deciso la Suprema Corte, pur non determinando automaticamente una riduzione degli oneri di mantenimento dei figli nati dalla precedente unione, deve essere valutata dal giudice come circostanza sopravvenuta che può portare alla modifica delle condizioni originariamente stabilite in quanto comporta il sorgere di nuovi obblighi di carattere economico che gravano sull'obbligato[33].

9. *I figli nati da genitori non uniti in matrimonio*

Il Giudice di legittimità ha escluso la validità del riconoscimento di figlio naturale contenuto in una scrittura privata che non possa qualificarsi come un testamento olografo, non evincendosi univocamente da essa la volontà del *de cuius* di voler determinare l'effetto accertativo della filiazione dopo la propria morte. La Cassazione ha peraltro ribadito che l'atto contenente disposizioni di carattere esclusivamente non patrimoniale può essere qualificato alla stregua di un testamento purché di questo abbia però contenuto, forma e funzione, la quale ultima, in particolare, consiste nell'esercizio, da parte dell'autore, del proprio generale potere di disporre *mortis causa*. L'autore della dichiarazione, nel caso di specie, si era limitato a scrivere che una certa persona era sua figlia[34].

---

[31] Cass. Sez. VI-I, ord. 11.1.2016, n. 214 (Ced. Cass. *Rv*. 638131), est. Acierno.

[32] Cass. Sez. VI-I, ord. 8.2.2016, n. 2467 (Ced Cass. *Rv*. 638634), est. Bisogni.

[33] Cass. Sez. VI-I, ord. 12.7.2016, n. 14175 (Ced Cass. *Rv*. 640498), est. Bisogni.

[34] Cass. Sez. II, sent. 2.2.2016, n. 1993 (Ced Cass. *Rv*. 638788), est. Scarpa, edita in *Riv. notar.*, 5/2016, p. 967, con note di Giuseppe Musolino, *Il riconoscimento di figlio naturale nel testamento* e, 3/2017, p. 573, di Marcello Di Fabio, *In tema di atto di riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio*, e ne *Il Familiarista*, *on line* 25.10.2016, con nota di Vera Tagliaferri, *Validità del testamento contenente il riconoscimento del figlio non matrimoniale*.

10. *Il disconoscimento di paternità*

Il termine annuale per la proposizione della domanda di disconoscimento della paternità naturale, ha deciso la Corte di legittimità, è assoggettato alla sospensione per il periodo feriale di cui all'art. 1 della legge n. 742 del 1969, applicabile anche ai termini di decadenza di carattere sostanziale, ma con rilevanza processuale, come quello di cui all'art. 244 cod. civ., qualora la possibilità di agire in giudizio costituisca, per il titolare che deve munirsi di una difesa tecnica, l'unico rimedio idoneo a far valere il suo diritto, senza che assuma rilievo la maggiore o minore brevità del termine decadenziale di volta in volta sancito per intraprendere l'azione[35].

11. *Convivenza* more uxorio*: doveri morali e sociali e risarcimento del danno*.

Le unioni di fatto, quali formazioni sociali rilevanti ex art. 2 Cost., ha spiegato la Suprema Corte, sono caratterizzate da doveri di natura morale e sociale di ciascun convivente nei confronti dell'altro, che si esprimono anche nei rapporti di natura patrimoniale e si configurano come adempimento di un'obbligazione naturale ove siano rispettati i principi di proporzionalità ed adeguatezza. Ne consegue che, in un tale contesto, l'attività lavorativa e di assistenza svolta in favore del convivente *more uxorio* assume una siffatta connotazione quando sia espressione dei vincoli di solidarietà ed affettività di fatto esistenti, alternativi a quelli tipici di un rapporto a prestazioni corrispettive, quale il rapporto di lavoro subordinato, benchè non possa escludersi che, talvolta, essa trovi giustificazione proprio in quest'ultimo, del quale deve fornirsi prova rigorosa, e la cui configurabilità costituisce valutazione, riservata al giudice di merito, insindacabile in sede di legittimità ove adeguatamente motivata. Nella specie, la Suprema Corte ha confermato la sentenza impugnata, che aveva negato la natura di obbligazione naturale al contributo lavorativo continuativo fornito dalla donna all'azienda del convivente, in quanto fonte di arricchimento senza causa, ed esclusivo, dell'uomo, in luogo di quello dell'intera famiglia cui detto apporto lavorativo era preordinato[36].

La sofferenza provata dal convivente *more uxorio*, in conseguenza dell'uccisione del figlio unilaterale del *partner*, ha chiarito il Giudice di legittimità, è un danno non patrimoniale risarcibile soltanto se sia dedotto e dimostrato che tra la vittima e l'attore sussistesse un rapporto familiare di fatto, il quale non si esaurisce nella mera convivenza, ma consiste in una relazione affettiva stabile, duratura, risalente e sotto ogni aspetto coincidente con quella naturalmente scaturente dalla filiazione[37].

---

[35] Cass. Sez. I, sent. 1.2.2016, n. 1868 (Ced Cass. *Rv*. 638489), est. Lamorgese.

[36] Cass. Sez. I, sent. 25.1.2016, n. 1266 (Ced Cass. *Rv*. 638320), est. Valitutti, edita ne *Il Familiarista*, *on line* 26.4.2016, con nota di Annarita Oliva, *Prestazioni lavorative tra conviventi e azione di ingiustificato arricchimento*, ed in *Guida dir*., 12/2016, p. 64, con nota di Marino Maglietta, *Il concetto di stabilità andrebbe ancorato a una durata minima*.

[37] Cass. Sez. III, sent. 21.4.2016, n. 8037 (Ced Cass. *Rv*. 639520), est. Rossetti, pubblicata in *Foro it*., 2017, I, p. 301, con nota di Salvatore Patti, *Le convivenze "di fatto" tra normativa di tutela e regime opzionale*, in *Fam. dir*., 4/2017, p. 329, con nota di Luigi La Battaglia, *Il danno non patrimoniale da perdita del figlio del* partner*: variazioni sul tema della famiglia di fatto*, ed in *Danno resp*., 1/2017, p. 30, con nota di Alessandra Garibotti, *Il risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale nell'ambito delle famiglie ricostituite e nelle unioni civili*.

12. *Incapacità naturale, conseguenze*

L'annullamento delle dimissioni del lavoratore perché presentate in stato di incapacità naturale, ha statuito la Suprema Corte, presuppone non solo la sussistenza di un quadro psichico connotato da aspetti patologici ma anche l'incidenza causale tra l'alterazione mentale e le ragioni soggettive che hanno spinto il lavoratore al recesso. Nel caso di specie, la Cassazione ha cassato con rinvio la sentenza di appello che non aveva ammesso la consulenza tecnica di ufficio richiesta dal dipendente di una ASL, non valutando adeguatamente un certificato medico, di poco precedente le dimissioni, rilasciato da altra ASL, dal quale risultava che il dimissionario era affetto da patologia psicotica con marcata disabilità neurologica e relazionale[38].

La Corte di legittimità ha deciso che risponde ai sensi dell'art. 2047, primo comma, cod. civ., dei danni cagionati dall'incapace maggiorenne non interdetto, colui che abbia liberamente scelto di accogliere l'incapace nella propria sfera personale, convivendo con esso ed assumendone spontaneamente la sorveglianza. In conseguenza, per dismettere tale responsabilità, è necessaria una determinazione di volontà uguale e contraria, che può essere realizzata anche trasferendo su altro soggetto l'obbligo di sorveglianza, sì da sostituire all'affidamento volontario preesistente un altro, quanto meno equivalente, la cui idoneità deve essere verificata dal giudice con valutazione prognostico-ipotetica *ex ante* riferita al momento "del passaggio delle consegne". La Cassazione ha perciò confermato la decisione impugnata, che aveva riconosciuto il trasferimento del dovere di sorveglianza su un incapace maggiorenne da un genitore all'altro, nella decisione della madre di non proseguire la convivenza con il figlio e nella contestuale libera e consapevole decisione del padre di portarlo con sé a vivere in campagna, in luogo astrattamente idoneo all'esercizio della sorveglianza in condizioni addirittura preferibili a quelle in precedenza offerte dalla madre[39].

In tema di incapacità naturale conseguente ad infermità psichica (nella specie, demenza senile grave), la Suprema Corte ha statuito che, accertata la totale incapacità di un soggetto in due periodi prossimi nel tempo, la sussistenza di tale condizione è presunta, *iuris tantum*, anche nel periodo intermedio, sicché la parte che sostiene la validità dell'atto compiuto è tenuta a provare che il soggetto ha agito in una fase di lucido intervallo o di remissione della patologia[40].

13. *Lo stato di abbandono e l'adottabilità*

L'adozione del minore, recidendo ogni legame con la famiglia di origine, costituisce una misura eccezionale (una *extrema ratio*), ha confermato la Corte di legittimità, cui è possibile ricorrere non già per consentirgli di essere accolto in un contesto più favorevole, così sottraendolo alle cure dei suoi genitori biologici, ma solo quando si

---

[38] Cass. Sez. L, sent. 21.1.2016, n. 1070 (Ced Cass. *Rv*. 638516), est. Balestrieri.

[39] Cass. Sez. III, sent. 26.1.2016, n. 1321, (Ced Cass. *Rv*. 638648), est. Rubino, edita in *Corr. giur*., 11/2016, p. 1357, con nota di Maria Novella Bugetti, *Cura del figlio maggiorenne incapace e risarcimento del danno ex art. 2047 c.c*., ed in *Danno resp*., 10/2016, p. 1000, con nota di Elena Villa, *Omicidio commesso da soggetto maggiorenne incapace ma non interdetto. Quando ricade la responsabilità sui sorveglianti?*

[40] Cass. Sez. II, sent. 4.3.2016, n. 4316 (Ced Cass. *Rv*. 639411), est. Scarpa.

siano dimostrate impraticabili le altre misure, positive e negative, anche di carattere assistenziale, volte a favorire il ricongiungimento con i genitori biologici, ivi compreso l'affidamento familiare di carattere temporaneo, ai fini della tutela del superiore interesse del figlio[41]. Nella stessa decisione la Cassazione ha specificato che il ricorso alla dichiarazione di adottabilità di un figlio minore è consentito solo in presenza di fatti gravi ed indicativi, in modo certo, dello stato di abbandono, morale e materiale, che devono essere specificamente dimostrati in concreto, senza possibilità di dare ingresso a giudizi sommari di incapacità genitoriale, seppure espressi da esperti della materia, non basati su precisi elementi fattuali idonei a dimostrare un reale pregiudizio per il figlio e di cui il giudice di merito deve dare conto[42]. Inoltre, ai fini dell'accertamento dello stato di abbandono, quale presupposto della dichiarazione di adottabilità, non basta che risultino insufficienze o malattie mentali, anche permanenti, o comportamenti patologici dei genitori, essendo necessario accertare la capacità genitoriale in concreto di ciascuno di loro, a tal fine verificando l'esistenza di comportamenti pregiudizievoli per la crescita equilibrata e serena dei figli e tenendo conto della positiva volontà dei genitori di recupero del rapporto con essi[43].

In tema di adozione, il prioritario diritto fondamentale del figlio di vivere, nei limiti del possibile, con i suoi genitori e di essere allevato nell'ambito della propria famiglia, sancito dall'art. 1 della legge n. 184 del 1983, ha chiarito la Suprema Corte, impone particolare rigore nella valutazione dello stato di adottabilità, ai fini del perseguimento del suo superiore interesse, potendo quel diritto essere limitato solo ove si configuri un endemico e radicale stato di abbandono - la cui dichiarazione va reputata, alla stregua della giurisprudenza costituzionale, della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia, come *extrema ratio* - a causa dell'irreversibile incapacità dei genitori di allevarlo e curarlo per loro totale inadeguatezza. La Cassazione, pertanto, disposta la revocazione di una sua precedente decisione e procedendo al giudizio rescissorio, ha cassato la sentenza di merito che aveva desunto l'inadeguatezza dei genitori da un singolo episodio di abbandono della figlia minore nell'auto parcheggiata sotto casa, benché fosse stata successivamente esclusa qualsivoglia situazione di pericolo derivata da tale situazione, nonché da un riferimento, affatto generico, all'avanzata età dei genitori[44].

14. *L'adozione del figlio del partner nella coppia omosessuale* (c.d. stepchild adoption)

In tema di adozione in casi particolari, ha statuito il Giudice di legittimità, l'art. 44, comma 1, lett. d), della legge n. 183 del 1994, integra una clausola di chiusura del sistema, intesa a consentire l'adozione del minore tutte le volte in cui è necessario salvaguardare la continuità affettiva ed educativa della relazione tra adottante ed adottando,

---

[41] Cass. Sez. I, sent. 14.4.2016, n. 7391 (Ced Cass. *Rv*. 639328), est. Lamorgese.

[42] Cass. Sez. I, sent. 14.4.2016, n. 7391 (Ced Cass. *Rv*. 639327), est. Lamorgese.

[43] Cass. Sez. I, sent. 14.4.2016, n. 7391 (Ced Cass. *Rv*. 639329), est. Lamorgese.

[44] Cass. Sez. I, sent. 30.6.2016, n. 13435 (Ced Cass. *Rv*. 640326), est. Nazzicone, edita in *Foro it*., 2016, I, p. 2319, con nota redazionale e di Geremia Casaburi, *La revocabilità delle sentenze (della Cassazione) di adottabilità dei minori tra giudici supremi interni e sovranazionali: le* "liaisons dangereouses", in *Fam. dir*., 4/2017, p. 319, con nota di Alberto Figone, *Accertamento dello stato d'abbandono e revocazione di sentenza della Cassazione*, e ne *Il Familiarista*, *on line* 28.11.2016, con nota di Luca Volpe, *Per l'adozione dei minori non conta l'età di chi adotta*.

come elemento caratterizzante del concreto interesse del minore a vedere riconosciuti i legami sviluppatisi con altri soggetti che se ne prendono cura, con l'unica previsione della *condicio legis* della «constatata impossibilità di affidamento preadottivo», che va intesa, in coerenza con lo stato dell'evoluzione del sistema della tutela dei minori e dei rapporti di filiazione biologica ed adottiva, come impossibilità "di diritto" di procedere all'affidamento preadottivo e non di impossibilità "di fatto", derivante da una situazione di abbandono (o di semi abbandono) del minore in senso tecnico-giuridico. La mancata specificazione di requisiti soggettivi di adottante ed adottando, inoltre, implica che l'accesso a tale forma di adozione non legittimante è consentito alle persone singole ed alle coppie di fatto, senza che l'esame delle condizioni e dei requisiti imposti dalla legge, sia in astratto (l'impossibilità dell'affidamento preadottivo) che in concreto (l'indagine sull'interesse del minore), possa svolgersi dando rilievo, anche indirettamente, all'orientamento sessuale del richiedente ed alla conseguente relazione da questo stabilita con il proprio *partner*[45].

15. *Parto anonimo e diritto alle origini*

Nel caso di cd. parto anonimo, sussiste il diritto del figlio, ha deciso la Suprema Corte, dopo la morte della madre, di conoscere le proprie origini biologiche mediante accesso alle informazioni relative all'identità personale della stessa, non potendosi considerare operativo, oltre il limite della vita della madre che ha partorito in anonimo, il termine di cento anni, dalla formazione del documento, per il rilascio della copia integrale del certificato di assistenza al parto o della cartella clinica, comprensivi dei dati personali che rendono identificabile la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata, previsto dall'art. 93, comma 2, del D.lgs. n. 196 del 2003, che determinerebbe la cristallizzazione di tale scelta anche dopo la sua morte e la definitiva perdita del diritto fondamentale del figlio, in evidente contrasto con la necessaria reversibilità del segreto (Corte cost. n. 278 del 2013) e l'affievolimento, se non la scomparsa, di quelle ragioni di protezione che l'ordinamento ha ritenuto meritevoli di tutela per tutto il corso della vita della madre, proprio in ragione della revocabilità di tale scelta[46].

---

[45] Cass. Sez. I, sent. 22.6.2016, n. 12962 (Ced. Cass. *Rv*. 640133), est. Acierno, edita, tra l'altro, in *Giur. it*., 2016, p. 2573, con nota di Antonello Spadafora, *Adozione, tutela dell'omogenitorialità ed i rischi di eclissi della volontà legislativa* e, p. 2580, di Ilaria Rivera, *La sentenza della Corte di Cassazione n. 12962/2016 e il superiore interesse del minore*, in *Foro it*., I, 2016, p. 2342, con nota di Geremia Casaburi, *L'adozione omogenitoriale e la Cassazione: il convitato di pietra*, in *Fam. dir*., 11/2016, p. 1025, con nota di Silvia Veronesi, *La Corte di cassazione si pronuncia sulla* stepchild adoption, ed in *Corr. giur*., 10/2016, p. 1203, con nota di Paolo Morozzo della Rocca, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della* stepchild adoption. La decisone, che opera il riconoscimento della c.d. *stepchild adoption* (adozione del figlio del *partner* omosessuale), è stata annotata in tutte le principali riviste. Cfr., anche, la parte processuale di questa rassegna.

[46] Cass. Sez. I, sent. 21.7.2016, n. 15024 (Ced Cass. *Rv*. 641021), est. Bisogni, edita in *Foro it*., 2016, I, p. 3114, con nota redazionale di Geremia Casaburi, in *Nuova giur. civ. comm*., 11/2016, p. 1484, con nota di Maria Gabriella Stanzione, *Il diritto del figlio di conoscere le proprie origini nel dialogo tra le Corti*, in *Fam. dir*., 1/2017, p. 15, con nota di Emanuela Andreola, *Accesso alle informazioni sulla nascita e morte della madre anonima*, e ne *Il Familiarista*, *on line* 17.1.2017, con nota di Alessandra Cagnazzo, *Il diritto alla conoscenza delle proprie origini biologiche* e, *on line* 1°.2.2017, con nota di Simona Viciani, *Il bilanciamento degli interessi tra il diritto della madre all'anonimato (all'oblio) e*

La Suprema Corte ha pure precisato che il diritto del figlio adottivo a conseguire l'informazione circa l'identità dei genitori biologici concerne l'attuazione dello sviluppo della personalità individuale, in relazione al profilo del completamento dell'identità personale, ed è pertanto tutelato ai sensi dell'art. 2 della Costituzione. Il diritto all'oblio della madre, che abbia domandato di non essere nominata in occasione del parto, non si estingue completamente con la morte, ma a seguito di quest'evento non è più possibile interpellarla per accertare che la sua determinazione non sia cambiata. In una simile evenienza il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini deve essere valutato prevalente e deve essergli riconosciuta la possibilità di conoscere l'identità della madre biologica[47].

16. *Il bambino con due madri*

La Corte di legittimità ha deciso che il riconoscimento e la trascrizione, nel registro dello stato civile in Italia, di un atto straniero, validamente formato, nel quale risulti la nascita di un figlio da due donne a seguito di procedura assimilabile alla fecondazione eterologa, per aver la prima donato l'ovulo e la seconda condotto a termine la gravidanza con utilizzo di un gamete maschile di un terzo ignoto, non contrastano con l'ordine pubblico per il solo fatto che il legislatore nazionale non preveda o vieti il verificarsi di una simile fattispecie sul territorio italiano, dovendosi avere riguardo al principio, di rilevanza costituzionale primaria, del superiore interesse del minore, che si sostanzia nel suo diritto alla conservazione dello *status filiationis*, validamente acquisito all'estero[48].

Nella medesima decisione la Cassazione ha affermato che l'atto di nascita straniero,

---

il diritto del figlio naturale di conoscere le proprie origini.

[47] Cass. Sez. I, sent. 9.11.2016, n. 22838 (Ced Cass. *Rv*. 641857) est. Acierno, edita, tra l'altro, in *Guida dir*., con nota perplessa di Mario Finocchiaro, *La Cassazione "fa sue" le prerogative del legislatore*, in *Foro it*., 2016, I, p. 3784, con nota di Geremia Casaburi, *Adozione e affidamento, madre biologica, dichiarazione di non voler essere nominata*, in *Nuova giur. civ. comm*., 3/2017, p. 319, con nota di Maria Gabriella Stanzione, *Scelta della madre per l'anonimato e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini*, in *Corr. giur*., 1/2017, p. 24, con nota di Vincenzo Carbone, *Con la morte della madre al figlio non è più opponibile l'anonimato: i giudici di merito e la Cassazione a confronto*, ne *Il Familiarista*, *on line* 26.4.2017, con nota di Valeria Montaruli, *L'accesso alle origini nell'adozione: un antico dilemma*, ed in *Giustizia civile.com*, *on line* 22.5.2017, con nota di Daniela De Francesco, *Il diritto a conoscere le proprie origini in caso di morte della madre biologica*.

[48] Cass. Sez. I, sent. 30.9.2016, n. 19599 (Ced Cass. *Rv*. 641311), est. Lamorgese, edita, tra l'altro, in *Guida dir*., 44/2016, p. 36, con nota di Antonino Porracciolo, *Esclusa la violazione dei principi di ordine pubblico*, in *Dir. fam*., 2017, I, p. 298, con nota di Paolo Di Marzio, *Figlio di due madri?*, in *Vita notar*., 1/2017, p. 131, con nota di Salvatore Di Gesu, *La tutela dei rapporti di filiazione sorti all'estero in coppia omogenitoriale*, e ne *Il Familiarista*, *on line* 1°.12.2016, con nota di Annamaria Fasano, *La Costituzione non vieta alle coppie dello stesso sesso di generare figli*, ed in *Dir. civ. cont*., *on line* 8.1.2017, con nota critica di Bartolo Salone, *Trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso e ordine pubblico internazionale. La Cassazione alle prese con un singolare caso di "doppia maternità"*. Alla decisione è collegata, nell'archivio informatico della Suprema Corte, la relazione dell'Ufficio del Massimario n. 18 del 3.2.2016, est. Paolo Di Marzio. La sentenza è stata pubblicata da tutte le principali riviste e presenta anche profili di significativo rilievo per il diritto processuale, in ordine ai quali si rinvia alla relativa trattazione in questa rassegna, anche per ulteriori citazioni bibliografiche.

validamente formato, da cui risulti la nascita di un figlio da due madri, per avere l'una donato l'ovulo e l'altra partorito, non contrasta, di per sé, con l'ordine pubblico per il fatto che la tecnica procreativa utilizzata non sia riconosciuta nell'ordinamento italiano dalla legge n. 40 del 2004, rappresentando quest'ultima una delle possibili modalità di attuazione del potere regolatorio attribuito al legislatore ordinario su una materia, pur eticamente sensibile e di rilevanza costituzionale, sulla quale le scelte legislative non sono costituzionalmente obbligate[49]. Ancora nella stessa sentenza, la Cassazione ha pure statuito che la procedura di maternità assistita tra due donne legate da un rapporto di coppia, con donazione dell'ovocita da parte della prima e conduzione a termine della gravidanza ad opera della seconda con utilizzo di un gamete maschile di un terzo ignoto, non costituisce una fattispecie di maternità surrogata o di surrogazione di maternità, ma integra un'ipotesi di genitorialità realizzata all'interno della coppia, assimilabile alla fecondazione eterologa, dalla quale si distingue per essere il feto legato biologicamente ad entrambe le donne[50].

Parte II, processuale

1. *Comunione legale dei beni e litisconsorzio necessario*.

Qualora uno dei coniugi in regime di comunione legale dei beni, abbia da solo acquistato o venduto un bene immobile oggetto della comunione, ha deciso la Suprema Corte, il coniuge rimasto estraneo alla formazione dell'atto è litisconsorte necessario in tutte le controversie in cui si chieda al giudice una pronuncia che incida direttamente e immediatamente sul diritto, sicché l'azione volta alla rimozione o comunque all'arretramento a distanza legale di opere assunte come abusivamente eseguite va proposta nei confronti di entrambi i coniugi, ancorché non risultino dalla nota trascritta nei registri immobiliari né il regime di comunione, né l'esistenza del coniuge, non trattandosi di questione concernente la circolazione dei beni e l'anteriorità dei titoli, bensì di azione reale[51].

2. *Il giudizio di separazione personale dei coniugi*

In tema di prova in ordine alla capacità reddituale dei coniugi nei giudizi di separazione e divorzio, la Corte di legittimità ha statuito che, ove il giudice abbia chiesto ad entrambe le parti l'esibizione della documentazione relativa ai rapporti bancari da ciascuna intrattenuti ed una sola di queste abbia ottemperato alla richiesta fornendo materia per gli accertamenti giudiziali, il giudice che ne abbia fatto uso ha l'obbligo di motivare in ordine al significato del comportamento omissivo della parte inottemperante, costituendo l'asimmetria comportamentale ed informativa una condotta da cui desumere argomenti di prova ex art. 116, comma 2, cod. proc. civ.[52].

---

[49] Cass. Sez. I, sent. 30.9.2016, n. 19599 (Ced Cass. *Rv*. 641310), est. Lamorgese, *cit*., *locc*. *cit*.

[50] Cass. Sez. I, sent. 30.9.2016, n. 19599 (Ced Cass. *Rv*. 641312), est. Lamorgese, *cit*., *locc*. *cit*.

[51] Cass. Sez. II, sent. 28.4.2016, n. 8468 (Ced Cass. *Rv*. 639705), est. Scarpa.

[52] Cass. Sez. VI-I, ord. 11.1.2016, n. 225 (Ced Cass. *Rv*. 638441), est. Genovese.

La Suprema Corte ha evidenziato che il giudizio di appello avverso la sentenza di primo grado in tema di separazione personale tra coniugi si svolge nelle forme del rito camerale, ai sensi dell'art. 4 della legge n. 898 del 1970, come modificato dall'art. 8 della legge n. 74 del 1987, applicabile ai giudizi di separazione, secondo quanto disposto dall'art. 23, primo comma, di quest'ultima legge, sicché la Corte d'Appello, investita della cognizione del gravame, può decidere la controversia nella stessa udienza fissata dal presidente con decreto in calce al ricorso notificato alla controparte, non trovando applicazione, in materia, la disposizione di cui all'art. 352 cod. proc. civ.[53]

Ancora in riferimento al giudizio di separazione personale dei coniugi, il Giudice di legittimità ha chiarito che l'attitudine al lavoro dei medesimi, quale elemento di valutazione della loro capacità di guadagno, può assumere rilievo, ai fini del riconoscimento e della liquidazione dell'assegno di mantenimento, solo se venga riscontrata in termini di effettiva possibilità di svolgimento di un'attività retribuita, in considerazione di ogni concreto fattore individuale ed ambientale, e non già di mere valutazioni astratte ed ipotetiche. In applicazione di questo principio, la Suprema Corte ha confermato la sentenza impugnata che, nel quantificare l'assegno di mantenimento riconosciuto alla moglie, aveva valutato il titolo di studio universitario e l'abilitazione professionale da lei posseduti ma anche le sue presumibili difficoltà nell'inserimento nel mondo del lavoro dovute all'età ed alla mancanza di precedenti esperienze professionali[54].

Nel giudizio di separazione personale dei coniugi, ha deciso la Corte di legittimità, è inammissibile la domanda di attribuzione dell'assegno di mantenimento quando proposta, per la prima volta, in appello, in violazione dell'art. 345 cod. proc. civ., a nulla rilevando che la parte istante sia rimasta contumace in primo grado[55].

3. *L'affidamento dei figli minori*

In tema di affidamento di figli minori, ha statuito la Suprema Corte, qualora un genitore denunci comportamenti dell'altro genitore, affidatario o collocatario, di allontanamento morale e materiale del figlio da sé, indicati come significativi di una sindrome di alienazione parentale (PAS), ai fini della modifica delle modalità di affidamento il giudice di merito è tenuto ad accertare la veridicità del fatto dei suddetti comportamenti, utilizzando i comuni mezzi di prova, tipici e specifici della materia, incluse le presunzioni, ed a motivare adeguatamente, a prescindere dal giudizio astratto sulla validità o invalidità scientifica della suddetta patologia, tenuto conto che tra i requisiti di idoneità genitoriale rileva anche la capacità di preservare la continuità delle relazioni parentali con l'altro genitore, a tutela del diritto del figlio alla bigenitorialità e alla crescita equilibrata e serena[56].

---

[53] Cass. Sez. I, sent. 1.2.2016, n. 1867 (Ced Cass. *Rv*. 638602), est. Lamorgese.

[54] Cass. Sez. VI-I, ord. 4.4.2016, n. 6427 (Ced Cass. *Rv*. 639189) est. Mercolino.

[55] Cass. Sez. VI-I, ord. 14.4.2016 n. 7451 (Ced Cass. *Rv*. 638359), est. Genovese.

[56] Cass. Sez. I, sent. 8.4.2016, n. 6919 (Ced Cass. *Rv*. 630323), est. Lamorgese, edita in *Foro it*., 2016, I, p. 1655, con nota redazionale, s.t., di Geremia Casaburi, il quale evidenzia che dalla sentenza "emerge una certa rivalutazione della Pas … quest'ultima è presa decisamente sul serio", mentre la sua attendibilità scientifica era stata senz'altro negata da Cass. sez. I, sent. 20.3.2013, n. 7041, edita in *Dir. fam*., 2013, p. 859, con nota di Cristiano Cicero, *Principio di bigenitorialità, conflitto di coppia e sindrome da alienazione parentale*.

In tema di affidamento dei minori, il criterio fondamentale cui deve attenersi il giudice della separazione, ha chiarito la Corte di legittimità, è costituito dall'esclusivo interesse morale a materiale della prole, previsto in passato dall'art. 155 cod. civ., ed oggi dall'art. 337 *quater* cod. civ., il quale, imponendo di privilegiare la soluzione che appaia più idonea a ridurre al massimo i danni derivanti dalla disgregazione del nucleo familiare e ad assicurare il migliore sviluppo della personalità del minore, richiede un giudizio prognostico circa la capacità del singolo genitore di crescere ed educare il figlio, da esprimersi sulla base di elementi concreti attinenti alle modalità con cui ciascuno in passato ha svolto il proprio ruolo, con particolare riguardo alla capacità di relazione affettiva, nonché mediante l'apprezzamento della personalità del genitore. Nel caso sottoposto al suo esame, la Suprema Corte ha confermato la sentenza di merito, ritenendo che la scelta spirituale di uno dei genitori di aderire ad una confessione religiosa diversa da quella cattolica, quella dei Testimoni di Geova, non potesse costituire ragione sufficiente a giustificare l'affidamento esclusivo dei minori all'altro genitore, in presenza di emergenze probatorie per le quali entrambi i coniugi risultano legati ai figli e capaci di accudirli nella quotidianità[57].

4. *Separazione personale, spese per i figli minori e regime probatorio*

Il provvedimento con il quale, in sede di separazione, si stabilisce che il genitore non affidatario paghi, sia pure *pro quota*, le spese mediche e scolastiche ordinarie relative ai figli, ha chiarito il Giudice di legittimità, costituisce idoneo titolo esecutivo e non richiede un ulteriore intervento del giudice in sede di cognizione, qualora il genitore creditore possa allegare e documentare l'effettiva sopravvenienza degli esborsi indicati nel titolo e la relativa entità, salvo il diritto dell'altro coniuge di contestare l'esistenza del credito per la non riconducibilità degli esborsi a spese necessarie o per violazione delle modalità d'individuazione dei bisogni del minore[58].

5. *La domanda di assegno divorzile per il coniuge, condizioni di proponibilità*.

È proponibile innanzi al giudice italiano, ha deciso la Cassazione, la domanda volta ad ottenere un assegno divorzile successivamente alla pronuncia, avvenuta nella Repubblica Ceca, della sentenza di divorzio, atteso che la contestualità fra la decisione sullo *status* e quella sull'assegno non è imposta dall'art. 5 della legge n. 898 del 1970, né, a maggior ragione, può costituire preclusione processuale qualora la sentenza di divorzio provenga da un ordinamento che prevede la possibilità di introdurre separatamente le relative domande[59].

---

[57] Cass. Sez. VI-I, ord. 19.7.2016, n. 14728 (Ced Cass. *Rv*. 641025), est. Mercolino.

[58] Sez. VI-I, ord. 2.3.2016, n. 4182 (Ced Cass. *Rv*. 638878), est. Bisogni.

[59] Cass. Sez. I, sent. 1.2.2016, n. 1863 (Ced Cass. *Rv*. 638604), est. Bisogni.

6. *L'assegno di mantenimento per il figlio minorenne*

In ordine alla domanda concernente la revisione del contributo al mantenimento dei figli minori, proposta ex art. 9 della legge n. 898 del 1970, ha statuito la Suprema Corte, il giudice non può procedere ad una nuova ed autonoma valutazione dei presupposti o dell'entità dell'assegno, sulla base di una diversa ponderazione delle condizioni economiche delle parti ma, nel pieno rispetto delle valutazioni espresse al momento dell'attribuzione dell'emolumento, deve limitarsi a verificare se, ed in quale misura, le circostanze sopravvenute abbiano alterato l'equilibrio così raggiunto e ad adeguare l'importo, o lo stesso obbligo della contribuzione, alla nuova situazione patrimoniale[60].

7. *L'assegno di mantenimento per il figlio maggiorenne*

La cessazione dell'obbligo di mantenimento dei figli maggiorenni non autosufficienti, ha chiarito il Giudice di legittimità, deve essere fondata su un accertamento di fatto che abbia riguardo all'età, all'effettivo conseguimento di un livello di competenza professionale e tecnica, all'impegno rivolto verso la ricerca di un'occupazione lavorativa nonché, in particolare, alla complessiva condotta personale tenuta, da parte dell'avente diritto, dal momento del raggiungimento della maggiore età[61].

La Suprema Corte ha quindi chiarito che il carattere sostanzialmente alimentare dell'assegno di mantenimento riconosciuto a favore del figlio maggiorenne, in regime di separazione dei genitori, comporta che la normale retroattività della statuizione giudiziale di riduzione al momento della domanda vada contemperata con i principi di irripetibilità, impignorabilità e non compensabilità di dette prestazioni, sicché la parte che abbia già ricevuto, per ogni singolo periodo, le prestazioni previste dalla sentenza di separazione non può essere costretta a restituirle, né può vedersi opporre in compensazione, per qualsivoglia ragione di credito, quanto ricevuto a tale titolo, mentre ove il soggetto obbligato non abbia ancora corrisposto le somme dovute, per tutti i periodi pregressi, tali prestazioni non sono più dovute in base al provvedimento di modificazione delle condizioni di separazione[62].

8. *Impugnazione del riconoscimento del figlio nato da genitori non uniti in matrimonio, dichiarazione giudiziale e disconoscimento di paternità*

In tema di impugnativa di riconoscimento di figlio nato fuori dal matrimonio per difetto di veridicità, la Corte di legittimità ha chiarito che è necessaria, a pena di nullità del relativo procedimento per violazione del principio del contraddittorio, la nomina di un curatore speciale per il minore, legittimato passivo e litisconsorte necessario,

---

[60] Cass. Sez. VI-I, ord. 11.1.2016, n. 214 (Ced Cass. *Rv*. 638131), est. Acierno.

[61] Cass. Sez. I, sent. 22.6.2016, n. 12952 (Ced Cass. *Rv*. 640096), est. Acierno, edita in *Nuova giur. civ. comm*., 12/2016, p. 1365, con nota di Floriana Esposito, *Il mantenimento del figlio maggiorenne e la sua cessazione*, in *Fam. dir*., 3/2017, p. 236, con nota di Giorgia Anna Parini, *I mobili "confini" del diritto al mantenimento dei figli maggiorenni non economicamente indipendenti*, ed in *Foro it*., 2016, I, p. 2741, con nota redazionale.

[62] Cass. Sez. VI-I, ord. 4.7.2016, n. 13609 (Ced Cass. *Rv*. 640399), est. Genovese.

dovendosi colmare la mancanza di una espressa previsione in tal senso dell'art. 263 cod. civ. (anche nella formulazione successiva al d.lgs. n. 154 del 2013) mediante una interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata. La posizione del minore si pone infatti, in via generale ed astratta, in potenziale conflitto di interessi con quella dell'altro genitore legittimato passivo, non potendo stabilirsi *ex ante* una coincidenza ed omogeneità d'interessi in ordine alla conservazione dello *status*, oppure alla scelta contrapposta, fondata sul *favor veritatis* e sulla conoscenza della propria identità e discendenza biologica[63].

In tema di dichiarazione giudiziale di paternità naturale, la Suprema Corte ha deciso che l'ammissione degli accertamenti immuno-ematologici non è subordinata all'esito della prova storica dell'esistenza di un rapporto sessuale tra il presunto padre e la madre, giacché il principio della libertà di prova, sancito in materia dall'art. 269, comma secondo, cod. civ., non tollera surrettizie limitazioni, né mediante la fissazione di una gerarchia assiologica tra i mezzi istruttori idonei a dimostrare quella paternità né, conseguentemente, mediante l'imposizione al giudice di una sorta di "ordine cronologico" nella loro ammissione ed assunzione, avendo, per converso, tutti i mezzi di prova pari valore per espressa disposizione di legge, e risolvendosi una diversa interpretazione in un sostanziale impedimento all'esercizio del diritto di azione in relazione alla tutela di diritti fondamentali attinenti allo *status*[64].

In tema di azione di disconoscimento di paternità, la Cassazione ha ribadito che grava sull'attore la prova della conoscenza dell'adulterio, che si pone come *dies a quo* del termine di decadenza per l'esercizio dell'azione ex art. 244 cod. civ., ed ha affermato che egli può avvalersi anche del principio di non contestazione, il quale opera - anche in materia di diritti indisponibili - espungendo il fatto generatore della decadenza dall'ambito del *thema probandum*. Resta fermo che l'esistenza di una non contestazione sulla data della scoperta dell'adulterio non esclude che il giudice, in ragione della preminenza dell'interesse pubblico nelle questioni di stato delle persone, non possa rilevare *ex actis* un eventuale ulteriore termine di decorrenza che renda l'azione inammissibile[65].

9. Provvedimenti limitativi o ablativi della responsabilità genitoriale

Nei procedimenti di cui agli artt. 330 e 333 cod. civ., la Corte di legittimità ha statuito che il principio della *perpetuatio iurisdictionis* - in forza del quale la competenza territoriale del giudice adito rimane ferma, nonostante lo spostamento in corso di causa della residenza anagrafica o del domicilio del minore, a seguito del trasferimento del genitore con cui egli convive - prevale, per esigenze di certezza e di garanzia di effettività della

---

[63] Cass. Sez. I, sent. 2.2.2016, n. 1957 (Ced Cass. *Rv*. 638384) est. Acierno, edita in *Nuova giur. civ. comm*., 7-8/2016, p. 1032, con nota di Alessandro Nascosi, *"La nomina del curatore speciale nel giudizio di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità*", ed in *Foro it*., 2016, I, p. 1271, con nota redazionale, s.t., di Carlo Bona.

[64] Cass. Sez. I, sent. 23.2.2016, n. 3479 (Ced. Cass. *Rv*. 638757), est. Bisogni.

[65] Cass. Sez. I, sent. 30.6.2016, n. 13436 (Ced Cass. *Rv*. 640400), est. Nazzicone, edita in *Giur. it*., 2017, p. 32, con nota di Irene Sforza, *Disconoscimento della paternità e principio di non contestazione: la Cassazione cambia (parzialmente) verso*, ed in *Foro it*. 2016, I, p. 3918, con nota, s.t., di Geremia Casaburi.

tutela giurisdizionale, su quello di "prossimità", ove il provvedimento in relazione al quale deve individuarsi il giudice competente sia quello stesso richiesto con l'istanza introduttiva, o con altra che si inserisca incidentalmente nella medesima procedura. La Suprema Corte ha perciò accolto il regolamento di competenza d'ufficio sollevato dal Tribunale per i minorenni di Brescia dinanzi al quale era stato riattivato, nei medesimi termini originari, il procedimento *de potestate* dopo la pronuncia di incompetenza del Tribunale per i minorenni di Bologna, adito dal P.M., motivata sul trasferimento in corso di causa della madre, insieme alle minori, in un comune in provincia di Brescia[66].

La Suprema Corte ha confermato che la *vis attractiva* del Tribunale ordinario relativamente ad un ricorso ex art. 333 cod. civ. opera, ai sensi dell'art. 38, primo comma, disp. att. cod. civ., come modificato dalla legge n. 219 del 2012, anche in pendenza di un giudizio di modifica delle condizioni di separazione riguardanti la prole, a ciò non ostando la diversità di ruolo del P.M. nei due procedimenti (ricorrente in quello minorile ed interventore obbligatorio nell'altro), atteso che una diversa opzione ermeneutica, facente leva sul solo tenore letterale della citata disposizione, ne tradirebbe la *ratio* di attuare, nei limiti previsti, la concentrazione delle tutele onde evitare, a garanzia del preminente interesse del minore, il rischio di decisioni contrastanti ed incompatibili, tutte temporalmente efficaci ed eseguibili, rese da due organi giudiziali diversi[67].

10. *Responsabilità genitoriale: giurisdizione*

Le Sezioni Unite hanno statuito che, ai sensi dell'art. 3, lett. d, del Regolamento (CE) n. 4/2009, qualora il giudice italiano sia investito della domanda di separazione personale dei coniugi ed il giudice di altro Stato membro sia investito della domanda di responsabilità genitoriale, a quest'ultimo spetta la giurisdizione anche sulla domanda relativa al mantenimento del figlio minore, trattandosi di domanda accessoria a quella di responsabilità genitoriale[68].

---

[66] Cass. Sez. VI-I, ord. 12.4.2016, n. 7161 (Ced. Cass. *Rv*. 639358), est. Mercolino.

[67] Cass. Sez. VI-I, ord. 19.5.2016, n. 10365 (Ced Cass. *Rv*. 639726), est. Scaldaferri, edita in *Foro it*., 2016, I, p. 2414, con nota redazionale ricca di indicazioni bibliografiche. In senso conforme, cfr. Cass. sez. VI-I, ord. 26.1.2016, n. 1349 … *cit. ante*, nella rassegna dell'anno 2015, e Cass. sez. VI-I, ord. 14.1.2016, n. 432 (Ced Cass. *Rv*. 638440).

[68] Cass. Sez. U, ord. 5.2.2016, n. 2276 (Ced. Cass. *Rv*. 638227), est. Nappi, edita in *Fam. dir*., 12/2016, p. 1125, con nota di Sara Bernasconi, *Domanda di separazione e domande riguardanti i figli: la giurisdizione sulla domanda principale non si estende necessariamente alle domande accessorie*. L'A. segnala che la pronuncia del Giudice di legittimità è conseguenza di una decisione pregiudiziale della Corte dell'Unione Europea. Nel giudizio in questione, infatti, la Cassazione aveva operato un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE, per domandare se la domanda di assegno di "mantenimento" per i figli possa considerarsi "accessoria", anche del giudizio di separazione personale dei coniugi - istaurato innanzi al giudice italiano – oltre che di quello relativo alla responsabilità genitoriale, potendo in tal caso eventualmente operare il criterio della prevenzione nella proposizione della domanda per individuare il giudice nazionale in possesso della giurisdizione. Con sentenza del 16 luglio 2015 i Giudici della Corte lussemburghese, interpretando l'art. 3, lett. d), Reg. CE n. 4/2009 (c.d. regolamento alimenti), hanno affermato che la domanda relativa agli "alimenti" in favore del figlio minore deve considerarsi accessoria solo di quella relativa alla responsabilità genitoriale, con la conseguenza che pur essendo i figli: cittadini italiani nati da cittadini italiani, poiché la residenza della famiglia risulta fissata da anni in Inghilterra, il giudice cui deve riconoscersi la giurisdizione sulla domanda

Le Sezioni Unite hanno pure chiarito che, in tema di responsabilità genitoriale, al fine di stabilire la competenza giurisdizionale, occorre dare rilievo - per principio generale - al criterio della residenza abituale del minore al momento della domanda, intendendo come tale il luogo del concreto e continuativo svolgimento della vita personale, e non quello risultante da un calcolo puramente aritmetico del vissuto. Nel caso di specie, applicando l'enunciato principio, la Suprema Corte ha ritenuto corretta la motivazione del giudice di merito, per la quale doveva considerarsi abitualmente residente in Brasile il minore che vi aveva vissuto fra i tre ed i sei anni di età, periodo intensamente relazionale, con un intervallo di appena sei mesi, trascorso in Italia[69].

11. *Accertamento dello stato di abbandono e procedimento di adozione*

La Suprema Corte ha deciso che in tema di adozione, ai sensi degli artt. 8, ultimo comma, e 10, comma 2, della legge n. 184 del 1983, come novellati dalla legge n. 149 del 2001, il procedimento volto all'accertamento dello stato di adottabilità deve svolgersi, fin dalla sua apertura, con l'assistenza legale del minore, il quale ne è parte e, in mancanza di una disposizione specifica, sta in giudizio a mezzo di un rappresentante legale ovvero, se sussista conflitto di interessi, di un curatore speciale, soggetti cui compete la nomina del difensore tecnico. Ne deriva, in caso di omessa nomina di quest'ultimo cui non segua la designazione di un difensore d'ufficio, la nullità del procedimento *de quo*, non avendo potuto il minore esercitare alcun contraddittorio su tutti gli atti processuali che hanno costituito il presupposto per la decisione del giudice di merito[70].

Pronunciando in materia di adozione, ma affermando un principio di rilevanza generale, il Giudice di legittimità ha poi statuito che l'omessa notifica, nel termine assegnato dal giudice, del ricorso introduttivo dell'appello avverso la declaratoria dello stato di adottabilità e del relativo decreto di fissazione di udienza (nella specie, per la rilevata mancanza di prova della ricezione della stessa, effettuata a mezzo posta elettronica certificata), non comporta, in assenza di una espressa previsione in tal senso, l'improcedibilità dell'impugnazione, dovendosi evitare interpretazioni formalistiche delle norme processuali che limitino l'accesso delle parti alla tutela giurisdizionale, ma solo la necessità dell'assegnazione di un nuovo termine, perentorio, in applicazione analogica dell'art. 291 cod. proc. civ., sempre che la parte appellata non si sia costituita, così sanando il vizio della notificazione con effetto *ex tunc*[71].

---

alimentare è quello inglese, e non quello italiano, pur dotato di giurisdizione in materia di separazione dei coniugi. L'A. evidenzia le problematiche poste da una simile frammentazione di attribuzioni tra i giudici nazionali, che dipende, comunque, dalla normativa comunitaria.

[69] Cass. Sez. U, sent. 18.3.2016, n. 5418 (Ced Cass. *Rv*. 638990), est. Ragonesi. La Suprema Corte si è pronunciata in senso conforme con la successiva Sez. U, sent. 7.9.2016, n. 17676 (Ced Cass. *Rv*. 640698)**,** est. Giancola, annotata su *Guida dir*., 40/2016, p. 40, con nota di Mario Finocchiaro, *Quelle perplessità di una decisione ineccepibile*, ed in *Fam. dir*., 8-9/2017, p. 764, con nota di Angela Randazzo, *Domande di separazione o divorzio e domande riguardanti i figli: le cause si separano se la residenza dei figli è all'estero*.

[70] Cass. Sez. VI-I, sent. 8.6.2016, n. 11782 (Ced Cass. *Rv*. 639921), est. Bisogni, edita in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2017, con nota di Lucilla Galanti, *Il minore come parte: finalmente il riconoscimento della Cassazione*.

[71] Cass. Sez. I, sent. 4.8.2016, n. 16335 (Ced. Cass. *Rv*. 641031), est. Acierno.

12. *L'adozione del figlio del partner nella coppia omosessuale (c.d.* stepchild adoption*)*

Nel procedimento di adozione in casi particolari di cui all'art. 44, comma primo, lett. d), della legge n. 184 del 1983, la Suprema Corte ha statuito che non è configurabile un conflitto di interessi *in re ipsa*, anche solo potenziale, tra il minore adottando ed il genitore-legale rappresentante, che imponga la nomina di un curatore speciale ex art. 78 cod. proc. civ. dovendo, anzi, individuarsi nella necessità dell'assenso del genitore dell'adottando, di cui all'art. 46 della legge citata, un indice normativo contrario all'ipotizzabilità astratta di un tale conflitto che, invece, va accertato in concreto da parte del giudice di merito. Tale peculiare istituto, infatti, mira a dare riconoscimento giuridico, previo accertamento della corrispondenza della scelta all'interesse del minore, a relazioni affettive continuative e di natura stabile instaurate con quest'ultimo e caratterizzate dall'adempimento di doveri di accudimento, di assistenza, di cura e di educazione analoghi a quelli genitoriali, in quanto inteso a consolidare, ricorrendone le condizioni di legge, legami preesistenti e ad evitare che si protraggano situazioni di fatto prive di uno statuto giuridico adeguato. Nel caso sottoposto al suo esame, la Suprema Corte ha confermato la sentenza impugnata che, a fronte della richiesta di adozione del *partner* omosessuale del genitore naturale del minore, aveva ritenuto in concreto insussistente il conflitto di interessi tra quest'ultimo e lo stesso genitore-rappresentante legale dell'adottando[72].

13. *Sottrazione internazionale di minori e valutazioni demandate al giudice di merito*

In tema di sottrazione internazionale illecita di minori, ha deciso la Corte di legittimità, il giudice italiano può considerare gli inconvenienti per la condizione del minore, connessi al suo prospettato rientro nello Stato di residenza abituale, solo se raggiungano il grado del pericolo fisico o psichico o dell'effettiva intollerabilità, trattandosi delle uniche condizioni ostative al rientro ai sensi dell'art. 13, lett. b), della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 (resa esecutiva in Italia con la legge n. 64 del 1994). Il relativo accertamento costituisce indagine di fatto sottratta al controllo di legittimità se la ponderazione del giudice di merito è sorretta da una motivazione immune da vizi logici e giuridici[73].

14. *Matrimonio telematico straniero ed ordine pubblico italiano.*

Il matrimonio contratto all'estero alla presenza di uno solo dei nubendi e con la partecipazione in via telematica dell'altro, ha deciso il Giudice di legittimità, non è contraria all'ordine pubblico italiano a condizione che lo stesso sia stato validamente

---

[72] Cass. Sez. I, sent. 22.6.2016, n. 12962 (Ced. Cass. *Rv*. 640132), est. Acierno. La decisone, che opera il riconoscimento della c.d. *stepchild adoption* (adozione del figlio del *partner* omosessuale), è stata annotata in tutte le principali riviste, con particolare attenzione ai profili sostanziali, cfr., pertanto la parte sostanziale di questa rassegna. In questa sede sembra opportuno richiamare le note di Gilda Ferrando, *Il problema dell'adozione del figlio del partner*, in *Nuova giur. civ. comm*., 9/2016, p. 1213, e quella redazionale pubblicata in *Foro it*., 2016, I, p. 2356.

[73] Cass. Sez. I, sent. 8.2.2016, n. 2417 (Ced. Cass. *Rv*. 638635), est. Forte.

celebrato secondo la legge del Paese straniero, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero, senza possibilità di sottoporlo ad un sindacato di tipo contenutistico, tanto più che neppure per il legislatore italiano la forma di cui all'art. 107 cod. civ., ha valore inderogabile[74]. Nella medesima decisione la Corte di legittimità ha statuito che il termine di sessanta giorni per la proposizione del ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 111, settimo comma, Cost., avverso i provvedimenti aventi contenuto decisorio e carattere di definitività, decorre solo a seguito della notificazione ad istanza di parte, mentre è irrilevante, al predetto fine, che gli stessi siano stati pronunciati in udienza o, se pronunciati fuori udienza, siano stati comunicati alle parti dal cancelliere, con la conseguenza che, in tali ipotesi, è applicabile il termine di cui all'art. 327 cod. proc. civ. La Suprema Corte ha perciò ritenuto l'ammissibilità del ricorso per cassazione nei confronti del decreto di rigetto del reclamo avverso l'autorizzazione alla trascrizione di un matrimonio contratto all'estero, proposto dal Ministero dell'Interno nel cd. termine lungo, in assenza di notifica del provvedimento ad istanza di parte[75].

15. *Amministrazione di sostegno e procedure di inabilitazione ed interdizione*

L'autorità giudiziaria competente per l'apertura della tutela di chi si trovi in stato di interdizione legale per essere stato definitivamente condannato alla pena dell'ergastolo, ha chiarito la Suprema Corte, va individuata nel giudice tutelare del luogo in cui, alla data di inizio della procedura - coincidente con la comunicazione della condanna - l'interdetto abbia la sede principale dei suoi affari ed interessi. Tale luogo, da individuarsi in concreto, è, secondo l'*id quod plerumque accidit*, quello della sua residenza anagrafica, salva la prova contraria, ed in particolare della circostanza che, per effetto della eventuale detenzione cautelare, nel luogo in cui risiedeva (anagraficamente o effettivamente) prima dell'arresto, l'interdetto non abbia più i propri rapporti o interessi principali, e che, dunque, il centro degli stessi si sia spostato nel luogo di detenzione[76].

Il Giudice di legittimità ha statuito che la verifica del conflitto di interessi tra chi è incapace di stare in giudizio personalmente ed il suo rappresentante legale va operata in concreto, alla stregua degli atteggiamenti assunti dalle parti nella causa, e non in astratto ed *ex ante*, ponendosi una diversa soluzione in contrasto con il principio della ragionevole durata del processo. Nel caso di specie, la Suprema Corte ha escluso, pur in assenza della nomina di un curatore speciale, la ricorrenza di tale conflitto tra il figlio minore e la madre, attesa l'attività processuale effettivamente svolta da quest'ultima in favore del figlio il quale, raggiunta la maggiore età, aveva proposto ricorso per cassazione insieme alla madre, con il medesimo difensore che li aveva assistiti nei

---

[74] Cass. Sez. I, sent. 25.7.2016, n. 15343 (Ced Cass., *Rv*. 641023), est. Lamorgese, edita in *Fam. dir*., 2/2017, p. 126, con nota di Nicolò Cevolani, *La trascrivibilità del matrimonio celebrato all'estero in via telematica tra consapevolezza del consenso alle nozze e ordine pubblico internazionale*, in *Giur. it*., 2017, p. 1069, con nota di Maria Novella Bugatti e Marco Orofino, *Matrimonio telematico tra accertamento del consenso e impatto delle nuove tecnologie*, ed in *Foro it*., I, 2016, con nota, s.t., di Geremia Casaburi.

[75] Cass. Sez. I, sent. 25.7.2016, n. 15343 … *cit*., Ced Cass. *Rv*. 641022.

[76] Cass. Sez. VI-I, ord. n. 28.1.2016, 1631, (Ced Cass. *Rv*. 638162), est. De Chiara.

precedenti gradi del giudizio[77].

La Corte di legittimità ha sancito che è inammissibile il ricorso per cassazione avverso i provvedimenti emessi, in sede di reclamo, in tema di designazione o nomina di un amministratore di sostegno che sono emanati in applicazione dell'art. 384 cod. civ. (richiamato dal successivo art. 411, comma primo, cod. civ.) e restano logicamente e tecnicamente distinti da quelli che dispongono l'amministrazione, dovendosi limitare la facoltà di ricorso ex art. 720 *bis*, ultimo comma, cod. proc. civ., ai soli decreti di carattere decisorio, quali quelli che dispongono l'apertura o la chiusura dell'amministrazione, assimilabili, per loro natura, alle sentenze di interdizione ed inabilitazione, senza estendersi ai provvedimenti a carattere gestorio[78].

La Suprema Corte ha pure chiarito che il decreto mediante il quale la Corte d'Appello nega l'apertura dell'amministrazione di sostegno è ricorribile per cassazione[79].

16. *Incapacità naturale e processo*

Proposta domanda di annullamento di un testamento olografo per incapacità naturale del testatore, ha chiarito il Giudice di legittimità, costituisce domanda nuova la richiesta, formulata in sede di memoria ex art. 183, quinto comma, cod. proc. civ. (nel testo vigente anteriormente all'1 marzo 2006), di annullamento del medesimo testamento per altro motivo (nella specie, difetto di data), fondando le due azioni, pur nella identità di *petitum*, su fatti costitutivi diversi, né potendo il giudice rilevare *ex officio* l'annullabilità dell'atto di ultima volontà per tale diversa ragione, mancando una norma che espressamente gli riconosca tale potere[80].

In tema di invalidità negoziali, la Cassazione ha statuito che il giudicato formatosi sull'insussistenza dell'incapacità naturale, richiesta per l'annullamento contrattuale ex art. 428 cod. civ., è inopponibile nel giudizio volto a far dichiarare la nullità del medesimo contratto per circonvenzione di incapace atteso che, mentre l'art. 428 cod. civ. richiede l'accertamento di una condizione espressamente qualificata di incapacità di intendere e di volere, ai fini dell'art. 643 cod. pen. è, invece, sufficiente che l'autore dell'atto versi in una situazione soggettiva di fragilità psichica derivante dall'età, dall'insorgenza o dall'aggravamento di una patologia neurologica o psichiatrica anche connessa a tali fattori o dovuta ad anomale dinamiche relazionali che consenta all'altrui opera di suggestione ed induzione di deprivare il personale potere di autodeterminazione, di critica e di giudizio[81].

---

[77] Cass. Sez. II, sent. 29.1.2016, n. 1721 (Ced Cass. *Rv*. 638532) est. D'Ascola. Alla decisione è collegata, nell'archivio informatico della Suprema Corte, la relazione dell'Ufficio del Massimario n. 45 del 23.3.2016, est. Rosaria Giordano.

[78] Cass. Sez. I, sent. 16.2.2016, n. 2985 (Ced Cass. *Rv*. 638755), est. Bisogni.

[79] Cass. Sez. VI-I, ord. 20.7.2016, n. 14983 (Ced Cass. *Rv*. 640716), est. Acierno.

[80] Cass. Sez. II, sent. 18.1.2016, n. 698 (Ced Cass. *Rv*. 638366), est. Criscuolo.

[81] Cass. Sez. I, sent. 11.5.2016, n. 10329 (Ced Cass. *Rv*. 639668), est. Acierno.

17. *Il bambino figlio di due madri*

La Suprema Corte ha spiegato che il giudice nazionale, chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero (nella specie, dell'atto di nascita), i cui effetti si chiede di riconoscere in Italia, deve verificare non già se quell'atto applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto a più norme interne (benchè imperative o inderogabili), ma se contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo desumibili dalla Costituzione, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea, nonchè dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo[82]. Nella medesima decisione il Giudice di legittimità ha deciso che è riconoscibile in Italia un atto di nascita straniero, validamente formato, dal quale risulti che il nato è figlio di due donne (una che l'ha partorito e l'altra che ha donato l'ovulo), atteso che non esiste, a livello di principi costituzionali primari, come tali di ordine pubblico ed immodificabili dal legislatore ordinario, alcun divieto, per le coppie omosessuali, di accogliere e generare figli, venendo in rilievo la fondamentale e generale libertà delle persone di autodeterminarsi e di formare una famiglia a condizioni non discriminatorie rispetto a quelle consentite dalla legge alle coppie eterosessuali[83]. Ancora nella stessa sentenza, la Corte di legittimità ha chiarito che la regola secondo cui è madre colei che ha partorito, come previsto dall'art. 269, comma terzo, cod. civ., non costituisce un principio fondamentale di rango costituzionale, sicché è riconoscibile in Italia l'atto di nascita straniero, validamente formato, dal quale risulti che un bambino, nato da un progetto genitoriale di coppia, è figlio di due madri (una che l'ha partorito e l'altra che ha donato l'ovulo), non essendo opponibile un principio di ordine pubblico desumibile dalla suddetta regola[84].

18. *Il riconoscimento della sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del matrimonio*

La delibazione della sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del matrimonio concordatario contratto da uno dei coniugi per *metus reverentialis*, ha chiarito la Suprema Corte, postula che la Corte d'appello verifichi la compatibilità della qualificazione canonistica della suddetta causa di nullità matrimoniale con l'ordine pubblico italiano, valutando in concreto che non si sia trattato di una mera *reverentia* dovuta a persona cui uno degli sposi era legato da particolare rapporto, ma unicamente di situazioni tali da integrare gli estremi della gravità, estrinsecità e decisività ai fini della formazione

---

[82] Cass. Sez. I, sent. 30.11.2016, n. 19599 (Ced Cass. *Rv*. 641309), est. Lamorgese. Alla decisione è collegata, nell'archivio informatico della Suprema Corte, la relazione dell'Ufficio del Massimario n. 18 del 3.2.2016, est. Paolo Di Marzio. La sentenza è stata pubblicata da tutte le principali riviste e presenta anche profili di significativo rilievo per il diritto sostanziale, in ordine ai quali si rinvia alla relativa trattazione in questa rassegna. Nella presente sede pare opportuno ricordare che la decisione è edita in *Corr. giur*., 2/2017, p. 181, con nota di Gilda Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli* status filiationis, ed in *Nuova giur. civ. comm*., 3/2017, p. 362, con ampia nota di Giuseppa Palmieri, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia* same sex.

[83] Cass. Sez. I, sent. 30.11.2016, n. 19599 … *cit*. (Ced Cass. *Rv*. 641314).

[84] Cass. Sez. I, sent. 30.11.2016, n. 19599 … *cit*. (Ced Cass. *Rv*. 641313).

del consenso[85].

In materia di delibazione della sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del matrimonio concordatario, la richiesta del convenuto di negare il riconoscimento degli effetti civili a causa della convivenza ultratriennale dei coniugi, costituisce una eccezione in senso stretto, che deve essere proposta nella comparsa di risposta a pena di decadenza. La Corte ha ribadito il principio, specificando che non vi è la possibilità di conseguire una rimessione in termini[86].

---

[85] Cass. Sez. I, sent. 29.1.2016, n. 1749 (Ced Cass. *Rv*. 638577), est. Lamorgese.

[86] Cass. Sez. I, sent. 19.12.2016, n. 26188 (Ced Cass. *Rv*. 642758), est. Dogliotti. *Contra*, Cass. Sez. I, sent. 21.12.2015, n. 25676, est. Didone, decisione che aveva affermato: "*Alla luce del principio costituzionale del giusto processo, non ha rilevanza preclusiva l'errore della parte che, convenuta in un giudizio di delibazione di sentenza ecclesiastica dichiarativa di nullità matrimoniale, abbia tardivamente eccepito, quale situazione ostativa alla delibazione, la convivenza di lunga durata "come coniugi", facendo affidamento su una giurisprudenza di legittimità, consolidata al momento della sua tempestiva costituzione ma poi travolta da un mutamento interpretativo (dovuto alla sentenza n. 16379 del 2014 delle Sezioni Unite che, innovando quella giurisprudenza, hanno qualificato detta eccezione come in senso stretto), che riteneva il relativo fatto rilevabile d'ufficio, dovendo altresì individuarsi nella rimessione in termini lo strumento per ovviare a quell'errore"* (Ced Cass. *Rv*. 638192).

Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile
Sentenza 12 marzo 2018, n. 5894

Matrimonio concordatario – Trascrizione tardiva – Morte del coniuge – Conoscenza e non opposizione

In caso di morte del coniuge durante il procedimento di trascrizione tardiva del matrimonio canonico nei registri dello stato civile, il requisito della conoscenza e della non opposizione, richiesto in caso di istanza unilaterale, deve essere verificato come risalente al momento della richiesta di trascrizione, sulla base della volontà in concreto manifestata dal soggetto in tale momento. È pertanto necessario verificare l'esistenza, l'integrità e la pienezza del consenso alla trascrizione sussistente al momento e con riguardo alla richiesta unilaterale, mediante dichiarazioni espresse all'epoca dal coniuge successivamente deceduto tali da esprimere in modo serio ed univoco la consapevolezza e la non opposizione agli effetti civili del matrimonio.

Fonte: *Diritto e Giustizia*.

Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile
Sentenza 24 maggio 2018, n. 12954

Conversione – Minore – Affidamento – Testimoni di Geova – Disagio – Fede – Credenze – Superiore interesse prole

In tema di separazione giudiziale dei coniugi, posto che l'affido condiviso deve escludersi quando possa essere pregiudizievole per l'interesse dei figli minori, deve disporsi l'affido esclusivo del minore, nella specie di cinque anni di età, al genitore in grado di assicurargli un modello educativo predominante idoneo a garantirne un regolare processo di socializzazione, e consentirgli l'acquisizione delle certezze indispensabili per una crescita equilibrata, se l'altro genitore, nella specie la madre, per avere abbracciato la religione dei testimoni di Geova, si presenta destabilizzante per il minore stesso, prospettando un modello educativo tale da renderne impossibile una corretta socializzazione.

Fonte: *www.diritto.it*

Educazione religiosa, disagio e minori

Roberta Santoro

1. *Cenni introduttivi*

La pronuncia emessa dalla Suprema Corte di Cassazione, con la recente sentenza del 24 maggio 2018 n.12954, ha posto l'accento su tematiche relative ai minori sulle quali immutate restano interesse ed attualità.

La vicenda, dirimendo questioni inerenti alla separazione in presenza di minore, tratta lo spinoso argomento dell'intesa tra i genitori circa l'educazione da impartire (nello specifico quella religiosa), sondando la liceità del comportamento del padre di imporre alla figlia minore una religione diversa da quella dalla stessa praticata con la mamma, rilevando soprattutto l'aspetto del disagio, lamentato dalla stessa minore nel praticare questo "nuovo" culto.

Il padre, successivamente alla separazione, mutava il proprio orientamento religioso convertendosi ai Testimoni di Geova e seguendo con assiduità gli incontri del Tempio ai quali portava con sé la figlia minore, nonostante questa, accettando mal volentieri il cambiamento, continuava a preferire la religione cattolica già precedentemente professata e condivisa con la mamma.

La Suprema Corte, in linea con la decisione della Corte di Appello di Firenze, che aveva già rilevato l'esistenza del "disagio" della minore a partecipare alle manifestazioni dei Testimoni di Geova, ne confermava le decisioni, nonostante i numerosi motivi di ricorso, attraverso i quali il padre invocava la modifica della decisione, lamentando sia la violazione della Costituzione sia la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

2. *Tematiche d'intervento della Giurisprudenza*

La magistratura è stata più volte chiamata nel corso degli anni a risolvere questioni attinenti l'educazione religiosa dei minori, risolvendo controversie intrafamiliari aventi ad oggetto vari problemi come ad esempio quelle in cui il bene dell'educazione religiosa è condizionato dalle vicende della comunità familiare, ovvero quando la rottura della comunione ricade sui figli, oppure quando viene meno l'intesa coniugale quale presupposto fondamentale della famiglia, ovvero quando l'intollerabilità della convivenza rende necessaria la scelta di un genitore affidatario che sia in grado di poter seguire l'educazione e curare lo svolgimento della personalità minorile[1]. In tutti

[1] Tra i primi interventi più rilevanti della Giurisprudenza ricordiamo: Cass. civile 27 febbraio 1985, n.

questi casi, la scelta del coniuge affidatario spetta al giudice sia che vi sia contrasto tra i coniugi separandi circa l'affidamento, sia che i genitori siano addivenuti ad un accordo sull'assegnazione del minore ad uno di essi[2].

Nel corso degli anni, tutte le sentenze emesse si sono mosse in un'unica direzione, quello dell'esclusivo interesse del minore, in modo che esse non devono essere intese come premio o punizione per l'uno o l'altro genitore, ma devono avere come scopo quello di procurare il minor danno possibile al minore stesso, a causa della disgregazione familiare[3].

Un punto fermo della giurisprudenza rimane la certezza che la scelta del genitore affidatario non avviene in base a criteri discriminatori: in concreto, dall'affidamento non viene escluso il genitore che si è creato una nuova famiglia; né il genitore affidatario viene scelto in base alle sue idee politiche o religiose, cosa che comporterebbe la violazione degli artt. 3 e 30 della Costituzione della Repubblica Italiana[4]. Copiosa la giurisprudenza, in tale direzione; ad esempio la Suprema Corte con la sentenza 1401/1995, prima nel suo genere, ha confermato come il comportamento di un coniuge consistente nel mutamento di fede religiosa «si ricollega all'esercizio dei diritti garantiti dall'art. 19 della Costituzione, ma soprattutto non può avere rilevanza come motivo di addebito, o come ragione incidente nell'affidamento dei figli nel momento in cui non superi i limiti di compatibilità con i concorrenti doveri di genitore».

Una volta superata la difficoltà di scelta del genitore affidatario, la giurisprudenza ha evidenziato nelle numerose pronunce come le decisioni relative all'educazione religiosa del minore devono essere adottate di comune accordo da entrambi i genitori[5], fatta eccezione nel caso in cui il contrasto tra i genitori perduri e l'intervento del giudice si renda quanto mai necessario.

1714; Cass. Civile – sez. I – 23 agosto 1985, n. 4498; Cass. – sez. I civile – sentenza 14 aprile 1988, n. 2964; Cass. civile – sez. I – 7 febbraio 1995, n. 1401.

[2] Cfr. al riguardo, Roberta Santoro, *Diritti ed educazione religiosa del minore*, Jovene, Napoli, 2004.

[3] Numerose le decisioni in tal senso. Si ricordi la Cass., 14 aprile 1988, n. 2964, prima sentenza che ha fissato tale principio.

[4] L'irrilevanza della fede religiosa per la conformazione dei rapporti fra genitori e figli si riscontra, ad esempio, in tema di riconoscimento del figlio naturale, quando si è trattato di respingere l'opposizione della madre, cittadina italiana di religione cattolica, al riconoscimento del minore da parte del padre, cittadino tunisino di religione islamica. L'opposizione faceva leva sugli effetti pregiudizievoli che sarebbero potuti derivare al minore se attratto nell'ordinamento giuridico religioso paterno, non garante del rispetto della parità uomo-donna. I giudici hanno risolto la questione a favore della *lex fori,* poiché la minore era cittadina italiana; inoltre, hanno respinto le opposizioni di carattere religioso al riconoscimento paterno, affermando che «la mera diversità culturale, di origini, di etnia e di religione non può di per sé costituire elemento significativo ai fini dell'esclusione dell'interesse del minore all'acquisizione della doppia genitorialità» (Cass. civ., sez. I, 27 ottobre 1999, n. 12077).

[5] Copiosa, in tal senso, la giurisprudenza che da sempre ha affermato che vi è un preciso diritto-dovere dei coniugi di accudire alla prole, di vigilare sulla loro educazione ed istruzione, di concorrere allo sviluppo psico-fisico.

3. *La tutela giudiziaria dell'interesse del minore*

Appare evidente come il tema dell'educazione[6], e soprattutto in ordine all'educazione religiosa del minore, assuma un rilievo di notevole importanza, scaturito dalla considerazione che il minore è considerato una persona a tutti gli effetti, un cittadino, ancorché in formazione, facente parte della comunità sociale, a cui si riconoscono i diritti fondamentali d'ogni cittadino ed il diritto al pieno sviluppo della personalità[7].

Le sentenze emesse dai tribunali, ancora oggi, sempre più frequentemente si interessano delle crisi coniugali a seguito di conversioni religiose (avvenute durante il matrimonio o dopo la separazione), preoccupandosi maggiormente delle possibili influenze negative che i minori possano subire in questo periodo delicato di transizione e di disfacimento della comunità familiare.

Nel decidere le questioni familiari rese più complesse dalla prevalenza delle posizioni individuali, il tribunale si deve attenere all'unico parametro essenziale, che risulta essere, per l'appunto, l'interesse del minore. È pur vero che il concetto può apparire quanto mai vago ed incerto: difatti, con tale terminologia ci si potrebbe riferire alla tutela delle inclinazioni ed affinità del minore, al soddisfacimento delle sue esigenze che potrebbero trovare maggior accoglienza in un genitore piuttosto che nell'altro, alla individuazione della persona maggiormente idonea a realizzare un dialogo costruttivo. Del resto, con tale termine si potrebbe evidenziare la necessità di attuazione del suo diritto all'educazione[8]. Questo diritto è inteso come la possibilità del minore di maturare una personalità autonoma e capace di determinarsi liberamente nella vita, di far propri, interiorizzandoli, i valori fondamenta della comunità a cui appartiene e di realizzare validi e profondi rapporti interpersonali[9].

---

[6] La definizione del concetto di educazione non è più intesa come sovrapposizione del docente su quella del discendente, con conseguente imposizione di determinati atteggiamenti del primo sul secondo, con la conseguente difficoltà di conciliazione del rapporto educativo con la libertà di scelta del minore. La libertà del minore va trovata attraverso l'accettazione dei principi posti dalla Costituzione, tra i quali, primo tra tutti, il valore della persona. In tal senso, cfr. Grazia Maria Dente, *Elementi di diritto ecclesiastico nel diritto di famiglia*, Giuffré, Milano, 1984; Giovanni Giacobbe, *Libertà di educazione, diritti del minore, potestà dei genitori nel nuovo diritto di famiglia*, in *Rass. dir. civ.,* 1982, p. 708 ss.

[7] Cfr. Massimo Dogliotti, *L'interesse del minore nella separazione tra coniugi*, in *Dir. fam.,* 1986, 1224 ss.; Costantino Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1991, p. 158 ss. Lo stesso Mortati evidenzia, in particolare, che la «specificazione risultante dall'attributo "personalista" potrebbe considerarsi superflua, perché implica nello stesso concetto di democrazia […] ma acquista un suo pregnante significato quando ne consideri l'intento che l'ha suggerita, di porre a base di tutto il sistema dei rapporti fra stato e singoli l'esigenza del rispetto della persona».

[8] Con il riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico italiano dei diritti inviolabili dell'uomo, *ex* art. 2 Cost., una parte della dottrina ritiene che si sia costituzionalizzato il diritto del minore non solo alla vita fisica, ma anche ad una esistenza pienamente umana, attraverso un adeguato processo educativo che gli permetta l'esercizio dei diritti fondamentali e l'adempimento dei doveri inderogabili. Cfr. Roberta Santoro, *Appartenenza confessionale e diritti di cittadinanza nell'U.E.*, Cacucci, Bari, 2008, p. 67 ss.

[9] Ciò ha permesso l'individuazione nella Costituzione italiana di un diritto all'educazione, che ha contenuti molto più ampi di quanto risulti dai doveri dei genitori enumerati dall'art. 30 Cost., perché non investe soltanto lo *status* familiare dei figli, ma riguarda complessivamente la loro posizione nell'universo sociale, come il mezzo attraverso cui raggiungere «la libertà responsabile dell'uomo cosciente di sé e del mondo». Alfredo Carlo Moro, *Manuale di diritto minorile,* Zanichelli, Bologna,

Sotto questo profilo, la posizione del minore nel rapporto educativo deve essere valutata come preminente, nel senso che egli è il destinatario del relativo processo, che risulta finalizzato allo scopo preminente di dare a lui un'educazione che gli consenta la piena esplicazione della sua personalità.

In sostanza, la regolamentazione giuridica dell'interesse del minore impone una preferenza di quei valori che favoriscono la sua crescita, eliminando qualsiasi situazione di disagio che si viene a creare.

Occorre, tuttavia, non fermarsi ad una mera elencazione, apparentemente astratta, di quelli che potrebbero essere ascritti tra i diritti dei minori meritevoli di tutela; bisogna, infatti, individuare gli strumenti necessari, idonei a renderne effettivo non solo il riconoscimento, ma anche il godimento.

Dall'esame della giurisprudenza più ricorrente, si può affermare che l'attuazione dell'interesse del minore è l'obiettivo principale di tutta l'attività di tutela giudiziaria: il giudice ricopre un ruolo importante poiché lo scopo principale del suo intervento si finalizza nel realizzare protezione e promozione della personalità minorile; nel sanzionare determinati comportamenti lesivi di fondamentali diritti della persona; nel rimuovere dal proprio compito il soggetto che trascuri i propri doveri; nel prescrivere ai genitori comportamenti da tenere, come nel caso in specie.

Nel caso preso in esame dalla Cassazione, se il genitore vuole convertire la figlia minore alla propria religione (modificata *ex post*), quando la minore è sempre stata abituata ad un altro credo, non può non tenere conto dell'eventuale disagio dalla stessa fatto palese. In casi come questi, tuttavia, la giurisdizione non può ricostruire i rapporti interpersonali strutturanti o svolgere una concreta funzione di sostegno. Per cercare di non compiere ulteriori errori in danno del minore è indispensabile non solo che il giudice, ma anche l'operatore sociale chiamato a coadiuvarlo nelle difficili e quanto mai delicate decisioni, siano adeguatamente specializzati e sappiano immedesimarsi con umiltà nella situazione su cui si incide, senza ricorrere a scorciatoie che, apparentemente, sembrano risolvere i problemi, ma che, invece, tamponano solo momentaneamente le situazioni senza risolverle. Dopo un'attenta valutazione, essi esprimono il loro parere con una relazione scritta da depositare agli atti del procedimento civile (anche se nel caso concreto non sembra che la valutazione delle reazioni della ragazza sia stata adeguatamente considerata).

Questa maggiore attenzione nei confronti del minore e del suo sviluppo nelle concrete situazioni spazio-temporali, porta inevitabilmente a considerarlo come soggetto e non come «oggetto del potere educativo dei genitori» e nemmeno come «il fine passivo di una funzione esercitata da altri per lui»[10].

Il minore è posto al centro di un procedimento acquisitivo di capacità e posizioni proprie di ogni cittadino (dallo svolgimento di un'attività lavorativa alla formazione culturale, dall'avviamento ad un'iniziativa economica alla difesa dei propri interessi in giudizio) attraverso un'ampia ed effettiva libertà delle scelte esistenziali, nella prospettiva indicata dagli artt. 19 (libertà religiosa), 21 (libertà di pensiero), 49 (libertà di formazione delle proprie opinioni politiche). Il nostro ordinamento consente al minore, in vari settori del diritto, la piena capacità di autodeterminarsi in varie situazioni della sua vita.

1996, p. 383 s.

[10] Alfredo Carlo Moro, *op. cit.*, p. 385 s.

È necessario pertanto che la tutela della personalità del minore venga sempre assicurata e siano riconosciuti alcuni spazi di libertà nel suo difficile itinerario di crescita[11].

L'ordinamento giuridico ha sempre distinto l'idoneità ad essere soggetto di diritto, riconoscendo a tutte le persone la soggettività giuridica come attributo inseparabile della personalità umana, dall'attitudine ad esercitare i diritti soggettivi, assumendo con la capacità di agire i doveri giuridici conseguenti[12].

Occorre allora chiedersi in quale età debba ritenersi effettivamente acquisita dal minore la capacità di esercitare il proprio diritto di libertà religiosa e, di conseguenza, di esprimere le proprie scelte sul piano ideologico e religioso.

Il nostro ordinamento riconosce al minore la capacità di compiere autonomamente atti giuridici prima di aver raggiunto la maggiore età. Si tratta di atti che sono accompagnati da meccanismi di tutela, sia del minore sia di altri soggetti sociali.

Al minore, ad esempio, è consentito di esercitare autonomamente i diritti e le azioni relative al rapporto di lavoro e di partecipare alla stipulazione del contratto di lavoro[13]; inoltre, il minore, purché sedicenne, può eccezionalmente contrarre matrimonio dietro autorizzazione del tribunale. In tali fattispecie, la possibilità di compiere l'atto si collega ad un'età diversa dalla maggiore età ed il minore potrà essere considerato capace, benché non maggiorenne[14]; sicché, all'interno di questa logica, si deve ritenere che «molto prima dei diciotto anni il figlio abbia diritto di scegliere la sua vita religiosa»[15].

4. *Lo stato di disagio*

È indubbio che la scelta e la pratica di una religione rientra nella manifestazione del diritto di libertà religiosa, tutelato dall'art. 19 della Costituzione, conseguentemente, la nostra analisi ci porta a ritenere ammissibile un autonomo diritto di libertà religiosa

---

[11] Il vero problema è quello di determinare la condizione giuridica del minore nella sua globalità; tutte le manifestazioni dell'essere e dell'agire devono necessariamente confluire in un'unica direzione ovvero quella di comporre l'unitaria figura del minore, e quindi del futuro cittadino e uomo, che si esprime giuridicamente nel valore della personalità.

[12] La dicotomia capacità giuridica e capacità di agire si giustifica nell'ambito dei rapporti patrimoniali, mentre la suddivisione non ha ragion d'essere nel momento in cui si parla di diritti fondamentali, di diritti della personalità ovvero di situazioni giuridiche soggettive esistenziali. Difatti, concedere la titolarità di un diritto senza l'esercizio significa escludere, senza motivo, un soggetto dalla realizzazione della sua personalità. Per i rapporti patrimoniali il codice e le leggi civili considerano i minori incapaci di agire legalmente tanto da essere rappresentati dai genitori o dal tutore che amministrano i loro beni. Nei rapporti personali, invece, i minori, acquistando progressivamente una propria capacità autonoma, diventano in grado di manifestare le loro scelte di vita, le loro inclinazioni e, di conseguenza, diventano interlocutori attivi all'interno del rapporto educativo. Cfr. Vito Marino Caferra, *Famiglia e assistenza*, Zanichelli, Bologna, 1996, p. 95 ss.

[13] La possibilità di esercitare in ogni momento il diritto di recesso consiglia che venga accertata la volontà del minore di svolgere l'attività lavorativa per la quale viene impegnato.

[14] In tali casi si fa rinvio all'art. 2, comma 1, c.c. quando, nello stabilire il collegamento tra maggiore età e capacità di agire, fa salve tutte le ipotesi in cui sia stabilita un'età diversa. Alla minore età è collegata, sia pure a partire da un determinato momento, la capacità di compiere l'atto.

[15] Arturo Carlo Jemolo, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Giuffré, Milano, 1975, p. 202 ss.; cfr. Carlo Cognetti, *Patria potestà ed educazione religiosa dei figli,* Giuffré, Milano, 1964, p. 87 ss.

da parte del figlio minore e a domandarci se l'esercizio di questo diritto possa contrastare con la divergente decisione di uno o di entrambi i genitori[16]. Una volta risolto il dilemma, diventa necessario definire il criterio cui ancorare la determinazione della maturità necessaria e sufficiente a sostenere la scelta del minore. Bisognerebbe fissare un limite d'età o lasciare al giudice la valutazione concreta circa il raggiunto discernimento nella singola ipotesi.

Due sembrano le soluzioni percorribili: la prima si riassume nel rifiuto di un conflitto tra il diritto di libertà religiosa del minore e la potestà dei genitori, soprattutto con riguardo alla funzione educativa ed al diritto di scelta dell'indirizzo religioso del minore; la seconda, invece, ammessa la possibilità del conflitto, si articola seguendo il criterio di fissare un'età (o un livello educativo) idonea che consenta al minore una vera e propria scelta.

Spesso la questione è vista esclusivamente dalla posizione dei genitori, pur cercando di tutelare il minore. Infatti, la maggior parte delle controversie analizzate dalla giurisprudenza si occupa del conflitto che sorge fra i due genitori, in particolar modo in regime di separazione o di divorzio. Emerge, inoltre, una maggiore attenzione all'eventuale contrasto tra i genitori nella determinazione degli indirizzi educativi in tema di religione, piuttosto che l'attenzione al più importante aspetto del bilanciamento dei rapporti tra poteri dei genitori e diritto di libertà religiosa del minore.

Nelle realtà esaminate, la problematica inerente all'educazione religiosa occupa un posto secondario in quanto si fa riferimento sempre e solo all'educazione.

Altro elemento importante è rinvenibile nel fatto che la Suprema Corte, nel caso in esame, nel porre l'accento sul criterio fondamentale cui il giudice deve attenersi, ovvero il superiore interesse del minore, sostiene che il perseguimento di tale obiettivo può comportare anche l'adozione di provvedimenti contenitivi o restrittivi nel caso si ravvedano conseguenze pregiudizievoli per la figlia. Si fa riferimento esplicito ad uno stato di disagio, patito dalla minore proprio nella sfera della scelta religiosa, venendosi a delineare un collegamento dannoso tra l'imposizione paterna e il diritto al credo religioso.

Vale la pena di chiarire che lo stato di disagio non va confuso con lo stato di bisogno. Nella pratica, non vi è una vera e propria distinzione tra stato di bisogno e stato disagio; si tende ad accomunare i due concetti, i quali, al contrario, se distinti concettualmente possono aiutare la giurisprudenza nel suo operato; in ogni caso sia lo stato di disagio sia lo stato di bisogno sovente sono presi in considerazione al fine di effettuare solamente una valutazione economica del danno, mentre dovrebbero essere considerati relativamente all'esercizio dei diritti del minore.

Lo stato di disagio è rappresentabile nel momento in cui si verificano le condizioni generali in cui il minore viene ostacolato dall'imposizione di un credo religioso nel perseguimento della sua personalità (art. 2 Cost.). Lo stato di bisogno, invece, si rinviene nel comportamento materiale rilevante che limita di fatto la sua vita di relazione sia interna che esterna al contesto familiare.

La decisione della Suprema Corte risulta innovativa, a mio avviso, in quanto prende in considerazione i diritti del minore, facendo riferimento anche alle peculiarità delle

---

[16] Il diritto del minore ad essere educato si pone come limite all'ampia discrezionalità dei genitori nell'adozione dei contenuti e dei metodi dell'azione educativa, configurando un certo spazio di autodeterminazione o, più precisamente, di un moderato potere di «autoeducazione» del minore, tale da escludere la totale coincidenza tra interesse del minore e modello educativo imposto dal genitore.

varie situazioni; solo con una maggiore definizione delle tipologie di disagio si può favorire in maniera concreta una tutela piena dei minori stessi, veri protagonisti di tali vicende. Possiamo affermare che si è così introdotto un nuovo collegamento tra la categoria "stato di disagio" e credo religioso, utilizzando l'interesse superiore del minore come rimozione dello stato di disagio.

Corte di Appello di Trieste
Sentenza 10 agosto 2017

Azione antidiscriminatoria – Lavoro – Giudice del lavoro – Assegnazione – Appello avverso l'ordinanza che la decide – Rito del lavoro – Applicazione appello con citazione iscritta al ruolo decorsi 30 giorno – Inammissibilità

La controversia avente ad oggetto il diritto soggettivo a non essere discriminati nell'accesso al mondo del lavoro, benché proposta secondo il rito sommario di cognizione, è correttamente assegnata in primo grado al giudice del lavoro, pertanto, in assenza di una disciplina speciale in materia di impugnazione di cui all'art. 702 quater cpc, l'appello contro l'ordinanza che la decide deve essere proposto secondo il rito che sarebbe stato ordinariamente seguito in primo grado, ossia secondo il rito del lavoro.

Ne consegue che deve essere dichiarato inammissibile l'appello proposto con citazione notificata entro 30 giorni ma iscritta a ruolo successivamente.

Fonte: *www.asgi.it*

Corte di Appello di Lecce
Sentenza 2 febbraio 2018, n. 7

Delibazione – Sentenza episcopale – Processo matrimoniale più breve – Istanza congiunta – Accoglimento

Deve essere accolta l'istanza di delibazione della sentenza ecclesiastica pronunciata dal Vescovo diocesano al termine del processo matrimoniale più breve, in presenza dei requisiti previsti dalla normativa di derivazione pattizia.

Fonte: *www.ascait.org*

Processus brevior e delibazione delle sentenze episcopali di nullità matrimoniale

Raffaele Santoro

1. *Il procedimento di delibazione delle sentenze ecclesiastiche episcopali*

La delibazione delle sentenze di nullità matrimoniale pronunciate dai tribunali ecclesiastici e dai Vescovi diocesani in seguito alle novità introdotte nel *Codex Juris Canonici* da Francesco con la Lettera apostolica in forma di m.p. *Mitis Iudex Dominus Iesus*[1], costituisce uno dei punti di contatto tra sfera statuale e sfera ecclesiastica istituiti

---

[1] Cfr. Aa.Vv., *Il nuovo processo matrimoniale canonico. Una guida tra diritto e cura pastorale*, Cacucci, Bari, 2018; Aa.Vv., *Il processo di nullità matrimoniale nella riforma di Papa Francesco e gli effetti nell'ordinamento giuridico interno. Profili sostanziali e processuali*, Turisa Editrice, Acerra, 2017; Aa.Vv., *Ius et matrimonium II. Temi processuali e sostanziali alla luce del Motu Proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*, a cura di Hector Franceschi, Miguel Angel Ortiz, Edusc, Roma, 2017; Aa.Vv., *La riforma dei processi matrimoniali canonici di Papa Francesco. Una guida per tutti*, a cura della Redazione di Quaderni di Diritto Ecclesiale, Ancora, Milano, 2016; Aa.Vv., *Matrimonio e processo per un nuovo umanesimo*, a cura di Paolo Palumbo, Giappichelli, Torino, 2016; Valerio Andriano, *La normativa canonica sul matrimonio e la riforma del processo di nullità*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2016; Manuel Jesus Arroba Conde, *Le "*Litteræ motu proprio datæ*" sulla riforma dei Processi di nullità matrimoniale: prima analisi. Alcuni aspetti delle nuove Norme sulle Cause di nullità del Matrimonio*, in *Apollinaris*, 2, 2015, p. 553 ss.; Manuel Jesus Arroba Conde, Claudia Izzi, *Pastorale giudiziaria e prassi processuale nelle cause di nullità del matrimonio – Dopo la riforma operata con il Motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*, San Paolo, Cinisello Balsano, 2017; Gianluca Belfiore, *I processi di nullità matrimoniale nella riforma di Papa Francesco*, Studio Teologico San Paolo, Catania, 2017; Geraldina Boni, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi* (prima parte), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 7 marzo 2016, p. 1 ss.; Id., *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi* (seconda parte), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 14 marzo 2016, p. 1 ss.; Id., *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi* (terza parte), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 21 marzo 2016, p. 1 ss.; Id., *La riforma del processo canonico di nullità matrimoniale: il complicarsi progressivo del quadro delle fonti normative* (parte prima), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 3, 2018, p. 1 ss.; Id., *La riforma del processo canonico di nullità matrimoniale: il complicarsi progressivo del quadro delle fonti normative* (parte seconda), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 5, 2018, p. 1 ss.; Id., *La riforma del processo canonico di nullità matrimoniale: il complicarsi progressivo del quadro delle fonti normative* (parte terza), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 6, 2018, p. 1 ss.; Marco Canonico, *Il riformato processo matrimoniale canonico*, in *Diritto e religioni*, 2, 2016, p. 17 ss.; Id., *Le principali novità del riformato processo matrimoniale canonico*, in Aa.Vv., *Il diritto come "scienza di mezzo". Studi in onore di Mario Tedeschi*, a cura di Maria d'Arienzo, vol. 1, Pellegrini, Cosenza, 2017, p. 373 ss.; Paolo Moneta, *La dinamica processuale nel m.p. "Mitis*

in numerosi accordi e concordati sottoscritti dalla Santa Sede nell'ambito della sua attività internazionale[2].

I rapporti tra Stato e Chiesa Cattolica, infatti, sono da sempre caratterizzati da una significativa dinamicità legata non solo alla progressiva estensione delle *rex mixtae* disciplinate mediante la normativa pattizia[3], ma anche all'evoluzione che nel tempo può coinvolgere l'applicazione della vigente normativa bilaterale in ragione delle innovazioni legislative che possono avvenire nell'ambito dei due ordinamenti.

Rientrano sicuramente in quest'ultima ipotesi i riflessi concordatari che ha originato la riforma del processo matrimoniale canonico e in particolare l'introduzione del *processus brevior* innanzi al Vescovo diocesano[4], il quale, in questo caso, «interviene più direttamente nel processo canonico ed esercita pienamente il suo ufficio di giudice»[5].

A tale riguardo, la Corte di Appello di Lecce, con la sentenza n. 7 del 2018[6], ha dichiarato l'efficacia civile in Italia di una sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale pronunciata dal Vescovo di Nardò-Gallipoli, facendo registrare uno dei primi interventi giurisprudenziali in materia di *processus brevior.*

Questo pronunciamento giurisprudenziale interviene in un ambito nel quale si sono registrati una serie di interventi dottrinali[7] ed è stato reso possibile in quanto questa forma

---

Iudex", in *Ius Ecclesiae*, 28, 2016, p. 39 ss.; Luigi Sabbarese, *I processi matrimoniali e il Vescovo "giudice tra i fedeli a lui affidati"*, in *Nuove norme per la dichiarazione di nullità del matrimonio*, Edizioni Dehoniane, Bologna, 2016, p. 26 ss.; Luigi Sabbarese, Raffaele Santoro, *Il processo matrimoniale più breve. Disciplina canonica e riflessi concordatari*, Edizioni Dehoniane, Bologna, 2016; Hildegard Warnink, *Il motu proprio Mitis iudex. Opportunità, sfide e potenziali insidie*, in *Concilium*, 5, 2016, p. 115 ss.

[2] Cfr. Giovanni Barberini, *Chiesa e Santa Sede nell'ordinamento internazionale. Esame delle norme canoniche*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 193 ss. Circa il contenuto dei singoli accordi e concordati, si rinvia a José Tomas Martìn de Agar, *Raccolta di Concordati 1950-1999*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2000; Id., *I Concordati del 2000*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2001; Id., *I Concordati dal 2000 al 2009*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2010.

[3] Cfr. Mario Ricca, *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Torri del Vento, Palermo, 2012, p. 174 ss.

[4] In merito, si rinvia a Massimo del Pozzo, *Il processo matrimoniale più breve davanti al Vescovo*, Edusc, Roma, 2016; Gerardo Nunez Gonzalez, *El proceso brevior: exigencias y estructura*, in *Ius Canonicum*, 111, 2016, p. 135 ss.; Luciano Musselli, *Diritto matrimoniale*, in Maria d'Arienzo, Luciano Musselli, Mario Tedeschi, Patrick Valdrini, *Manuale di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 278 ss.; Luigi Sabbarese, *Il processo matrimoniale più breve davanti al Vescovo diocesano*, in Luigi Sabbarese, Raffaele Santoro, *Il processo matrimoniale più breve. Disciplina canonica e riflessi concordatari*, cit., p. 37 ss.; Antonio Ventrone, *La centralità del Vescovo diocesano nel processo matrimoniale più breve: il caso della "sede vacante"*, in *Diritto e diritti*, Rivista telematica (*www.diritto.it*), gennaio 2018, p. 1 ss.

[5] Pasquale Larocca, *La pastorale giudiziaria*, in Aa.Vv., *Il nuovo processo matrimoniale canonico. Una guida tra diritto e cura pastorale*, cit., p. 44. In merito, si veda anche Jorge Horta Espinoza, *La potestad judicial del Obispo en el M. Pr. Mitis Iudex*, in *Ius Canonicum*, 114, 2017, p. 637 ss.

[6] Corte di Appello di Lecce, sentenza 2 febbraio 2018, n. 7, il cui testo integrale è edito nel sito dell'Associazione Canonistica Italiana (www.ascait.org).

[7] Cfr. Geraldina Boni, *L'efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale dopo il Motu Proprio Mitis Iudex* (parte prima), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 6 febbraio 2017, p. 1 ss.; Id., *L'efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale dopo il Motu Proprio Mitis Iudex* (parte seconda), in *Stato, Chiese e*

abbreviata di processo matrimoniale canonico rappresenta un procedimento giudiziario e non amministrativo, come ha peraltro evidenziato lo stesso legislatore canonico, affermando di aver introdotto la riforma

«seguendo le orme dei miei Predecessori, i quali hanno voluto che le cause di nullità del matrimonio vengano trattate per via giudiziale, e non amministrativa, non perché lo imponga la natura della cosa, ma piuttosto lo esiga la necessità di tutelare in massimo grado la verità del sacro vincolo: e ciò è esattamente assicurato dalle garanzie dell'ordine giudiziario»[8].

A tale riguardo, è stato sancito che compete al Vescovo diocesano giudicare le cause di nullità del matrimonio con il processo più breve[9] ogniqualvolta la domanda sia proposta

---

pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 13 febbraio 2017, p. 1 ss.; Nicola Colaianni, *La lotta per la laicità. Stato e Chiesa nell'età dei diritti*, Cacucci, Bari, 2017, p. 296 ss.; Id., *Il giusto processo di delibazione e le "nuove" sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 21 dicembre 2015, p. 1 ss.; Mario Ferrante, *Riforma del processo matrimoniale e delibazione*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 2016, p. 313 ss.; Id., *La delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale dopo la riforma del processo matrimoniale canonico*, in *Jus*, 28 ottobre 2017, p. 1 ss.; Luigi Lacroce, *Il riconoscimento in Italia delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale dopo la riforma del processo matrimoniale canonico introdotta con il M.P. «Mitis Iudex Dominus Iesus»*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 2, 2016, p. 521 ss.; Adelaide Madera, *Forme di pluralismo nel settore matrimoniale: le nuove sfide delle "overlapping jurisdictions"*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 31, 2017, p. 1 ss.; Raffaele Santoro, *Gli effetti civili delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale pronunciate dal Vescovo diocesano*, in Luigi Sabbarese, Raffaele Santoro, *Il processo matrimoniale più breve. Disciplina canonica e riflessi concordatari*, cit., p. 85 ss.; Id., *Riforma del processo matrimoniale canonico, efficacia civile delle sentenze episcopali e durata della convivenza coniugale*, in Aa.Vv., *Le proiezioni civili delle religioni tra libertà e bilateralità. Modelli di disciplina giuridica*, a cura di Antonio Fuccillo, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 327 ss.; Id., *L'introduzione del processo matrimoniale canonico più breve e l'efficacia civile delle sentenze pronunciate dai Vescovi diocesani*, in Antonio Fuccillo, *Diritto, religioni, culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 441 ss.

[8] Francesco, Lettera apostolica *Mitis Iudex Dominus Iesus*, 15 agosto 2015, Proemio, I, in *Nuove norme per la dichiarazione di nullità del matrimonio*, cit., p. 47.

[9] In merito alla centralità del Vescovo diocesano all'interno del *processus brevior*, Francesco, in occasione del *Discorso ai partecipanti al corso promosso dal Tribunale della Rota Romana*, del 25 novembre 2017 (testo integrale edito nel sito ufficiale della Santa Sede: www.vatican.va), ha ribadito che lo stesso «da sempre (…) è *Iudex unum et idem cum Vicario iudiciali*», aggiungendo che «poiché tale principio viene interpretato in maniera di fatto escludente l'esercizio personale del Vescovo diocesano, delegando quasi tutto ai Tribunali, stabilisco di seguito quanto ritengo determinante ed esclusivo nell'esercizio personale del Vescovo diocesano giudice:

1. Il Vescovo diocesano in forza del suo ufficio pastorale è giudice personale ed unico nel processo breviore.

2. Quindi la figura del Vescovo-diocesano-giudice è l'architrave, il principio costitutivo e l'elemento discriminante dell'intero processo breviore, istituito dai due Motu proprio.

3. Nel processo breviore sono richieste, ad validitatem, due condizioni inscindibili: l'episcopato e l'essere capo di una comunità diocesana di fedeli (cfr. can 381 § 2). Se manca una delle due condizioni il processo breviore non può aver luogo. L'istanza deve essere giudicata con il processo ordinario.

4. La competenza esclusiva e personale del Vescovo diocesano, posta nei criteri fondamentali del processo breviore, fa diretto riferimento alla ecclesiologia del Vaticano II, che ci ricorda che solo il

da entrambi i coniugi o da uno di essi, col consenso dell'altro e ricorrano circostanze di fatti e di persone, sostenute da testimonianze o documenti, che non richiedono una inchiesta o una istruzione più accurata, e rendono manifesta la nullità (can. 1693 *c.j.c.*)[10].

Il processo matrimoniale più breve costituisce dunque un «processo vero e proprio, si svolge alla presenza di un giudice imparziale e garantisce e assicura, seppure in forme semplificate, l'uguaglianza delle parti, il contraddittorio, l'assistenza tecnica»[11], come peraltro emerge dai canoni 1686-1687 *c.j.c.* e dalle relative *Regole procedurali*[12]. Queste ultime, inoltre, «non sembrano intaccare nessuna delle facoltà e garanzie che ieri costituivano il contenuto del diritto alla tutela giurisdizionale e che oggi costituiscono il contenuto del c.d. giusto processo: imparzialità del giudice, parità e contraddittorio tra le parti, ragionevole durata del giudizio (cfr. art. 111 della Costituzione)»[13].

In merito ai rapporti interordinamentali tra Stato e Chiesa Cattolica, anche le

---

Vescovo ha già, nella consacrazione, la pienezza di tutta la potestà che è *ad actum expedita*, attraverso la missio canonica.

5. Il processo breviore non è un'opzione che il Vescovo diocesano può scegliere ma è un obbligo che gli proviene dalla sua consacrazione e dalla missio ricevuta. Egli è competente esclusivo nelle tre fasi del processo breviore:

- l'istanza va sempre indirizzata al Vescovo diocesano;

- l'istruttoria, (…) il Vescovo la conduca "sempre coadiuvato dal Vicario giudiziale o da altro istruttore, anche laico, dall'assessore, e sempre presente il difensore del vincolo". Se il Vescovo fosse sprovvisto di chierici o laici canonisti, la carità, che distingue l'ufficio episcopale, di un vescovo viciniore potrà soccorrerlo per il tempo necessario. Inoltre ricordo che il processo breviore deve chiudersi abitualmente in una sola sessione, richiedendosi come condizione imprescindibile l'assoluta evidenza dei fatti comprovanti la presunta nullità del coniugio, oltre al consenso dei due sposi.

- la decisione da pronunciare coram Domino, è sempre e solo del Vescovo diocesano.

6. Affidare l'intero processo breviore al tribunale interdiocesano (sia del viciniore che di più diocesi) porterebbe a snaturare e ridurre la figura del Vescovo padre, capo e giudice dei suoi fedeli a mero firmatario della sentenza.

7. La misericordia, uno dei criteri fondamentali che assicurano la salus, richiede che il Vescovo diocesano attui quanto prima il processo breviore; nel caso poi che non si ritenesse pronto nel presente ad attuarlo, deve rinviare la causa al processo ordinario, il quale comunque deve essere condotto con la debita sollecitudine.

8. La prossimità e la gratuità, come ho più volte ribadito, sono le due perle di cui hanno bisogno i poveri, che la Chiesa deve amare sopra ogni cosa.

9. Quanto alla competenza, nel ricevere l'appello contro la sentenza affermativa nel processo breviore, del Metropolita o del Vescovo indicato nel nuovo can. 1687, si precisa che la nuova legge ha conferito al Decano della Rota una potestas decidendi nuova e dunque costitutiva sul rigetto o l'ammissione dell'appello».

[10] Cfr. Luigi Sabbarese, *I processi matrimoniali e il vescovo "giudice tra i fedeli a lui affidati"*, cit., p. 27 ss.

[11] Michele Madonna, *Il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale con particolare riferimento al diritto di difesa. Linee di tendenza e prospettive di sviluppo tra prassi giurisprudenziale e riforme del diritto della Chiesa*, in Aa.Vv., *Le proiezioni civili delle religioni tra libertà e bilateralità. Modelli di disciplina giuridica*, cit., p. 277.

[12] Cfr. Raffaele Santoro, *L'introduzione del processo matrimoniale canonico più breve e l'efficacia civile delle sentenze pronunciate dai Vescovi diocesani*, cit., p. 441 ss.

[13] Michele Madonna, *Il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale con particolare riferimento al diritto di difesa. Linee di tendenza e prospettive di sviluppo tra prassi giurisprudenziale e riforme del diritto della Chiesa*, cit., p. 277.

sentenze episcopali *pro nullitate matrimonii*, munite del decreto di esecutività del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica[14], su domanda delle parti o di una sola di esse, possono essere dunque dichiarate efficaci nella Repubblica italiana con sentenza della Corte di Appello competente per territorio, in relazione al luogo in cui è stato celebrato il matrimonio[15]. In senso positivo si è espresso anche il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, il quale ha disposto l'estensione alle sentenze pronunciate dai Vescovi diocesani delle norme in materia di rilascio del decreto di esecutività previste per le sentenze pronunciate dai tribunali ecclesiastici[16].

Nell'esercizio di una competenza assegnata dalla normativa di derivazione pattizia[17], il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, quale «organo della Santa Sede che presiede a tutto l'ordinamento giudiziario della Chiesa»[18], per poter concedere il decreto di esecutività delle sentenze ecclesiastiche, deve verificare:

a) che alle parti sia stato garantito il diritto di agire e di difesa[19];

b) che la sentenza sia esecutiva, ossia che siano decorsi i termini stabiliti nei cann. 1630-1633 *c.j.c.* per la sentenza che per la prima volta ha dichiarato la nullità del

---

[14] In merito, si rinvia ampiamente a Enrico Giarnieri, *Matrimonio concordatario e decreto di esecutività della Segnatura Apostolica*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2012.

[15] In merito al procedimento di delibazione, si rinvia a Raffaele Balbi, *Il matrimonio religioso con effetti civili*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 53 ss.; Raffaele Botta, *Manuale di diritto ecclesiastico. Società civile e società religiosa nell'età della crisi*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 248 ss.; Marco Canonico, *L'efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996; Carlo Cardia, *Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea legislazione italiana*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 374 ss.; Pieluigi Consorti, *Diritto e religione*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 137 ss.; Giuseppe Dalla Torre, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 187 ss.; Sara Domianello, *I matrimoni "davanti ai ministri di culto"*, in Aa.Vv., *Trattato di diritto di famiglia*, vol. 1/I, Giuffrè, Milano, 2002, p. 469 ss.; Francesco Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico*, Zanichelli, Bologna, 2003, p. 474 ss.; Sandro Gherro, Manlio Miele, *Corso di diritto ecclesiastico*, Cedam, Padova, 2006, p. 99 ss.; Paolo Moneta, *Matrimonio religioso e ordinamento civile*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 94 ss.; Mario Ricca, *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, cit., p. 345 ss.; Raffaele Santoro, *Il procedimento di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in Antonio Fuccillo, *Diritto, religioni, culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, cit., p. 427 ss.; Paolo Stefanì, *Le sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in Aa.Vv., *Diritto ecclesiastico e professione forense*, cura di Gaetano Dammacco, Cacucci, Bari, 2003, p. 55 ss.; Mario Tedeschi, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 307 ss.; Antonio Vitale, *Corso di diritto ecclesiastico. Ordinamento giuridico e interessi religiosi*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 398 ss.; Enrico Vitali, Antonio Giuseppe Chizzoniti, *Manuale breve. Diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 168 ss.

[16] Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, Lettera circolare 30 gennaio 2016, prot. n. 51324/16.

[17] Cfr. Giuseppe Casuscelli, *Delibazione e ordine pubblico: le violazioni dell'Accordo "che apporta modificazioni al Concordato lateranense*", in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 22 settembre 2014, p. 19 ss.

[18] Cfr. Paolo Moneta, *La giustizia nella Chiesa*, il Mulino, Bologna, 2002, p. 61.

[19] Circa il rispetto del diritto di difesa, cfr. Daniela Bianchini, *La delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale con riferimento al diritto di difesa delle parti*, in Aa.Vv., *Sovranità della Chiesa e giurisdizione dello Stato*, a cura di Giuseppe Dalla Torre, Pasquale Lillo, Giappichelli, Torino, 2008, p. 271 ss.; Carlo Cardia, *Ordinamenti religiosi e ordinamenti dello Stato*, il Mulino, Bologna, 2003, p. 232 ss. In ambito giurisprudenziale, cfr. Corte di Cassazione, sentenza 19 marzo 2010, n. 6686, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3, 2010, p. 894.

matrimonio (can. 1679 *c.j.c.*)[20], essendo stato abrogato il principio della c.d. "doppia conforme".

A tale riguardo, con particolare riferimento alla riforma del processo matrimoniale canonico realizzata da Francesco, il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica nella lettera circ. prot. n. 51324/16, nel confermare le disposizioni della lettera circ. prot. n. 33840/02, ha ritenuto necessario aggiornare la precedente lettera circ. del 20 marzo 1991 (prot. n. 21402/89), emanata in attuazione degli artt. 60-62 del *Decreto generale sul matrimonio canonico*[21], precisando che, oltre a quanto previsto dalle precedenti lettere circolari, sono richiesti anche i seguenti documenti:

a) prova della avvenuta pubblicazione della sentenza alle parti, incluso il difensore del vincolo;

b) copia del decreto esecutorio emesso dal Tribunale che ha pronunciato la sentenza, con il quale si attesta che sono inutilmente trascorsi i termini per l'interposizione dell'appello[22].

Le sentenze ecclesiastiche, anche qualora esecutive, non diventano intangibili, poiché, diversamente da quanto avviene in ambito civile per effetto del principio processuale del passaggio in giudicato[23], può essere proposta una *nova causae propositio* (can. 1644 *c.j.c.*)[24].

A tale riguardo, il vigente can. 1681 *c.j.c.* sancisce che, se è stata emanata una sentenza esecutiva, si può ricorrere in qualunque momento al tribunale di terzo grado per la nuova proposizione della causa a norma del can. 1644 *c.j.c.*, adducendo nuovi e gravi prove o argomenti entro il termine perentorio di trenta giorni dalla proposizione dell'impugnazione[25]. Questa facoltà è stata in parte limitata da Francesco, il quale, nel rescritto del 7 dicembre 2015, ha stabilito che dinanzi alla Rota Romana non è ammesso il ricorso per la *nova causae propositio*, dopo che una delle parti ha contratto un nuovo matrimonio canonico, a meno che non consti in modo manifesto dell'ingiustizia della decisione[26].

Resta salva la possibilità di proporre la *restitutio in integrum* qualora:

1) la sentenza sia fondata totalmente su prove successivamente accertate essere false, senza le quali la parte dispositiva della sentenza è priva di fondamento;

2) in seguito siano scoperti documenti che dimostrano senza incertezza fatti nuovi che esigono una decisione contraria;

---

[20] Cfr. Gian Paolo Montini, *Dopo la decisione: appello e altre impugnazioni*, in Aa.Vv., *La riforma dei processi matrimoniali di Papa Francesco. Una guida per tutti*, cit., p. 122 ss.

[21] Cfr. Gennaro Fusco, Claudio Marras, Paolo Palumbo, Raffaele Santoro, *Commento giuridico-pastorale al decreto generale sul matrimonio canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2014, p. 157 ss.

[22] Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, Lettera circolare 30 gennaio 2016, prot. n. 51324/16.

[23] Per una comparazione dei sistemi processuali, si rinvia a Elena Di Bernardo, *Modelli processuali e diritto probatorio civile. Elementi di common law, civil law e diritto canonico*, Lateran Press, Città del Vaticano, 2016.

[24] Cfr. Carlo Gullo, *La nova causae propositio*, in Aa.Vv., *Il processo matrimoniale canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1994, p. 797 ss.

[25] Cfr. Luciano Musselli, *Diritto matrimoniale*, cit., p. 283 ss.

[26] Cfr. Francesco, *Rescritto sul compimento e l'osservanza della nuova legge del processo matrimoniale*, 7 dicembre 2015, n. II, punto 3, in *Nuove norme per la dichiarazione di nullità del matrimonio*, cit., p. 112.

3) la sentenza sia emessa per dolo di una parte a danno dell'altra;

4) sia evidentemente trascurato il disposto di una legge non semplicemente processuale;

5) la sentenza sia contraria ad una precedente decisione passata in giudicato (can. 1645 *c.j.c.*)[27].

L'art. 8 dell'Accordo di Villa Madama, con il quale sono state apportate modifiche al Concordato lateranense del 1929, prescrive che la Corte di Appello, per rendere efficace in Italia una sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale, deve accertare che:

a) il matrimonio dichiarato nullo era un matrimonio canonico trascritto agli effetti civili;

b) il giudice ecclesiastico era il giudice competente a conoscere la causa;

c) nel procedimento davanti al tribunale ecclesiastico sia stato assicurato alle parti il diritto di agire e di resistere in giudizio in modo non difforme dai principi fondamentali dell'ordinamento italiano;

d) ricorrano le altre condizioni richieste dalla legislazione italiana per la dichiarazione di efficacia delle sentenze straniere[28].

In merito a quest'ultimo punto, non può trovare applicazione l'art. 64 della legge 31 maggio 1995, n. 218 – *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*[29], in quanto in materia di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale sono ancora in vigore gli artt. 796 e 797 c.p.c.[30]. Questi articoli, infatti, non sono stati abrogati dall'art. 73 della su indicata legge, in quanto espressamente richiamati nell'art. 4 del Protocollo addizionale dell'Accordo di Villa Madama[31], le cui norme sono dotate di efficacia passiva rinforzata[32].

Nello specifico, l'art. 797 c.p.c. sancisce che la Corte di Appello ha il compito di verificare che:

1) il giudice dello Stato nel quale la sentenza è stata pronunciata poteva conoscere della causa secondo i principi sulla competenza giurisdizionale vigenti nell'ordinamento italiano;

2) la citazione è stata notificata in conformità alla legge del luogo dove si è svolto il giudizio ed è stato assegnato un congruo termine per comparire;

3) le parti si siano costituite in giudizio secondo la legge del luogo o la contumacia è stata accertata e dichiarata validamente in conformità della legge stessa;

4) la sentenza è passata in giudicato secondo la legge del luogo in cui è stata pronunciata;

5) essa non è contraria ad altra sentenza pronunciata da un giudice italiano;

---

[27] Cfr. Fernando Ramos, *La cosa giudicata e la restituzione in integro*, in Aa.Vv., *Il processo matrimoniale canonico*, cit., p. 838 ss.

[28] Cfr. Joaquin Llobell, *I processi matrimoniali nella Chiesa*, Edusc, Roma, 2015, p. 271.

[29] In merito si rinvia a Tito Ballarino, *Diritto internazionale privato italiano*, Cedam, Padova, 2011, p. 95 ss.

[30] Cfr. Corte di Cassazione, sentenza 25 giugno 2009, n. 14906, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1, 2010, p. 18 ss., con nota di commento di Enrico Giarnieri, *Sulla delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio per errore indotto da dolo*, ivi, p. 21 ss.

[31] Cfr. Corte di Cassazione, ordinanza 10 giugno-3 settembre 2014, n. 18627, in *Osservatorio delle libertà ed istituzione religiose* (www.olir.it).

[32] Cfr. Mario Tedeschi, *Manuale di diritto ecclesiastico*, cit., p. 135 ss.

6) non è pendente davanti a un giudice italiano un giudizio per il medesimo oggetto e tra le stesse parti, istituito prima del passaggio in giudicato della sentenza straniera;

7) la sentenza non contiene disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano, il quale si sostanzia nell'insieme dei «principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato momento storico e dei principi inderogabili che sono immanenti nei più importanti istituti giuridici»[33].

In merito all'applicazione di queste norme, l'art. 4 del Protocollo addizionale sancisce che, con riferimento all'art. 8.2 dell'Accordo di Villa Madama, ai fini dell'applicazione degli artt. 796 e 797 c.p.c., il giudice deve tener conto della specificità dell'ordinamento canonico, dal quale è regolato il vincolo matrimoniale, il cui richiamo è da intendersi in senso ampio, in quanto fatto «a tutto l'ordinamento della Chiesa»[34]. In particolare, i richiami fatti dalla legge italiana alla legge del luogo in cui si è svolto il giudizio si intendono fatti al diritto canonico e deve essere considerata sentenza passata in giudicato la sentenza che sia diventata esecutiva secondo il diritto canonico. Inoltre, il giudice della delibazione non può procedere al riesame del merito e, di conseguenza, la relativa indagine deve essere condotta con esclusivo riferimento alla pronuncia da delibare e agli atti del processo medesimo eventualmente acquisiti, opportunamente riesaminati e valutati, non essendo possibile alcuna integrazione dell'attività istruttoria[35]. Rientra tuttavia nella facoltà del giudice italiano, il cui esercizio è rimesso al suo discrezionale apprezzamento, provvedere ad un'autonoma e diversa valutazione del medesimo materiale probatorio secondo le regole del processo civile e disattendere eventualmente gli obiettivi elementi di conoscenza documentati negli atti del processo canonico.

Per questo motivo, è importante che le sentenze pronunciate dai Vescovi diocesani al termine del *processus brevior*, pur potendo avere un contenuto più breve rispetto a quelle pronunciate nel processo ordinario[36], ricostruiscano in modo preciso le dinamiche che hanno determinato la nullità del matrimonio al fine di poter fornire al giudice statuale gli elementi necessari per verificare l'assenza delle circostanze ostative alla delibazione, con particolare riferimento al limite dell'ordine pubblico[37].

2. I punti di contatto tra delibazione e presupposti del processo matrimoniale più breve.

Tra le molteplici condizioni che il giudice statuale deve verificare in occasione del giudizio di delibazione assume un rilievo centrale l'assenza nella sentenza ecclesiastica

---

[33] Corte di Appello di Roma, ordinanza 26 marzo 1981, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 1982, p. 170 ss. Per una breve ricostruzione del concetto di "ordine pubblico interno", si rinvia ad Antonio Coaccioli, *Manuale di diritto internazionale privato e processuale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2011, p. 154 ss.

[34] Cfr. Giuseppe Dalla Torre, *"Specialità dell'ordinamento canonico" e delibazione delle sentenze matrimoniali ecclesiastiche*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 4 novembre 2013, p. 4.

[35] Cfr. Corte di Cassazione, sentenza 7 aprile 2003, n. 17535, in Antonio Fuccillo, *Giustizia e religione*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2011, p. 108 ss.

[36] Cfr. Tribunale Apostolico della Rota Romana, *Sussidio applicativo del Motu pr. Mitis Iudex Dominus Iesus*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2016, p. 40 ss.

[37] Cfr. Geraldina Boni, *L'efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale dopo il Motu Proprio Mitis Iudex* (parte seconda), cit., p. 24.

di disposizioni contrarie all'ordine pubblico, soprattutto quando il relativo giudizio si intreccia con la naturale diversità che contraddistingue i due ordinamenti[38].

In particolare, la diversità della disciplina matrimoniale canonica, rispetto a quanto previsto in ambito civile, da sola non osta alla delibazione, anche in rapporto ai vizi del consenso, purché la dichiarata invalidità del matrimonio canonico da parte dei tribunali ecclesiastici oppure dei Vescovi diocesani sia ancorata a fatti oggettivi analoghi a quelli rilevanti per gli stessi fini nell'ordinamento interno, ovvero a circostanze non assolutamente irrilevanti per esso, in rapporto alla formazione del consenso matrimoniale e alla nullità del matrimonio.

L'ordinamento giuridico italiano prevede una regolamentazione restrittiva dei vizi del consenso, dando rilievo nel matrimonio civile solo alla violenza e all'errore nei limiti previsti dall'art. 122 c.c.[39]. Tali vizi sono rilevanti ai fini della delibazione se risultano da cause esterne e oggettive, non potendo quelle interne o soggettive avere rilevanza per un atto solenne come il matrimonio.

Non ogni vizio del consenso accertato nelle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale consente dunque di riconoscerne l'efficacia nell'ordinamento italiano, dandosi rilievo nel diritto canonico, come incidenti sul processo formativo del consenso, anche a motivi principalmente legati al foro interno e ritenuti dalla giurisprudenza civile non significativi in rapporto all'ordine pubblico interno. In base a questo principio, solo le cause esterne e oggettive possono incidere sulla formazione e manifestazione della volontà dei nubendi, viziandola o facendola mancare. Di conseguenza, l'errore, se indotto da dolo, poiché assume rilevanza nell'ordinamento canonico ma non in quello italiano, se accertato come causa di invalidità in una sentenza ecclesiastica, può rendere possibile il riconoscimento di questa in Italia solo se sia consistito in una falsa rappresentazione della realtà che abbia riguardato circostanze oggettive, incidenti su connotati stabili e permanenti, qualificanti la persona dell'altro nubente[40].

---

[38] Cfr. Marco Canonico, *Il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), settembre 2011, p. 30 ss.

[39] Cfr. Giovanni Bonilini, *Manuale di diritto di famiglia*, Utet, Torino, 2002, p. 161 ss.

[40] Cfr. Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza 24 giugno-18 luglio 2008, n. 19809, in Antonio Fuccillo, *Giustizia e religione*, cit., p. 90 ss., per il cui commento si rinvia a Francesco Alicino, *L'altra "faccia" della specificità del matrimonio canonico (a proposito di Cassazione, Sez. Un., 18 luglio 2008, n. 19809)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), marzo 2009, p. 1 ss.; Nicola Bartone, *Il pronunciato incostituzionale sulla (in)delibabilità ecclesiastica della Corte di Cassazione Sezioni Unite Civili*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), ottobre 2008, p. 1 ss.; Marco Canonico, *Sentenze ecclesiastiche ed ordine pubblico: l'ultimo "vulnus" inferto al Concordato dalle Sezioni Unite*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 4, 2008, p. 1895 ss.; Fabio Franceschi, *Sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, dolo, errore, ordine pubblico. Note in margine ad una recente sentenza delle sezioni unite della Suprema Corte*, in *Rivista di diritto civile*, 5, 2009, p. 617 ss.; Natascia Marchei, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche e (prolungata) convivenza tra i coniugi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 30 gennaio 2012, p. 1 ss.; Luigi Ortaglio, *L'esecutività delle pronunce ecclesiastiche di nullità matrimoniale e i limiti alla delibazione delle sentenze di nullità del matrimonio concordatario*, in Aa.Vv., *Iustitia et Veritas*, a cura di Erasmo Napolitano, La Laurenziana, Napoli, 2015, p. 275 ss. In questa stessa pronuncia, sia pure in modo incidentale, la Corte di Cassazione richiama anche il nodo della lunghezza della convivenza coniugale, come peraltro rilevato da Carlo Cardia, *Matrimonio concordatario. Nuovo equilibrio tra*

Rientrano sicuramente in questa categoria una serie di circostanze annoverate, sia pure in modo esemplificativo[41], nell'art. 14 §1 delle *Regole procedurali per la trattazione delle cause di nullità matrimoniale*, quali l'occultamento doloso della sterilità o di una malattia contagiosa (es. aids) o di figli nati da una precedente relazione, oppure la carcerazione.

La Corte di Cassazione, circa le differenze tra la disciplina civile e quella canonica in materia matrimoniale, ha rilevato una incompatibilità "assoluta" quando «i fatti a base della disciplina applicata nella pronuncia di cui si è chiesta la esecutività e nelle statuizioni di questa, anche in rapporto alla *causa petendi* della domanda accolta, non sono in alcun modo assimilabili a quelli che in astratto potrebbero avere rilievo o effetti analoghi in Italia», mentre «l'incompatibilità con l'ordine pubblico interno va qualificata invece "relativa", quando le statuizioni della sentenza ecclesiastica, eventualmente con l'integrazione o il concorso di fatti rilevati dal giudice della delibazione, pur se si tratti di circostanze ritenute irrilevanti per la decisione canonica, possano fare individuare una fattispecie almeno assimilabile a quelle interne con effetti simili»[42]. In ragione di questa diversificazione è stato dunque sancito il principio secondo cui sono ostative alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche solo le incompatibilità "assolute", potendosi superare quelle "relative", in ragione del peculiare rilievo che la Repubblica italiana si è impegnata a dare a tali pronunce[43].

Inoltre, la contrarietà della sentenza ecclesiastica all'ordine pubblico interno non deve essere valutata in modo assoluto, poiché, ad esempio, la simulazione di uno dei coniugi, seppure rimasta inespressa nella sfera psichica del suo attore, può essere fatta valere dal coniuge che ignorava o non poteva conoscere il vizio del consenso dell'altro coniuge, o comunque quando vi sia consenso di entrambi i coniugi in merito a tale esclusione[44].

Quest'ultima ipotesi trova riscontro proprio nel *processus brevior* innanzi al Vescovo diocesano, poiché, per la relativa introduzione, è richiesto che la domanda sia proposta da entrambi i coniugi o da uno di essi con il consenso dell'altro (can. 1683, 1° *c.j.c.*), oltre alla presenza di circostanze di fatti e di persone, sostenute da testimonianze o documenti, che non richiedano una inchiesta o una istruzione più accurata, e rendano manifesta la nullità (can. 1683, 2° *c.j.c.*). Quest'ultimo aspetto, nel processo di delibazione, sembra idoneo a suffragare almeno l'ipotesi della *conoscibilità* delle cause di invalidità del matrimonio.

In questo caso è più difficile che possa configurarsi un contrasto con il principio inderogabile della tutela della buona fede e dell'affidamento incolpevole, il quale è

---

ordinamenti, in Aa.Vv., *Veritas non auctoritas facit legem. Studi di diritto matrimoniale in onore di Piero Antonio Bonnet*, a cura di Giuseppe Dalla Torre, Carlo Gullo, Geraldina Boni, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2012, p. 191.

[41] Cfr. Tribunale Apostolico della Rota Romana, *Sussidio applicativo del Motu pr. Mitis Iudex Dominus Iesus*, cit., p. 32.

[42] Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza 24 giugno-18 luglio 2008, n. 19809, in Antonio Fuccillo, *Giustizia e religione*, cit., p. 96.

[43] Cfr. Marco Canonico, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche ovvero il cammello per la cruna dell'ago*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 13 luglio 2015, p. 9 ss.

[44] Cfr. Corte di Cassazione, sentenze 26 febbraio 2014, n. 4536, in *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose* (www.olir.it).

riconducibile ad un valore individuale che appartiene alla sfera di disponibilità del soggetto ed è preordinato a tutelare questo valore da eventuali lesioni. Del resto, il principio dell'ordine pubblico interno non è posto a tutela della validità del vincolo, bensì dell'affidamento incolpevole connesso con l'interesse del coniuge in buona fede alla persistenza del vincolo stesso. Ne consegue che al titolare di questo diritto deve essere riconosciuto anche il conseguente diritto di scegliere la non conservazione del rapporto viziato per un fatto imputabile all'altra parte[45]. In questo caso, non sussiste un contrasto con l'ordine pubblico non solo quando l'istanza di delibazione alla Corte di Appello è proposta dal coniuge che ignorava o non poteva conoscere il vizio del consenso dell'altro coniuge, ma anche quando l'istanza è proposta dal coniuge responsabile della nullità e l'altro non si oppone, come peraltro potrebbe avvenire qualora quest'ultimo abbia espresso il proprio consenso per l'introduzione del *processus brevior*.

In ogni caso, il giudice italiano è tenuto ad accertare con piena autonomia la conoscenza o l'oggettiva conoscibilità della riserva mentale posta in essere da parte dell'altro coniuge, trattandosi di un profilo per sua natura estraneo al processo canonico, senza limitarsi al controllo di legittimità della pronuncia ecclesiastica di nullità.

Circa i casi nei quali l'assenza di fede ha generato la simulazione del consenso (can. 1101 § 2 *c.j.c.*)[46], è stata dichiarata esecutiva in Italia la sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale per simulazione del consenso della parte convenuta, la quale aveva più volte manifestato di non credere nel matrimonio in quanto atea[47]. All'interno dell'attuale società, questa ipotesi di nullità, prevista dalle *Regole procedurali* tra le circostanze che rendono possibile il ricorso al processo matrimoniale più breve, tenderà ad essere sempre più diffusa per effetto del processo di secolarizzazione.

Anche in caso di incapacità psichica, quale circostanza in presenza della quale è possibile il ricorso al processo matrimoniale più breve qualora si traduce in un non sufficiente uso della ragione (can. 1095, 1° *c.j.c.*), la sentenza episcopale *pro nullitate matrimonii* può essere dichiarata efficace in Italia, in ragione della relativa equiparazione con l'ipotesi di invalidità di cui all'art. 120 c.c.[48].

3. *La brevità della convivenza coniugale tra* processus brevior *e delibazione*

L'art. 14 §1 delle *Regole procedurali per la trattazione delle cause di nullità matrimoniale*, sia pure in modo esemplificativo e senza apportare modifiche alla disciplina sostanziale del matrimonio, ha indicato una serie di circostanze in presenza delle quali è possibile ricorrere al processo matrimoniale più breve innanzi al Vescovo diocesano, tra le quali assume un rilievo significativo la convivenza di breve durata.

In merito al rapporto tra questa circostanza e la possibile delibazione delle senten-

---

[45] Cfr. Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza 28 gennaio 2005, n. 1822, in Antonio Fuccillo, *Giustizia e religione*, cit., p. 102 ss.

[46] In merito, *ex plurimis*, si rinvia ampiamente ad Aa.Vv., *Errore e simulazione nel matrimonio canonico*, a cura di Urbano Navarrete, Pontificia Università Gregoriana, Roma, 1998.

[47] Cfr. Corte di Cassazione, sentenza 12 novembre-18 dicembre 2013, n. 28220, in Antonio Fuccillo, Raffaele Santoro, *Giustizia, diritto, religioni. Percorsi nel diritto ecclesiastico civile vivente*, cit., p. 260.

[48] Cfr. Corte di Cassazione, sentenza 15 giugno 2012, n. 9844, in Antonio Fuccillo, Raffaele Santoro, *Giustizia, diritto, religioni. Percorsi nel diritto ecclesiastico civile vivente*, cit., p. 260.

ze ecclesiastiche, si è più volte espressa, sia pure in modo non uniforme, la Corte di Cassazione, la quale, per ricondurre ad unità l'oscillante orientamento delle proprie Sezioni civili, è giunta ad una pronuncia delle Sezioni Unite.

A tale riguardo, per la Suprema Corte, qualora riferita a determinate situazioni invalidanti, la successiva prolungata convivenza è da ritenersi espressiva di una volontà di accettazione del rapporto che ne è seguito, incompatibile con il successivo esercizio della facoltà di rimetterlo in discussione. È stata pertanto considerata ostativa alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale, pronunciata a motivo del rifiuto della procreazione sottaciuto da un coniuge all'altro, la prolungata convivenza oltre il matrimonio[49].

Successivamente, la Corte di Cassazione, pronunciandosi sulla medesima problematica, ha dichiarato la compatibilità di una sentenza ecclesiastica *pro nullitate matrimonii* con l'ordine pubblico anche in caso di convivenza protrattasi tra i coniugi dopo la celebrazione del matrimonio poi dichiarato nullo dal tribunale ecclesiastico, qualora non si sia instaurato un vero consorzio familiare e affettivo.

Difatti, è stato evidenziato che, pur meritando adesione l'indirizzo giurisprudenziale per il quale la successiva convivenza prolungata è da considerarsi espressiva della volontà di accettazione del matrimonio-rapporto con conseguente incompatibilità dell'esercizio postumo dell'azione di nullità, si deve ritenere che esso trovi applicazione nei casi in cui tra i coniugi si sia instaurato un vero consorzio familiare e affettivo, con superamento implicito della causa originaria di invalidità. In tale ricostruzione interpretativa, il limite di ordine pubblico richiede che non si sia trattato di una mera coabitazione materiale sotto lo stesso tetto, che nulla aggiungerebbe ad una situazione di mera apparenza del vincolo, ma di una vera e propria convivenza espressione di una instaurata *affectio familiae*, nel naturale rispetto dei diritti e obblighi reciproci tale da dimostrare la costituzione di un matrimonio-rapporto duraturo e radicato, nonostante il vizio genetico del matrimonio-atto[50].

In seguito, la Corte di Cassazione ha assunto un diverso orientamento, rilevando che la prolungata convivenza dei coniugi successiva alla celebrazione del matrimonio, pur sintetizzando norme fondamentali che disciplinano l'istituto matrimoniale, non è da considerarsi ostativa, sotto il profilo dell'ordine pubblico interno, alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio canonico[51].

---

[49] Cfr. Corte di Cassazione, sentenza 20 gennaio 2011, n. 1343, per il cui commento si rinvia a Marco Canonico, *La convivenza coniugale come preteso limite all'efficacia civile della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2, 2011, p. 718 ss.; Giuseppe Dalla Torre, *La C.S.C., 20 gennaio 2011 n. 1343, nega la delibabilità di una sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale intervenuta dopo molti anni di convivenza*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2, 2011, p. 1644 ss.; Paolo Di Marzio, *A volte ritornano: la Cassazione ripropone la tesi che la sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale non può essere delibata dopo anni di convivenza dei coniugi*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2, 2011, p. 731 ss.; Jlia Pasquali Cerioli, *"Prolungata convivenza" oltre le nozze e mancata "delibazione" della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale (brevi note a Cass. civ., sez. I, sent. 20 gennaio 2011, n. 1343)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), maggio 2011, p. 1 ss.

[50] Cfr. Corte di Cassazione, sentenza 8 febbraio 2012, n. 1780, per il cui commento si rinvia a Marco Canonico, *La convivenza coniugale come ostativa al riconoscimento delle nullità matrimoniali canoniche: la Cassazione fornisce precisazioni ma le incertezze aumentano*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 26 marzo 2012, p. 1 ss.

[51] Cfr. Corte di Cassazione, sentenza 4 giugno 2012, n. 8926, per il cui commento si rinvia a Marco

Per dirimere questo contrasto giurisprudenziale, le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, nel verificare se la convivenza prolungata potesse rappresentare una condizione di violazione dell'ordine pubblico interno, ostativa dunque della dichiarazione di efficacia nell'ordinamento civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio, hanno assunto come riferimento, ritenendo che vi siano strette analogie tra le due fattispecie, l'art. 6 della legge 4 maggio 1983, n. 184 – *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, il cui testo, modificato con la legge n. 149 del 2001, sancisce che:

a) l'adozione è consentita a coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni (com. 1);

b) il requisito della stabilità del rapporto di cui al comma 1 può ritenersi realizzato anche quando i coniugi abbiano convissuto in modo stabile e continuativo prima del matrimonio per un periodo di tre anni, nel caso in cui il tribunale per i minorenni accerti la continuità e la stabilità della convivenza, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso concreto (com. 2).

In merito, la Corte di Cassazione ha sottolineato che la Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi tra l'altro sulla legittimità di tale disposizione originaria, nella parte in cui disponeva che, ai fini della adottabilità, i coniugi potessero vantare anche una convivenza prematrimoniale di almeno 10 anni, ha sul punto precisato di appoggiare la «scelta adottata dal legislatore italiano che, al pari di numerosi legislatori europei, intende il matrimonio (…) non solo come "atto costitutivo" ma anche come "rapporto giuridico", vale a dire come vincolo rafforzato da un periodo di esperienza matrimoniale, in cui sia perdurante la volontà di vivere insieme» e che «il criterio dei tre anni successivi alle nozze si configura come requisito minimo presuntivo a dimostrazione della stabilità del rapporto matrimoniale»[52].

Dalla lettura di queste disposizioni, per la Corte di Cassazione appare evidente la loro possibile riferibilità alle fattispecie in esame per gli argomenti fondati sulla distinzione matrimonio-atto e matrimonio-rapporto, sulla valorizzazione della convivenza coniugale con le caratteristiche di stabilità ed omogeneità, e soprattutto sul criterio dei tre anni successivi alla celebrazione del matrimonio. Ciò ha portato ad affermare che la convivenza dei coniugi, protrattasi per almeno tre anni dallo scambio del consenso matrimoniale, in quanto costitutiva di una situazione giuridica disciplinata da norme di ordine pubblico interno, anche in applicazione dell'art. 7 (com. 1) Cost. e del principio supremo di laicità dello Stato, osta alla dichiarazione di efficacia nella Repubblica italiana delle sentenze di nullità del matrimonio canonico[53].

Canonico, *Convivenza coniugale e nullità matrimoniali canoniche: la Cassazione torna sui suoi passi (nota a Cass. 4 giugno 2012 n. 8926)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 25 giugno 2012, p. 1 ss.; Luca Iannaccone, *Il Concordato (per ora) è salvo: la Cassazione rispetta gli Accordi di Villa Madama (Cassazione civile, sez. I, 4 giugno 2012, n. 8926)*, in *Famiglia e diritto*, 1, 2013, p. 21 ss.; Graziano Mioli, *Alcune riflessioni sulla convivenza coniugale quale elemento ostativo alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale alla luce di una recente sentenza (Cass. 4 giugno 2012, n. 8926)*, in *Ius Ecclesiae*, 1, 2013, p. 796 ss.; Id., *La convivenza coniugale quale elemento ostativo alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale alla luce delle recenti evoluzioni giurisprudenziali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 15 ottobre 2012, p. 1 ss.

[52] Corte Costituzionale, sentenza 23 giugno-6 luglio 1994, n. 281, in *Gazzetta Ufficiale. 1° Serie Speciale – Corte Costituzionale*, 32, 3 agosto 1994.

[53] Cfr. Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza 17 luglio 2014, n. 16379, per il cui

Questo orientamento non appare condivisibile in quanto non tiene conto, come invece previsto nella normativa di derivazione pattizia, della specificità dell'ordinamento canonico, nel quale il vincolo matrimoniale trae origine.

Il matrimonio canonico, infatti, se celebrato invalidamente in presenza di un impedimento[54], un vizio del consenso[55] o di forma[56], resta nullo indipendentemente dalla durata della successiva convivenza coniugale, potendo le parti, come talvolta accade nella vita concreta, venire a conoscenza della circostanza invalidante a distanza di molto tempo dalla celebrazione. La non idoneità della sola convivenza di sanare il vizio genetico del matrimonio trova ulteriore riscontro nella previsione, da parte del legislatore canonico, degli istituti della *convalidazione semplice* (cann. 1156-1160 *c.j.c.*) e della *sanazione in radice* (cann. 1161-1165 *c.j.c.*)[57].

In seguito a questa pronuncia, la Corte di Cassazione è ritornata sul punto affermando che la convivenza coniugale, protrattasi per almeno tre anni dalla celebrazione del matrimonio canonico regolarmente trascritto, connotando nell'essenziale l'istituto del matrimonio nell'ordinamento italiano, è costitutiva di una situazione giuridica disciplinata da norme costituzionali, convenzionali e ordinarie di ordine pubblico interno e, pertanto, anche in applicazione del principio supremo di laicità dello Stato, è da ritenersi ostativa alla dichiarazione di efficacia nella Repubblica italiana delle sentenze ecclesiastiche di nullità di matrimoniale, per qualsiasi vizio genetico del matrimonio accertato e dichiarato dal giudice ecclesiastico nonostante la sussistenza di detta convivenza coniugale.

In applicazione della disciplina sancita nell'Accordo di Villa Madama, per la Suprema Corte occorre tuttavia distinguere due ipotesi, a seconda che la delibazione sia proposta da entrambe le parti oppure da una di esse, rilevando che solo nella prima ipotesi non sussistono dubbi circa la possibilità di rendere esecutive in Italia le sen-

---

commento si rinvia a Marco Canonico, *Le limitazioni giurisprudenziali al riconoscimento delle nullità matrimoniali canoniche*, in *Diritto e religioni*, 2, 2015, p. 150 ss.; Giuseppe Casuscelli, *Delibazione e ordine pubblico: le violazioni dell'Accordo "che apporta modificazioni al Concordato lateranense"*, cit., p. 1 ss.; Nicola Colaianni, *Convivenza "come coniugi" e ordine pubblico: incontro ravvicinato ma non troppo*, in *Giurisprudenza italiana*, 10, 2014, p. 2111 ss.; Id., *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: la (limitata) ostatività della convivenza coniugale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 24 luglio 2014, p. 1 ss.; Luigi Paolo Comogli, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche e ordine pubblico "flessibile"*, in *Jus*, 2, 2015, p. 1 ss.; Giuseppe Dalla Torre, *Qualche errore "supremo"*, in www.avvenire.it, 24 luglio 2014; Paolo Di Marzio, *Delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale: c'è ancora da lavorare*, in Aa.Vv., *Il diritto come "scienza di mezzo". Studi in onore di Mario Tedeschi*, cit., p. 885 ss.; Jlia Pasquali Cerioli, *Ordine pubblico e sovranità della Repubblica nel proprio ordine (matrimoniale): le Sezioni unite e la convivenza coniugale triennale come limite alla "delibazione" delle sentenze ecclesiastiche*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), settembre 2014, p. 1 ss.; Anna Sammassimo, *Il nuovo ordine pubblico concordatario*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), ottobre 2015, p. 1 ss.

[54] Cfr. Paolo Moneta, *Il matrimonio nel diritto della Chiesa*, il Mulino, Bologna, 2014, p. 53 ss.

[55] In merito si rinvia ampiamente ad Aa.Vv., *I vizi del consenso matrimoniale canonico*, a cura di Raffaele Santoro, Claudio Marras, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2012.

[56] Cfr. Giuseppe Dalla Torre, *Lezioni di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 186 ss.

[57] Cfr. Luigi Sabbarese, *Il matrimonio canonico nell'ordine della natura e della grazia. Commento al Codice di Diritto Canonico. Libro IV, Parte I, Titolo VII*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2016, p. 395 ss.

tenze canoniche di nullità matrimoniale, anche nel caso in cui emergesse *ex actis* una situazione di convivenza coniugale, potenzialmente idonea a costituire ostacolo alla delibazione.

Deve pertanto ritenersi che la proposizione di un ricorso congiunto volto ad ottenere il riconoscimento dell'efficacia civile nella Repubblica italiana di una sentenza di nullità matrimoniale pronunciata dal tribunale ecclesiastico oppure dal Vescovo diocesano, escluda il configurarsi della condizione ostativa costituita dalla convivenza prolungata, così come configurata dalle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione[58].

Sotto il profilo strettamente processuale, ai fini della delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale, la prolungata convivenza tra i coniugi dopo la celebrazione del matrimonio non può essere rilevata d'ufficio dal giudice, né eccepita dal pubblico ministero, trattandosi di una eccezione "in senso tecnico" che deve essere formulata, a pena di decadenza, con la comparsa di costituzione e risposta, ai sensi degli artt. 166 e 167 c.p.c.[59]. Di conseguenza, anche in presenza di una istanza unilaterale, la Corte di Appello adita deve dichiarare efficace in Italia la sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale nel caso in cui l'altra parte sia contumace oppure non abbia proposto opposizione sulla base di tale eccezione nella comparsa di costituzione e risposta, in presenza della quale l'onere della prova contraria è posto a carico della parte che ha agito per ottenere la delibazione della sentenza di nullità matrimoniale[60].

---

[58] Cfr. Corte di Cassazione, sentenza 27 gennaio 2015, n. 1495, in *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose* (www.olir.it).

[59] Cfr. Corte di Cassazione, sentenza 1 marzo 2017, n. 5250, in *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose* (www.olir.it).

[60] Cfr. Corte di Cassazione, sentenza 8 febbraio 2017, n. 3315, in *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose* (www.olir.it).

Tribunale di Genova
Ordinanza 28 luglio 2017

Discriminazione – Ordinanze sindacali – Obbligo di presentazione di certificato medico ai fini della dimora sul territorio comunale – Violazione degli artt. 2 e 43 T.U. – Immigrazione – Sussistenza obbligo di rimozione e pubblicazione

Devono ritenersi discriminatorie e dunque poste in violazione degli artt. 2 e 34 del T.U. Immigrazione le ordinanze sindacali che, correlando automaticamente l'insorgere di malattie infettive all'origine etnica e geografica dei soggetti, vincolano il diritto di dimora degli stessi all'interno del Comune alla presentazione di un certificato sanitario che attesti le condizioni di buona salute. Al relativo accertamento consegue l'ordine del giudice di rimuovere le ordinanza e di pubblicale la relativa decisione giudiziale.

Fonte: *www.asgi.it*

Tribunale di Padova
Sentenza 8 settembre 2017, n. 2102

Stranieri – Divorzio in Italia – Legge sostanziale marocchina – Codice di famiglia marocchino – Dono di consolazione – Regolamento U.E. 1259/2010

In presenza di un accordo tra le parti e delle condizioni previste dal Regolamento U.E. n. 1259/2010, anche in caso di divorzio pronunciato da un tribunale italiano, può essere scelta la disciplina sostanziale vigente in un altro Stato.

In questo caso, il giudice italiano ha applicato l'art. 114 del Codice di famiglia marocchino, il quale prevede la possibilità di addivenire alla immediata pronuncia di divorzio, prevedendo anche la corresponsione, in favore della moglie, di una somma di denaro a titolo di "dono di consolazione" previsto dal medesimo Codice.

Fonte: *www.quotidianogiuridico.it*

Tribunale di Paola
Sentenza 15 febbraio 2018

Matrimonio rovinato – Inadempimento contrattuale – Danno morale – Danno esistenziale – Banchetto nuziale con cibi avariati

È da ritenersi risarcibile il danno morale ed esistenziale derivante da inadempimento contrattuale in caso di matrimonio rovinato, da identificare con la reazione di rabbia e dispiacere e di imbarazzo nei confronti degli invitati, nel dare impressione che gli sposi si siano rivolti ad una società di catering inadeguata per l'organizzazione del ricevimento nuziale nel quale sono stati serviti cibi avariati. In questo caso, infatti, il contratto regola una serie di interessi anche non economici e non legati a diritto inviolabili con copertura costituzionale, la cui non soddisfazione produce un danno conseguente di tipo morale o esistenziale.

Fonte: *www.altalex.com*

Tribunale di Pistoia
Ordinanza 5 luglio 2018

Adozione – Stepchild adoption – Coppie omosessuali – Procreazione medicalmente assistita – Superiore interesse del minore

È illegittimo il diniego opposto dal Sindaco alla dichiarazione di riconoscimento del figlio minore da parte della madre non biologica parte di una coppia omosessuale e ha ordinato allo stesso, nella sua qualità di ufficiale di stato civile, di formare un nuovo atto di nascita con l'indicazione delle due madri, attribuendo al bambino il cognome di entrambe. Un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 8 L. 40/2004 porta, infatti, ad affermare che i bimbi nati in Italia a seguito di tecniche di PMA eseguite all'estero sono figli della coppia di donne che hanno prestato il consenso manifestando inequivocabilmente di voler assumere la responsabilità genitoriale sul nascituro quale frutto di un progetto di vita comune con il partner e di realizzazione di una famiglia. Dunque, si deve ritenere che il consenso sia alla base della costituzione del rapporto di filiazione in caso di ricorso alla PMA così come, nella gestazione "ordinaria", lo è il dato biologico genetico.

Fonte: *www.olir.it*

Presentazione

La sezione di Giurisprudenza e legislazione costituzionale e comunitaria di questo numero raccoglie una sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea, quattro della Corte EDU e due della Corte costituzionale.

Con sentenza del 27 giugno 2017, la Grande Camera della Corte di Giustizia si è pronunciata in ordine alla domanda pregiudiziale proposta da un giudice spagnolo ed avente ad oggetto un'esenzione fiscale, della quale una congregazione appartenente alla Chiesa cattolica chiedeva di beneficiare, per la realizzazione di opere in un immobile destinato all'esercizio di attività prive di finalità strettamente religiosa. La pronuncia assume particolare rilievo, in quanto offre alla Corte lo spunto per richiamare taluni principi fondamentali della sua giurisprudenza in materia di ricevibilità della domanda e, nel merito, sulle nozioni di aiuti di stato, di impresa, di attività economica, di uso esclusivo di un immobile per questo tipo di finalità, di vantaggio economico selettivo. Con particolare riguardo alla nozione di aiuto di Stato, la Corte ha precisato che questo si configura allorché il vantaggio, per un verso, è concesso direttamente o indirettamente mediante risorse statali e, dall'altro, è imputabile allo Stato. Ai fini dell'applicazione del divieto di cui all'art. 107, paragrafo 1 TFUE, poi, essa ha stabilito che «*non deve dimostrarsi una reale incidenza dell'aiuto di cui trattasi sugli scambi tra gli Stati membri e un'effettiva distorsione della concorrenza, bensì occorre solo verificare se detto aiuto sia idoneo a incidere su tali scambi e a falsare la concorrenza*». La verifica di tali circostanze, tutte essenzialmente fattuali, è affidata al giudice del rinvio.

Nella sentenza 15 giugno 2017, ric. n. 58088/08, *Metodiev e altri contro Bulgaria*, la Corte EDU (Quinta sezione) ha dichiarato che il diniego opposto ad un'istanza di registrazione di un'associazione religiosa a causa dell'assenza di una precisa indicazione delle credenze e dei rituali professati integri una violazione degli artt. 9 e 11 della CEDU. In particolare, pur ammettendo che l'ingerenza dello Stato sia ammessa dalla legislazione bulgara sui culti, che tende a distinguere le differenti sette e ad evitare confronti tra le varie comunità religiose, la Corte EDU ha ritenuto che il rifiuto di registrazione per la mancanza delle indicazioni sopra richiamate (riti e credenze degli associati) non rientri nelle misure necessarie in una società democratica per giustificare gli obiettivi evocati dal Governo.

Nella sentenza 5 dicembre 2017, ric. n. 57792/15 *Hamidović contro Bosnia Erzegovina,* la stessa Corte EDU ha ritenuto che la condanna per oltraggio ad un Tribunale locale di un soggetto che si era rifiutato di togliere lo zucchetto, simbolo religioso, in occasione dello svolgimento di una testimonianza sia prospettabile quale **violazione del diritto di libera manifestazione del proprio credo religioso**, garantito dall'art. 9 CEDU. La Corte ammette che questa libertà possa subire delle restrizioni, previste, peraltro, da taluni Stati membri, tra cui la stessa Bosnia Erzegovina, in ossequio all'ampia discrezionalità riconosciuta, in materia, ai singoli ordinamenti. Essa stessa ricorda il proprio indirizzo inteso a considerare, in linea di massima, legittimo il divieto di indossare simboli religiosi nei luoghi di lavoro, stante l'obbligo di neutralità per le persone che svolgono pubbliche funzioni. Nel caso specifico, però, i giudici di Strasburgo hanno reputato **oltrepassati i margini di apprezzamento** consentiti alle autorità statali, che avevano imposto un limite ad un cittadino agente come "privato" durante lo svolgimento di una semplice deposizione in Tribunale e senza porre in essere

alcun gesto volto ad intralciare il processo. Su queste premesse, neppure il generico richiamo alla centralità della tutela della laicità nello Stato bosniaco appare, di per sé, sufficiente a giustificare la sproporzione della limitazione imposta.

Nella sentenza 12 ottobre 2017, ric. n. 75604/11, *Adyan e altri contro Armenia* i ricorrenti contestavano la condanna a due anni e mezzo di reclusione per aver rifiutato di svolgere sia il servizio di leva militare, sia il servizio civile, sostenendo, in particolare, che il servizio civile armeno, sebbene contemplato dalla normativa statale come alternativa per gli obiettori di coscienza, avrebbe avuto natura sostanzialmente militare, in quanto sottoposto a supervisione e controllo militare. Per questa ragioni, essi hanno ravvisato in questa condanna un'interferenza non necessaria nell'esercizio del diritto fondamentale garantito dall'art. 9 CEDU. La Corte ha accolto tali doglianze, rammentando che, secondo una giurisprudenza ormai consolidata, un sistema giuridico che prevede la leva militare obbligatoria può considerarsi compatibile con il quadro delle garanzie convenzionali soltanto ove preveda un'alternativa per gli obiettori di coscienza e che tale alternativa deve potersi considerare genuinamente civile. Tratto, quest'ultimo, carente nel caso del servizio civile armeno, sottoposto ad uno stretto controllo militare e caratterizzato da una durata una volta e mezzo superiore a quella del servizio di leva militare. In considerazione di questi elementi, la Corte ha ritenuto che le autorità armene avessero posto in essere una interferenza non necessaria nel diritto fondamentale alla libertà religiosa dei ricorrenti.

Nella sentenza 27 Febbraio 2018, ric. n. 66490/09, *Mockutè contro Lituania*, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto leso l'art. 9 CEDU in un caso di ricovero forzato di una persona affetta da disturbi mentali, trattenuta illegalmente con l'obiettivo di "correggerne" le convinzioni e pratiche religiose. Essi hanno considerato violato, altresì, l'art. 8 della Convenzione, che inibisce ai medici, e alla struttura ospedaliera in genere, di divulgare informazioni personali sulla salute del paziente, nonché dati sensibili riferiti ad aspetti della sua vita sessuale e della sua integrità morale. Nel caso di specie, invece, la Corte ha rilevato che l'ospedale aveva condiviso illegalmente questo tipo di informazioni.

Nella sentenza 18 dicembre 2017, n. 272, la Corte costituzionale italiana ha rigettato la q.l.c., sollevata dalla Corte d'appello di Milano ed avente ad oggetto l'art. 263 c.c., in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della CEDU, nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente all'interesse dello stesso.

Offrendo una interpretazione sistematica ed evolutiva dell'art. 263 c.c., la Consulta ha richiamato le consuete esigenze di bilanciamento tra istanze tutte meritevoli di tutela nel procedimento di impugnazione del riconoscimento di figlio naturale, bilanciamento di cui risulta primo artefice lo stesso giudice. La Corte precisa che «*pur dovendosi riconoscere un accentuato favore dell'ordinamento per la conformità dello status alla realtà della procreazione, va escluso che quello dell'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento. Ed invero, l'attuale quadro normativo e ordinamentale, sia interno, sia internazionale, non impone, nelle azioni volte alla rimozione dello* status filiationis*, l'assoluta prevalenza di tale accertamento su tutti gli altri interessi coinvolti. […]. Non si vede conseguentemente perché, davanti all'azione di cui all'art. 263 cod. civ., fatta salva quella proposta dallo stesso figlio, il giudice non debba valutare: se l'interesse a far valere la verità di chi la solleva prevalga su quello del minore; se tale azione sia davvero idonea a realizzarlo (come è*

nel caso dell'art. 264 cod. civ.); se l'interesse alla verità abbia anche natura pubblica (ad esempio perché relativa a pratiche vietate dalla legge, quale è la maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane) ed imponga di tutelare l'interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità». Lo stesso giudice delle leggi offre, peraltro, alcune indicazioni sostanziali in ordine alle modalità di realizzazione del suddetto bilanciamento, allorché osserva come «*la regola di giudizio che il giudice è tenuto ad applicare in questi casi debba tenere conto di variabili molto più complesse della rigida alternativa vero o falso. Tra queste, oltre alla durata del rapporto instauratosi col minore e quindi alla condizione identitaria già da esso acquisita, non possono non assumere oggi particolare rilevanza, da un lato le modalità del concepimento e della gestazione e, dall'altro, la presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato, che, pur diverso da quello derivante dal riconoscimento, quale è l'adozione in casi particolari, garantisca al minore una adeguata tutela. Si tratta, dunque, di una valutazione comparativa della quale, nel silenzio della legge, fa parte necessariamente la considerazione dell'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale*». L'esigenza di un rinnovato "dialogo tra le Corti" a presidio del superiore interesse del minore risulta così, ancora una volta, ribadito.

Nella sentenza n. 107 del 2018, infine, ancora la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità di una legge della regione Veneto che configurava come titolo preferenziale per l'iscrizione dei bambini al nido pubblico la residenza ininterrotta (o l'attività lavorativa, anche non continuativa) per quindici anni sul territorio regionale. La Consulta ha rilevato, in particolare, la violazione del principio di uguaglianza, poiché, in mancanza di qualsivoglia «ragionevole correlazione» tra la residenza prolungata in Veneto e le situazioni di bisogno o di disagio, la legge introduceva un criterio arbitrario per l'attribuzione del beneficio, nonché il contrasto con la funzione educativa e socio-assistenziale degli asili nido. Quanto al primo profilo, la Corte ha prospettato come risulti «ovviamente irragionevole ritenere che i figli di genitori radicati in Veneto da lungo tempo presentino un bisogno educativo maggiore degli altri»; quanto al secondo, essa ha osservato che «la configurazione della residenza protratta come titolo di precedenza, anche rispetto alle famiglie economicamente deboli, si pone in frontale contrasto con la vocazione sociale degli asili nido», servizio che «risponde direttamente alla finalità di uguaglianza sostanziale fissata dall'articolo 3, secondo comma, Cost., in quanto consente ai genitori (in particolare alle madri) privi di adeguati mezzi economici di svolgere un'attività lavorativa». La censura dei giudici costituzionali si è appuntata, poi, sulla violazione della libertà di circolazione, garantita dai Trattati, libertà la cui portata è stata ricostruita anche alla luce degli indirizzi manifestati dalla Corte di giustizia UE in ordine ai requisiti per l'accesso alle prestazioni sociali erogate dagli Stati membri. Ciò ha consentito alla Consulta di rilevare, pure sotto questo diverso profilo, l'incoerenza dello scopo perseguito dalla norma impugnata e, comunque, il carattere sproporzionato della durata della residenza richiesta.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 27 giugno 2017, n. c-74/16

Spagna, Chiesa Cattolica, Accordo, Aiuti di Stato, Immobili della Chiesa cattolica, Congregazione delle Scuole Pie della Provincia Betania, Attività economica, Impresa, Esenzione, Imposta sulle costruzioni, concorrenza tra imprese.

Abstract

Con la sentenza del 27 giugno 2017 la Corte di Giustizia si è pronunciata in merito alla domanda pregiudiziale proposta dalla Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania contro l'Ayuntamiento de Getafe. La Grande Camera ha stabilito che un'esenzione fiscale di cui beneficia una congregazione appartenente alla Chiesa cattolica, per la realizzazione di opere in un immobile destinato all'esercizio di attività prive di finalità strettamente religiosa, può ricadere sotto il divieto enunciato dall'articolo 107, paragrafo 1, TFUE se, e nella misura in cui, tali attività siano economiche, circostanza questa la cui verifica, però, è affidata al giudice del rinvio".

Contesto normativo

1) interpretazione dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE (Testo Unico Norme Fiscali Spagnole) (…)

3) Articolo IV dell'Accordo sulle questioni economiche, concluso tra lo Stato spagnolo e la Santa Sede il 3 gennaio 1979 che elenca i soggetti che hanno diritto a ricevere esenzioni dall'applicazione di norme fiscali (…)

5) L'ICIO imposta comunale stata istituita dalla Ley 39/1988 reguladora de las Haciendas Locales (legge 39/1988 recante disciplina della finanza degli enti locali), del 28 dicembre 1988 (BOE n. 313, del 30 dicembre 1988, pag. 36636) (…)

8) Decreto del Ministero delle Finanze spagnolo del 5 giugno 2001 (BOE n. 144, del 16 giugno 2001, pag. 21427) al punto 2 del medesimo dispositivo, dichiara che «la Santa Sede, la Conferenza episcopale, le diocesi, le parrocchie e altre circoscrizioni territoriali, gli Ordini e le Congregazioni religiose e gli Istituti di vita consacrata, nonché le relative province e case, beneficiano di un'esenzione totale e permanente dall'ICIO (…)

10) Un nuovo decreto EHA/2814/2009 modifica quello del 5 giugno 2001 stabilendo che solo gli immobili ad uso religioso godono di esenzione

12) il decreto del 15 ottobre 2009 è stato annullato da una sentenza in data 9 dicembre 2013 della Sezione per il contenzioso amministrativo della Audiencia Nacional (Corte centrale, Spagna). Tale annullamento è stato confermato da una sentenza del 19 novembre 2014 della Sezione per il contenzioso amministrativo del Tribunal Supremo (Corte suprema, Spagna), segnatamente a motivo del fatto che il decreto suddetto riduceva l'estensione dell'esenzione prevista dall'articolo IV, paragrafo 1, lettera B), dell'Accordo del 3 gennaio 1979

(…)

Procedimento principale e questione pregiudiziale

14) Il 4 marzo 2011, la Congregazione delle Scuole Pie della Provincia di Betania, iscritta nel registro degli enti religiosi tenuto presso il Ministero della Giustizia spagnolo e che beneficia dell'Accordo del 3 gennaio 1979, ha chiesto un permesso per la trasformazione e l'ampliamento dell'edificio che ospita la sala per conferenze della scuola suddetta, destinata in particolare allo svolgimento di riunioni, corsi e conferenze. Il suddetto permesso è stato concesso il 28 aprile 2011, e la Congregazione ha versato a titolo di ICIO un importo di EUR 23 730,41**.**

15) Successivamente, la Congregazione ha proposto una domanda di rimborso di tale importo, ritenendo di essere esentata dal pagamento dell'imposta summenzionata in applicazione del decreto del 5 giugno 2001, che attua l'articolo IV, paragrafo 1, lettera B), dell'Accordo del 3 gennaio 1979.

16) Tale domanda è stata respinta con decisione in data 6 novembre 2013 dell'Órgano de Gestión Tributaria (Ufficio tributi) del Comune, avendo quest'ultimo ritenuto che l'esenzione suddetta non fosse applicabile, dato che veniva richiesta per un'attività della Chiesa cattolica priva di finalità religiosa**.**

17) La Congregazione impugna la decisione facendo valere che la somma versata a titolo dell'ICIO non era dovuta, dovendosi interpretare l'articolo IV, paragrafo 1, lettera B), dell'Accordo del 3 gennaio 1979 nel senso che esso la esenta dall'imposta in questione indipendentemente dalla destinazione del bene immobile costituente la base imponibile dell'imposta stessa

18) Il Comune replica che, in applicazione del decreto del 15 ottobre 2009, l'esenzione dall'ICIO si applica unicamente agli immobili che sono esentati dall'imposta sui beni immobili a motivo della loro destinazione alle finalità religiose della Chiesa cattolica e (…) che detta esenzione potrebbe rivelarsi incompatibile con le disposizioni del diritto dell'Unione in materia di aiuti di Stato

19) Il giudice del rinvio rileva che, invero, la questione della conformità al diritto dell'Unione dell'esenzione dall'ICIO di cui beneficia la Chiesa cattolica non è mai stata sollevata dinanzi ai giudici spagnoli (…)

20) Facendo altresì riferimento ai punti da 19 a 23 della sentenza del 9 ottobre 2014, Ministerio de Defensa e Navantia (C-522/13, EU:C:2014:2262), il giudice del rinvio si chiede se l'esenzione dall'ICIO di cui beneficia la Chiesa cattolica, anche quando la destinazione del bene immobile interessato da tale misura rientri nell'esercizio di un'attività economica da parte di quest'ultima, possa costituire un aiuto di Stato, ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE.

21) Sulla scorta di tali circostanze, lo Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° 4 de Madrid (Tribunale amministrativo n. 4 di Madrid) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se contrasti con l'articolo 107, paragrafo 1, TFUE l'esenzione dall'[ICIO] prevista a favore della Chiesa cattolica, in relazione alle costruzioni, agli impianti e alle opere realizzati in immobili destinati all'esercizio di attività economiche che non hanno una finalità strettamente religiosa».

Sulla questione pregiudiziale

(…)

Sulla ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale

(…)

24) Secondo una consolidata giurisprudenza della Corte, nell'ambito della cooperazione tra quest'ultima e i giudici nazionali istituita dall'articolo 267 TFUE, spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve

assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze di ciascuna causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emettere la propria sentenza, sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte

25) Ne consegue che le questioni vertenti sul diritto dell'Unione sono assistite da una presunzione di rilevanza. Il rifiuto della Corte di pronunciarsi su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale è possibile solo qualora risulti in modo manifesto che la richiesta interpretazione del diritto dell'Unione non ha alcun rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto del procedimento principale, qualora il problema sia di natura ipotetica, o anche quando la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le sono sottoposte (sentenza del 21 dicembre 2016, Vervloet e a., C-76/15, EU:C:2016:975, punto 57)

(…)

30) Date tali circostanze, non risulta in maniera manifesta che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta dal giudice del rinvio riguardi un problema ipotetico o non abbia alcun rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto del procedimento principale.

(…)

32) Infine, quanto alla descrizione del contesto fattuale, la decisione di rinvio contiene i dati sufficienti per comprendere tanto la questione pregiudiziale quanto la portata della stessa.

34) Ne consegue che la domanda di pronuncia pregiudiziale è ricevibile.

Nel merito

35) il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se un'esenzione fiscale, quale quella controversa nel procedimento principale, di cui beneficia una congregazione della Chiesa cattolica per opere realizzate in un immobile destinato all'esercizio di attività prive di finalità strettamente religiosa, possa ricadere sotto il divieto enunciato dall'articolo 107, paragrafo 1, TFUE.

36) In limine, occorre ricordare che, secondo una costante giurisprudenza della Corte, nell'ambito della procedura di cooperazione tra i giudici nazionali e la Corte istituita dall'articolo 267 TFUE, spetta a quest'ultima fornire al giudice a quo una risposta utile che gli consenta di dirimere la controversia di cui è investito. In quest'ottica, la Corte è tenuta, se del caso, a riformulare le questioni ad essa sottoposte. Il fatto che un giudice nazionale abbia, sul piano formale, formulato una questione pregiudiziale facendo riferimento a talune disposizioni del diritto dell'Unione non osta a che la Corte fornisca a detto giudice tutti gli elementi di interpretazione che possono essere utili per la soluzione della causa di cui è investito, (sentenza del 15 ottobre 2015, Biovet, C-306/14, EU:C:2015:689, punto 17 e la giurisprudenza ivi citata).

Sulla nozione di «aiuto di Stato», ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE

38) Secondo una consolidata giurisprudenza della Corte, la qualificazione come «aiuto di Stato», ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, esige (…) in primo luogo, che deve trattarsi di un intervento dello Stato o effettuato mediante risorse statali. In secondo luogo, tale intervento deve essere idoneo a incidere sugli scambi tra gli Stati membri. In terzo luogo, esso deve concedere un vantaggio selettivo al suo beneficiario. In quarto luogo, esso deve falsare o minacciare di falsare la concorrenza

(…)

40) nel caso di specie, occorre esaminare, in primo luogo, se la Congregazione possa essere qualificata come «impresa», ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE

41) Secondo una consolidata giurisprudenza della Corte, la nozione di «impresa»

comprende, nel contesto del diritto dell'Unione in materia di concorrenza, qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo *status* giuridico di tale entità e dalle sue modalità di finanziamento

(…)

43) Inoltre, laddove l'attività in questione possa essere qualificata come «economica», la circostanza che essa sia esercitata da una comunità religiosa non impedisce l'applicazione delle norme del Trattato, tra cui quelle che disciplinano il diritto della concorrenza

(…)

45) Costituisce un'attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato

46) La circostanza che l'offerta di beni o di servizi sia fatta senza scopo di lucro non osta a che l'entità che effettua tali operazioni sul mercato debba essere considerata come un'impresa, poiché tale offerta si pone in concorrenza con quella di altri operatori che perseguono uno scopo di lucro

(…)

48) Alla luce di tali premesse, occorre considerare che i corsi impartiti da istituti di insegnamento finanziati, essenzialmente, mediante fondi privati non provenienti dal prestatore dei servizi stesso costituiscono servizi, posto che, infatti, lo scopo perseguito

(…)

52) Nel caso di specie, è pacifico che la Congregazione esercita tre tipi di attività in seno alla scuola «La Inmaculada», vale a dire attività strettamente religiose, un insegnamento sovvenzionato dallo Stato spagnolo e un insegnamento libero, senza contributo finanziario di tale Stato membro. Inoltre, tale entità fornisce servizi complementari di ristorazione e di trasporto ai propri studenti

(…)

54) In tale contesto, ai fini dell'applicabilità del divieto dettato dall'articolo 107, paragrafo 1, TFUE all'esenzione di cui sopra, spetta al giudice del rinvio stabilire se e, eventualmente, quali tra le attività pedagogiche esercitate dalla Congregazione presentino carattere economico o meno.

(…)

59) Qualora il giudice del rinvio, al termine di tale verifica, dovesse giudicare che le attività di insegnamento della Congregazione non sovvenzionate dallo Stato spagnolo costituiscono un'«attività economica», sarebbe ulteriormente tenuto ad accertare se la sala per conferenze della scuola «La Inmaculada» viene dedicata a un uso rientrante esclusivamente nell'una o nell'altra delle suddette attività di insegnamento, oppure a un uso misto.

60) Infatti, se il suo uso fosse riservato alle sole attività di insegnamento sovvenzionate dallo Stato spagnolo l'esenzione fiscale controversa nel procedimento principale non potrebbe ricadere sotto il divieto enunciato dall'articolo 107, paragrafo 1, TFUE

(…)

Sulla nozione di «vantaggio economico selettivo»

65) Per quanto riguarda la questione se l'esenzione fiscale in discussione nel procedimento principale debba essere interpretata nel senso che essa conferisce un vantaggio al suo beneficiario, occorre ricordare che, secondo una costante giurisprudenza della Corte, sono considerati aiuti di Stato gli interventi che, sotto qualsiasi forma, sono atti a favorire direttamente o indirettamente determinate imprese, o che devono essere considerati come un vantaggio economico che l'impresa beneficiaria non avrebbe

ottenuto in condizioni di mercato normali (sentenza del 9 ottobre 2014, Ministerio de Defensa e Navantia, C-522/13, EU:C:2014:2262, punto 21).

(…)

68) Di conseguenza, risulta che una siffatta esenzione fiscale conferirebbe un vantaggio economico alla Congregazione.

69) Inoltre, risulta dal decreto del 5 giugno 2001 che la Santa sede, la Conferenza episcopale, le diocesi, le parrocchie ed altre circoscrizioni territoriali, le congregazioni e gli ordini religiosi e gli istituti di vita consacrata, nonché le relative province e case, beneficiano di un'esenzione totale e permanente dall'ICIO.

(…)

Sulla nozione di «aiuto concesso dallo Stato, ovvero mediante risorse statali»

74) Perché determinati vantaggi possano essere qualificati come aiuti ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, essi devono, da un lato, essere concessi direttamente o indirettamente mediante risorse statali e, dall'altro, essere imputabili allo Stato (sentenza del 19 dicembre 2013, Association Vent De Colère! e a., C-262/12, EU:C:2013:851, punto 16).

(…)

Sulle nozioni di aiuti che «incidono sugli scambi tra Stati membri» e che «falsano o minacciano di falsare la concorrenza»

78) Per quanto riguarda le condizioni relative all'incidenza di un vantaggio economico sugli scambi tra gli Stati membri e alla distorsione della concorrenza che esso può determinare, si deve ricordare che, ai fini della qualificazione di una misura nazionale come aiuto di Stato, non deve dimostrarsi una reale incidenza dell'aiuto di cui trattasi sugli scambi tra gli Stati membri e un'effettiva distorsione della concorrenza, bensì occorre solo verificare se detto aiuto sia idoneo a incidere su tali scambi e a falsare la concorrenza

(…)

81) Nel procedimento principale, è possibile che l'esenzione dall'ICIO di cui potrebbe beneficiare la Congregazione abbia come effetto di rendere più attraente la fornitura dei suoi servizi di insegnamento rispetto a quella dei servizi offerti da istituti parimenti operanti sul medesimo mercato.

(…)

84) Spetta dunque al giudice del rinvio valutare in fatto

(…)

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

Un'esenzione fiscale, come quella in discussione nel procedimento principale, di cui beneficia una congregazione appartenente alla Chiesa cattolica per opere realizzate in un immobile destinato all'esercizio di attività prive di finalità strettamente religiosa, può ricadere sotto il divieto enunciato dall'articolo 107, paragrafo 1, TFUE se, e nella misura in cui, tali attività siano economiche, circostanza questa la cui verifica incombe al giudice del rinvio.

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Quinta Sezione), sentenza 15 giugno 2017, rich. n. 58088/08, Metodiev et autres v. Bulgarie

Violazione degli artt. 9, 11 e 14 Cedu – Libertà di religione – Condizioni per ottenere il riconoscimento di una associazione religiosa – Analiticità nell'indicazione delle credenze e dei riti dell'associazione – Non richiesta in una società democratica

Abstract

La Corte dichiara che il diniego opposto ad un'istanza di registrazione di un'associazione religiosa a causa dell'assenza di una precisa indicazione delle credenze e dei rituali professati integra una violazione degli artt. 9 e 11 della Cedu. Non si ritiene necessario un esame specifico per accertare la violazione dell'art. 14 Cedu.

Il fatto

(6) L'11 febbraio 2007, alcuni seguaci della fede Ahmadi, movimento religioso musulmano, hanno deciso di creare una nuova confessione religiosa, denominata "Comunità Musulmana Ahmadiyya". Sicché il 24 febbraio dello stesso anno hanno presentato in tribunale una domanda di registrazione ai sensi della legge sui culti, indicando nel proprio statuto obiettivi e credenze della confessione, precisamente agli articoli 4 e 6.

(8) Tuttavia i giudici nazionali, sulla base di un parere della Direzione dei culti presso il Consiglio dei Ministri, rifiutano di registrare la confessione religiosa, asserendo la carenza di precisione nell'indicazione delle credenze e riti dell'associazione, che sarebbe equiparabile ad una semplice associazione di diritto comune, aprendo un dibattito di natura teologica sulla possibilità di evitare un eventuale scisma in seno alla comunità musulmana per la presenza di un orientamento non ortodosso.

9) Il tribunale di Sofia il 31 maggio del 2007 rigetta la domanda di registrazione sostenendo che il fondatore dell'associazione si identifica col Messia ed impedisce il pellegrinaggio alla Mecca, ed inoltre gli *ahmadis* si caratterizzano per una forte intolleranza religiosa.

10) Viene proposto appello sostenendo che in altri paesi europei la confessione gode di registrazione, quindi il diniego attenta alla libertà religiosa (…)

12) La corte di Appello di Sofia conferma il giudizio di primo grado, sostenendo la carenza di un'indicazione specifica sulla specificità del culto professato che faciliterebbe il dialogo pluralistico tra le diverse confessioni religiose

13) La corte di Cassazione il 28 aprile del 2009 rigetta il ricorso sostenendo il non rispetto delle esigenze richieste dall'art. 17 comma 2 sulla legge sui culti

(…)

14) La legge sui culti entrata in vigore il 1 gennaio 2003 proclama la libertà di religione, la libertà e l'eguaglianza dei culti e la separazione tra le istituzioni religiose e lo Stato (…)

16) L'art. 17 elenca i requisiti che tassativamente uno statuto di una associazione cultuale deve possedere (…)

17) L'art. 9 della legge stabilisce che l'associazione si qualifica per il nome e le convinzioni delle persone fisiche che compongono l'associazione

(….)

In Diritto

I) Sulla ricevibilità

21) il ricorrente sostiene che il rifiuto di registrazione costituisca una restrizione ingiustificata e discriminatoria del diritto alla libertà religiosa

22) Il Governo sostiene che i ricorrenti non abbiano il requisito di vittime in quanto non figurano tra i fondatori dell'associazione di culto

(…)

25) La Corte non ravvisa motivi di irricevibilità

II) Sulla violazione dell'art. 9 della Convenzione

(…)

A Argomenti delle parti

Il Governo

(…)

28) Il Governo ritiene che l'eventuale registrazione dell'associazione di culto istituzionalizzerebbe una sorta di scisma all'interno della comunità musulmana, perché il movimento si colloca ai limiti dell'Islam ortodosso e sarebbe percepito come una eresia dalla comunità dei musulmani

29) Inoltre il divieto di registrazione non inficerebbe il diritto e la possibilità di fatto dei ricorrenti di riunirsi ed esercitare il loro culto

2) I ricorrenti

(…)

31) Per i ricorrenti il diniego di registrazione per i motivi sopra elencati (28) costituisce una violazione dell'art. 9 della Convenzione ed una ingerenza dello Stato ed una violazione dell'obbligo in capo a questo di rimanere neutrale e garantire il pluralismo

B Argomenti della Corte

Principi generali artt. 9-11 della Convenzione

(…)

Sull'esistenza dell'ingerenza

37) la Corte riconosce che il rifiuto di concedere la registrazione rappresenta una violazione dell'esercizio dei diritti garantiti dall'art. 9 con la copertura dell'art. 11 della Convenzione

(…)

Sulla giustificazione dell'ingerenza

(…)

40) Premesso che l'ingerenza è giustificata dall'art. 17 comma 2 che tende a distinguere le differenti sette e ad evitare confronti tra le diverse comunità religiose

41) la Corte evidenzia che lo Statuto per la sua imprecisione non risponde alle esigenze espresse dall'art. 17 comma 2

(…)

47) ma il rifiuto di registrazione per la mancanza di precisione nella descrizione dei riti e delle credenze non rientra nelle misure necessarie in una società democratica per giustificare gli obiettivi evocati dal Governo

48) Pertanto la Corte conclude per la violazione dell'art. 9 interpretato alla luce dell'art. 11 della Convenzione

III Sulla violazione dell'art. 14 della Convenzione

49) I ricorrenti lamentano la violazione dell'art. 14 da parte delle autorità bulgare per la loro attitudine discriminatoria nei confronti delle nuove associazioni religiose no profit

(…)

51) la Corte stabilisce che l'ineguaglianza di trattamento di cui si sentono vittime i ricorrenti è sufficientemente presa in considerazione dall'esame dell'art. 9 e ritiene non necessario provvedere ad un esame separato ai sensi dell'art. 14 della Convenzione

Danno morale

(…)

56) La Corte stabilisce esclusivamente 4000 a titolo di risarcimento del danno morale per il Presidente dell'associazione, per gli altri ricorrenti la constatazione della avvenuta violazione dell'art. 9 della Convenzione si ritiene una sufficiente riparazione

(…)

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Quarta Sezione), sentenza 5 dicembre 2017, rich. n. 57792/15, Hamidović v. Bosnia and Herzegovina

Violazione dell'art. 9 CEDU – Condanna per oltraggio alla Corte di un soggetto che si è rifiutato di togliere lo zucchetto, simbolo religioso, in occasione dello svolgimento di una testimonianza in Tribunale - Sussistenza della violazione.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

5) The applicant was born in 1976 and lives in Gornja Maoča. 6.On 28 October 2011 Mr Mevlid Jašarević, a member of the local group advocating Wahhabi/Salafi version of Islam attacked the United States Embassy in Sarajevo. In April 2012 Mr Jašarević and two other members of the group were indicted in relation to that event. Mr Jašarević was eventually convicted of terrorism and sentenced to fifteen years' imprisonment.

The relevant part of the first-instance judgment rendered in that case, depicting the religious community to which the applicant also belonged, reads as follows:

(…): Salafi communities in Bosnia and Herzegovina, like the one in Gornja Maoča (in which the accused lived at the time of the attack), are often isolated and inaccessible (…) In practice, they confirm the tendencies of certain traditional religious communities to isolate from other believers and define their holy community through their disciplined opposition to both non-believers and half-hearted believers. This pattern is inherent in fundamentalist movements and sects within almost all religious traditions (…) According to the available sources and their own declarations, members of the community in Gornja Maoča oppose the concept of a secular State, democracy, free elections and any laws that are not based on Sharia.

(…) 7) In the context of that trial, the Court of Bosnia and Herzegovina ("the State Court") summoned the applicant, who belonged to the same religious community, to appear as a witness on 10 September 2012. He appeared, as summoned, but refused to remove his skullcap, notwithstanding an order from the president of the trial chamber to do so

(…) the Court has pointed out to the witness that, in public institutions, it is not acceptable to display religious affiliation through clothing or religious symbols, and that the Court is obliged to support and promote values that bring people closer, not those that separate them. The Court has particularly emphasised that the rights of the individual are not absolute and must not jeopardise common values.

(…)

Thus, the court is not a place where religious beliefs can be expressed in a way that discredits certain common rules and principles in a multicultural society. That is why the law obliges everyone who appears before the Court to respect the Court and its rules.

The Court finds the witness's refusal to accept the rules of court and to show respect to the Court by accepting its warnings, to be a flagrant breach of order in the courtroom.

(…)

8) On 11 October 2012 an appeals chamber of the same court reduced the fine to BAM 3,000 and upheld the rest of the first-instance decision.

(…)

The duty to remove headgear exists not only in this court but also in other courts and institutions in Bosnia and Herzegovina as well as in other States. Such rules and duties apply to all persons without exception, regardless of religious, sexual, national or other affiliation.

(…)

9) As the applicant had failed to pay the fine, on 27 November 2012 the fine was converted into thirty days' imprisonment pursuant to Article 47 of the Criminal Code. That decision was upheld on 13 December 2012 and the applicant served his prison sentence immediately.

(…)

10) On 9 July 2015 the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina found no breach of Articles 9 and 14 of the Convention, fully accepting the reasoning of the State Court.

(…)

The relevant part of the majority decision reads as follows: The Constitutional Court notes that the present case concerns a specific situation where the universally accepted standard of conduct in a judicial institution intertwines with the right of the appellant to manifest in a courtroom, contrary to that standard, affiliation with his religious community

(…)

The Constitutional Court observes likewise that the mentioned provision does not specify what that dress code is. However, the State Court in the case at hand kept in mind that the universally accepted standard of conduct in a civilised society required that upon entering the premises of a public institution one should remove one's headgear out of respect for that institution and its function.

(…)

ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 9 OF THE CONVENTION

25) The applicant complained that his punishment for wearing a skullcap in a courtroom was contrary to Article 9, which reads as follows.

Preliminary remark:

(…)

26) The public debate now taking place in Bosnia and Herzegovina about the wearing of religious symbols and clothing by judicial officials (see paragraph 14 above), as well as the applicant's submissions in that regard, are therefore irrelevant to the present case.

(…) 1. The parties' submissions

28) The applicant argued that it was his religious duty to wear a skullcap, since the Prophet Muhammad had also worn one.

(…)

According to the applicant, the State Court wished to send a message to religious people that they were not welcome at that court and that they would be imprisoned if and when they entered its premises.

(…)

Considering also that the impugned measure had been taken in the context of a sensitive and complex case regarding a terrorist attack against the Embassy of the United States, the Government argued that the limitation in question had been proportionate.

2. The Court's assessment

(a) Whether there has been a "limitation" within the meaning of Article 9 § 2

(…)

(b)Whether the measure was "prescribed by law"

31. The Court reiterates that the expression "prescribed by law" in the second paragraph of Article 9 not only requires that the impugned measure should have a legal basis in domestic law, but also refers to the quality of the law in question, which should be accessible to the person concerned and foreseeable as to its effects (omissis) The Court has no strong reasons to depart from the finding of the Constitutional Court. It therefore considers that there was a basis in law for restricting the wearing of the skullcap in the courtroom.

(…)

(c) Whether there was a legitimate aim

35. The applicant took the view that the interference with the exercise of his freedom to manifest his religion did not correspond to any of the aims listed in Article 9 § 2.

(…)

(d) Whether the measure was "necessary in a democratic society"

36) Article 9 does not, however, protect every act motivated or inspired by a religion or belief and does not always guarantee the right to behave in the public sphere in a manner which is dictated by one's religion or beliefs.

(…)

In democratic societies, in which several religions coexist within one and the same population, it may be necessary to place limitations on freedom to manifest one's religion or beliefs in order to reconcile the interests of the various groups and ensure that everyone's beliefs are respected .

(…)

The Court has frequently emphasised the State's role as the neutral and impartial organiser of the exercise of various religions, faiths and beliefs, and has stated that this role is conducive to public order, religious harmony and tolerance in a democratic society.

(…)

37) The Court notes that in the present case the applicant had no choice but to appear before the domestic court: in accordance with the Code of Criminal Procedure of Bosnia and Herzegovina, a witness who fails to appear risks being fined or arrested. The presiding judge informed the applicant that he was also required to remove his skullcap, pursuant to the House Rules (see paragraph 19 above). He explained that the wearing of the skullcap was contrary to the dress code applicable to judicial institutions and that no religious symbols or clothing were permitted in court.

(…)

40) As mentioned above (see paragraph 26 above), the present case must be distinguished from cases concerning the wearing of religious symbols and clothing in the workplace, notably by public officials who may be under a duty of discretion, neutrality and impartiality, including a duty not to wear such symbols and clothing while exercising official authority.

(…)

41) Pluralism, tolerance and broadmindedness are hallmarks of a "democratic society". Although individual interests must on occasion be subordinated to those of a group, democracy does not simply mean that the views of a majority must always prevail. The role of the authorities is not to remove the cause of tension by eliminating pluralism, but to ensure that the competing groups tolerate each other

42) Unlike some other members of his religious group (see paragraph 6 above),

the applicant appeared before the court as summoned and stood up when requested, thereby clearly submitting to the laws and courts of the country. There is no indication that the applicant was not willing to testify or that he had a disrespectful attitude. In these circumstances, his punishment for contempt of court on the sole ground of his refusal to remove his skullcap was not necessary in a democratic society.

43) The Court concludes that in the present case the domestic authorities exceeded the wide margin of appreciation afforded to them (see paragraph 38 above). There has therefore been a violation of Article 9 of the Convention.

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Prima Sezione), sentenza 12 ottobre 2017, rich n. 75604/11, Adyan and others v. Armenia

Violazione dell'art. 9 CEDU – Obiezione di coscienza in riferimento sia al servizio militare, che al servizio civile previsto quale alternativa per gli obiettori di coscienza, ma avente natura sostanzialmente militare, in quanto sottoposto a supervisione e controllo militare – Sussistenza della violazione.

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

6) Mr Adyan ("the first applicant") Mr Avetisyan, Mr Khachatryan and Mr Margaryan ("the second, third and fourth applicants") live respectively in Yerevan, in Tsaghkavan and Kapanare. They four Jehovah's Witnesses who were found to be fit for military service.

A. Background to the case.

8) In May and June 2011 the applicants were called up for military service. They failed to appear, and instead addressed letters to the local military commissariat (զինվորական կոմիսարիատ) and the regional prosecutor's office, refusing to perform either military or alternative service. They stated that they were Jehovah's Witnesses and that, having studied the Alternative Service Act, they had come to the conclusion that, by European standards, the service proposed was not of a genuinely civilian nature since it was supervised by the military authorities. Their conscience did not allow them to work directly or indirectly for the military system. The alternative labour service was known to be organised and supervised by the military authorities because the alternative labour serviceman's record booklet was marked "Armed Forces of Armenia", and alternative servicemen were subject to military discipline and penalties and had to register with the military subdivisions of the Armed Forces of Armenia. Furthermore, the law required that they remain at their place of service around the clock, seven days a week, which was akin to house arrest and was unacceptable to the applicants. The requirement to perform military service or the available alternative service violated their rights guaranteed by, inter alia, Article 9 of the European Convention on Human Rights. For the reasons stated above, their conscience did not allow them to perform the alternative service available in Armenia. The applicants added that they were willing to perform alternative service as long as it was not in any way connected with the military authorities and did not violate their religious beliefs.

B. Charges against the applicants and placement of the first, third and fourth applicants in pre-trial detention.

9)They were arrested under Article 327 § 1 of the Criminal Code (evasion of regular conscription for military or alternative service) because of the danger they would commit a new offence or evade punishment if he remained at large.

C. Court proceedings and the applicants' conviction

17) In the course of the proceedings before their respective trial courts, the applicants submitted that their opposition to military and alternative service was based on their religious beliefs. The alternative service provided for under domestic law was not of a genuinely civilian nature, as it was supervised by the military authorities.

(…)

21) The applicants lodged appeals against their convictions, arguing that they violated the requirements of Article 9 of the Convention.

Their opposition to the alternative service available in Armenia was based on their religious beliefs, as that service was not of a genuinely civilian nature and failed to comply with European standards. It was organised and supervised by the military authorities (section 14 of the Alternative Service Act (see paragraph 28 below)) and was equivalent to non-armed military service, whereas their conscience did not allow them to perform any service supervised by the military authorities.

(…) The cover of the alternative labour serviceman's record booklet (այլընտրանքային աշխատանքային ծառայողի գրքույկ) bore the coat of arms and the words "The Armed Forces of Armenia", and the monthly allowance paid was the same as that of military servicemen.

(…) They reiterated their readiness to perform a genuinely civilian alternative service and argued that, in the absence of alternative service that complied with European standards and was of a truly civilian nature, their sentences did not pursue a pressing social need and were not necessary in a democratic society.

22) On 2 December 2011 the Criminal Court of Appeal upheld the judgments of the Regional Courts in the cases of the first and second applicants.

In the first applicant's case, the Court of Appeal found as follows: "Having examined the arguments of the defence that the alternative labour service in Armenia does not comply with European standards, is of a military nature and is supervised by the military, the Court of Appeal finds that [the State] ... is taking appropriate measures in respect of the obligations assumed before the Council of Europe as regards, in

particular, the enactment and continuous improvement of the legislation concerning alternative service.

It follows from the above-mentioned provisions that [the State] has made a clear distinction between alternative military service and alternative labour service, and has guaranteed by law the civilian nature of the latter.

(…) The facts are not sufficient to conclude that the alternative labour service in Armenia is of a military nature, since ... the type, procedures and conditions of such labour are determined by the heads of the relevant institutions without any interference by the military authorities or their representatives.

(…) The argument put forward by the defence that the alternative labour service is supervised by a public authority in the field of defence authorised by the Government of Armenia similarly does not suggest that there is no alternative labour service in Armenia. It must be noted that in reality, servicemen perform the labour service outside the Armed Forces of Armenia and it does not contain elements of military service.

(…) The fact that the Minister of Defence is also involved in the organisation of the alternative service does not suggest that the labour service transforms into military service, since, firstly, the Minister of Defence and certain subdivisions of the Armed Forces are called upon to participate in the organisation of the alternative military service.

(…)

As regards the fact that the military authorities carry out supervision of labour servicemen together with the heads of the relevant institutions, the Court of Appeal considers that this still does not change the nature of the service performed. Moreover, as already noted above, the type, procedures and conditions of the civilian labour are determined and may be changed only by the head of the relevant institution.

(…)

The argument put forward by the defence that the alternative labour service is punitive in nature is also unsubstantiated.

In the light of the above, the Court of Appeal, based on the concrete facts of the case, namely that [the first applicant] has categorically refused to be conscripted to perform alternative labour service, concludes that he has been found criminally liable and sentenced in a justified and fair manner for such actions, and this fact does not.

In the second applicant's case, the Court of Appeal found that his conviction had been lawful, well-founded and reasoned.

(…)

25) On 7, 8 and 17 February and 7 May 2012 the Court of Cassation declared the applicants' appeals inadmissible for lack of merit.

On 8 and 9 October 2013 the applicants were released from prison following a general amnesty, after having served between twenty-six and twenty-seven months of their sentences.

II. DOMESTIC LAW AND PRACTICE

A. Criminal Code (in force since 2003)

27) Article 327 § 1 provides that evasion of regular conscription for fixed-term military or alternative service, in the absence of legal grounds for exemption from such service, is punishable by detention (defined in this context as imprisonment under conditions of strict isolation) for a period not exceeding two months or imprisonment for a period not exceeding three years.

B. Alternative Service Act

28) 1. Alternative Service Act as in force at the material time

The relevant provisions of the Alternative Service Act of 17 December 2003, which entered into force on 1 July 2004, read as follows:

Section 2. Concept and types of alternative service

"1. Within the meaning of this Act alternative service is the service that replaces compulsory fixed-term military service. It does not involve the bearing, keeping, maintenance and use of arms, and is performed in both military and civilian institutions.

(…)

Section 3. Grounds for performing alternative service

"1. An Armenian citizen whose creed or religious beliefs contradict the performance of military service in a military unit, including the bearing, keeping, maintenance and use of arms, may perform alternative service. ..."

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 9 OF THE CONVENTION

(…)

54) In the present case, the applicants are Jehovah's Witnesses, a religious group whose beliefs include the conviction that service, even unarmed, within the military is to be

opposed. Article 9 has already been found to be applicable to such opposition to military service (see Bayatyan, cited above, § 111).

(…)

60) In any event, the Court considers that the applicants' refusal to be drafted for military and alternative service was a manifestation of their religious beliefs and their conviction for draft evasion therefore amounted to an interference with their freedom to manifest their religion, as guaranteed by Article 9 § 1 (see, mutatis mutandis, Bayatyan, cited above, § 112). Such interference will be contrary to Article 9 unless it is "prescribed by law".

(…)

67) in the Court's opinion, that fact alone is not sufficient to conclude that the authorities have discharged their obligations under Article 9 of the Convention. The Court must also verify that the allowances made were appropriate for the exigencies of an individual's conscience and beliefs.

(…)

70) In the light of the above, the Court concludes that the authorities failed, at the material time, to make appropriate allowances for the exigencies of the applicants' conscience and beliefs and to guarantee a system of alternative service that struck a fair balance between the interests of society as a whole and those of the applicants, as required by Article 9 of the Convention. It follows that the applicants' convictions constituted interferences which were not necessary in a democratic society within the meaning of that provision.

(…)

74) There has accordingly been a violation of Article 9 of the Convention.

Corte Europea dei diritti dell'uomo (Quarta Sezione), sentenza 27 Febbraio 2018, rich. n. 66490/09, Mockutè v. Lithuania

Diffusione di informazioni relative alla salute del paziente e ricovero per "correggerne" le convinzioni religiose – Violazione degli articoli 8 e 9 CEDU.

THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

(…)

6) In May 1992 the applicant had been taken to Kaunas Psychiatric hospital by her parents, who had stated that she had previously joined the Believers in God religious sect (Dievo tikėjimo sekta) and that she had become agitated and disorientated. At her parents' request and once her health had improved, in summer 1992 she continued treatment at a psychiatric institution in Šiauliai (Šiaulių psichoneurologijos dispanseris), where her diagnosis was acute paranoid psychosis (ūmi paranoidinė psichozė). The doctors noted that the applicant had joined another religious sect, the Hungarian sect (Vengrų), and that her condition had worsened after joining in certain of the sect's activities in a forest. In particular, she had not been able to communicate well and had spoken only about religion-related topics while at the hospital.

(…)

7-8) In the next years she obtained a degree in law and she started to work, but after her father died, she found "inner spiritual and emotional healing for [her] stressed and disharmonious inner state, [caused by her] father's illness, car accident and the loss of [her previous private sector] job".

(…)

9-14. After a crisis the applicant was then taken by force to Vilnius Psychiatric Hospital (Respublikinė Vilniaus psichiatrijos ligoninė), a public hospital under the Ministry of Health Care.

(…)

15) The applicant's medical record of 26 May 2003 (…) states that "it has emerged that the patient attends the Osho non-traditional meditation and improvement centre. During conversation [the applicant] states that attending the centre 'brings her peace' while not disturbing her social functions; it is also her 'essential interest'. [The applicant] has an uncritical attitude to attending the centre. Psycho-correction therapy to be continued".

D. The Srovės television programme and the applicant's open letter in response

(…)

20) The programme discussed the activities of the Ojas Meditation Centre in Vilnius. The journalist implied that the followers of Osho in Vilnius held sex orgies, and discussed about her story.

(…)

21) The applicant's open letter in response to the Srovės programme

On 14 August 2003 on the internet site of the Ojas Meditation Center the applicant published a five-page open letter to the journalists at Srovės, signing it with her real name and surname. She expressed regret that the broadcast had not been an objective portrayal of her story.

(…)

22) The applicant also stated that she "had not been put under a spell (neapžavėjo)" by meditation. Instead, meditation had entered her life naturally as the result of a long and intense spiritual search. (…) She wrote that the psychiatrists had blindly believed her mother's stories and had diagnosed her as being under the influence of a sect (sektantiškumas).

(…)

D. Civil proceedings against Vilnius Psychiatric Hospital for compensation for non-pecuniary damage

24. In May 2006 the applicant sued Vilnius Psychiatric Hospital for compensation for non-pecuniary damage.

(…)

25) Vilnius Psychiatric Hospital responded by saying that on 7 May 2003 the applicant had been involuntarily hospitalised since she had been in a state of acute psychosis and had posed a danger to herself and others.

(a) As to the lawfulness of the restriction of liberty when the applicant was held at Vilnius Psychiatric Hospital

(…)

28) The Vilnius Regional Court noted at the outset that according to Articles 27 and 28 of the Law on Mental Health Care a person could be placed in hospital without his or her consent if there was a clear and present danger of him or her harming themselves or others.

(…)

30) The Vilnius Regional Court also agreed with the applicant's argument that she had not been able to leave the hospital because she was under the influence of drugs, had faced a threat of being physically restrained if she disobeyed the doctors, and had been under a strict regime. The court noted that the requirement that a psychiatric patient should normally be able to express his or her consent to be hospitalised and treated had also been underlined by the Committee for the Prevention of Torture.

(…)

(c) As to the applicant's right to freedom of religion

36) The court then had regard to the applicant's complaint about freedom of religion by referring to Article 9 of the Convention. It also relied on Article 7 of the Law on Mental Health Care (see paragraph 67 below).

37) The court found valid the applicant's complaints that the doctors had tried to dissuade (atkalbėti) her from meditating, attempted to alter her views on non-traditional meditation religion and had treated her against meditating and attending the Ojas Meditation Centre.

(…) **2. The proceedings before the Court of Appeal**

41) As to the applicant's right to freedom of religion, the hospital argued that the lower court had erred in equating meditation with religion. The fact that since February 2003 the applicant had attended meditation sessions of "unknown origin and manner (neaiškios kilmės ir pobūdžio meditacijas)" and that they could have been one of the

reasons behind her illness, had not been denied.

(…)

43) The applicant added that when she had been in the psychiatric hospital, doctor D.Š. had persistently asked about the meditation she practised and had spoken of it with contempt.

(…)

(c) As to the applicant's right to freedom of religion

49) The Court of Appeal noted that the right to freedom of religion had been enshrined in Article 26 of the Constitution (see paragraph 64 below) and Article 9 of the Convention. It also noted that under Article 7 of the Law on Mental Health Care, people in hospital had the right to perform religious rites. That right could be restricted by a psychiatrist's decision only if there was a clear danger to the patient or others, and such restrictions had to be recorded in the patient's medical file (see paragraph 67 below).

On the facts of the case, the Court of Appeal disagreed with the lower court's conclusion that there had been a breach of the applicant's right to freedom of religion while she was in Vilnius Psychiatric Hospital.

(….)

E. The registration of the Ojas Meditation Centre in Lithuania as a religious community

55. On 12 March 2003 the Ojas Meditation Centre applied to the Ministry of Justice to be registered as a religious community.

On 29 August 2003 the Ministry of Justice rejected the application because it considered that although the Centre was on the "border between self-help psychology and religion (egzistuojantis savipagalbos psichologijos ir religijos paribyje)", it should not be treated as a religious community.

(…)

B. As to freedom of religion

The Constitution reads: Article 26

58) "Freedom of thought, conscience, and religion shall not be restricted.

Everyone shall have the right to freely choose any religion or belief and, either alone or with others, in private or in public, to profess his religion, to perform religious ceremonies, as well as to practise and teach his belief.

(…)

The Law on Mental Health Care, as in force at the time of the applicant's confinement to Vilnius Psychiatric Hospital, stated: Article 3

"Psychiatric patients have all the political, economic, social and cultural rights. There shall be no discrimination against psychiatric patients on the grounds of their mental disability. A person who has had a mental illness (psichikos liga) in the past may not be discriminated against on that basis ..."

(…)

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 9 OF THE CONVENTION

107) The applicant complained of a violation of her right to practise her religion on account of the restrictive environment at Vilnius Psychiatric Hospital and because the psychiatrists had persuaded her to have a critical attitude towards her religion.

(…)

(a) The applicant

109) The applicant submitted at the outset that meditation was a priceless part of her life, and that its value on the spiritual level was equal to that of water, fresh air and food on the physical one. While being held at the psychiatric hospital, she had been

neither able to leave to go to the Ojas Meditation Centre to meditate nor practise meditation on her own at the psychiatric hospital because she needed privacy and a place (a room) to be by herself. The applicant also underlined that while being held unlawfully at the hospital doctors had used psycho-correction techniques aimed at bringing about a critical and negative attitude to her religion.

(…)

(b)The Government

113) The Government also submitted that the applicant's mental health was directly linked to her religious activities. In that context, the Government relied on a number of academic articles, which in their view suggested the existence of a link between spirituality and health. Those publications, in the Government's view, also advocated that mental disorders could be related to someone's spiritual status.

(…)

2. The Court's assessment

119) The Court reiterates that freedom to manifest one's religious beliefs comprises also a negative aspect, namely the right of individuals not to be required to reveal their faith or religious beliefs and not to be compelled to assume a stance from which it may be inferred whether or not they have such beliefs (…) Consequently, State authorities are not entitled to intervene in the sphere of an individual's freedom of conscience and to seek to discover his or her religious beliefs or oblige him or her to disclose such beliefs.

(omissis)

(b) Application of the general principles to the instant case

121) The Court has no reason to hold otherwise, all the more so since pursuant to the Supreme Administrative Court's decision the Ojas Meditation Center had been registered as a religious community

(…)

126) In the light of the foregoing, the Court holds that there has been an interference with the applicant's right to respect for her religion, because in Vilnius Psychiatric Hospital she had to submit and subordinate her wishes to unyielding authority of the psychiatrists who were trying to "correct" the applicant so that she abandoned her "fictitious" religion, and whom she felt constrained to obey,

(…)

129) The Court further reiterates the principle of the States' limited margin of appreciation to justify interference with the freedom of individual conscience (see paragraph 118 above). Notwithstanding that limited margin of appreciation which is applicable to manifestation of religious beliefs, the Court has also emphasised the primary importance of the right to freedom of thought, conscience and religion and the fact that a State cannot dictate what a person believes or take coercive steps to make him change his beliefs (see Ivanova, cited above, § 79 in fine; also see paragraph 119 above). Lastly, the Court has never held in its case-law that the scope of the States' margin of appreciation could be broader or narrower depending on the nature of the religious beliefs.

(…)

131) The foregoing considerations are sufficient to enable the Court to conclude that there has been a violation of Article 9 of the Convention.

6. CORTE COSTITUZIONALE, sentenza 18 dicembre 2017, n. 272

Art. 263 del codice civile: impugnazione del riconoscimento del figlio naturale per difetto di veridicità – Asserita illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente all'interesse dello stesso – Infondatezza della questione.

[Omissis]

Considerato in diritto

1.– Nel corso di un procedimento di impugnazione del riconoscimento di figlio naturale per difetto di veridicità, la Corte d'appello di Milano ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 del codice civile, in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti: CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848.

La disposizione è censurata nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente all'interesse dello stesso.

2.– Secondo la difesa del Presidente del Consiglio dei ministri, intervenuto nel giudizio incidentale, la questione sarebbe inammissibile in quanto volta ad inserire, attraverso una pronuncia additiva, una condizione esclusiva (l'interesse del minore) ai fini dell'impugnazione del riconoscimento del figlio naturale. Spetterebbe, viceversa, al legislatore stabilire se l'accoglimento di tale impugnazione debba essere subordinato all'interesse del minore all'appartenenza familiare.

L'eccezione di inammissibilità è priva di fondamento.

Al riguardo, va rilevato che il *petitum* del rimettente è volto al riconoscimento della possibilità di valutare l'interesse del minore, ai fini della decisione sull'impugnazione del riconoscimento. Ove si neghi tale possibilità, l'accoglimento della domanda rimarrebbe condizionato soltanto all'accertamento della non veridicità del riconoscimento. In definitiva, attraverso l'intervento invocato, è denunciata l'irragionevolezza di un automatismo decisorio che impedirebbe di tenere conto degli interessi in gioco. Il sindacato di legittimità rimesso a questa Corte è limitato, pertanto, alla verifica del fondamento costituzionale del denunciato meccanismo decisorio, senza alcuna interferenza sul contenuto di scelte discrezionali rimesse al legislatore.

3.– Sempre in via preliminare, occorre delimitare l'ambito dell'indagine che il giudice intende rimettere alla Corte in questa occasione.

Secondo questa prospettazione, il giudizio a quo ha per oggetto l'accertamento dell'inesistenza del rapporto di filiazione di un minore nato attraverso il ricorso alla surrogazione di maternità realizzata all'estero. Non è tuttavia in discussione la legittimità del divieto di tale pratica, previsto dall'art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), e nemmeno la sua assolutezza. Risulta parimenti estraneo alla odierna questione di legittimità costituzionale il tema dei limiti alla trascrivibilità in Italia di atti di nascita formati all'estero.

La questione sollevata dalla Corte d'appello di Milano ha per oggetto, infatti, la disciplina dell'azione di impugnazione prevista dall'art. 263 cod. civ., volta a rimuovere lo stato di figlio, già attribuito al minore per effetto del riconoscimento, in considerazione del suo difetto di veridicità.

4.– Nel merito, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 cod. civ. non è fondata.

Nell'interpretazione fatta propria dal rimettente la norma censurata si porrebbe in contrasto con i principi di cui agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, Cost., poiché, nel giudizio di impugnazione del riconoscimento del figlio naturale, essa non consentirebbe di tenere conto, in concreto, dell'interesse del minore «a vedersi riconosciuto e mantenuto uno stato di filiazione quanto più rispondente alle sue esigenze di vita». Tuttavia, siffatta interpretazione non può essere condivisa, neppure nei casi nei quali il legislatore imponga di non pretermettere la verità.

4.1.– Pur dovendosi riconoscere un accentuato favore dell'ordinamento per la conformità dello status alla realtà della procreazione, va escluso che quello dell'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento.

Ed invero, l'attuale quadro normativo e ordinamentale, sia interno, sia internazionale, non impone, nelle azioni volte alla rimozione dello *status filiationis*, l'assoluta prevalenza di tale accertamento su tutti gli altri interessi coinvolti.

In tutti i casi di possibile divergenza tra identità genetica e identità legale, la necessità del bilanciamento tra esigenze di accertamento della verità e interesse concreto del minore è resa trasparente dall'evoluzione ordinamentale intervenuta e si proietta anche sull'interpretazione delle disposizioni da applicare al caso in esame.

4.1.1.– A questo riguardo va preliminarmente osservato che la disposizione dell'art. 263 cod. civ. è stata censurata dal rimettente nella versione, applicabile *ratione temporis*, antecedente alle modifiche apportate dal decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 (Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219).

In particolare, l'art. 28 del medesimo d.lgs., in vigore dal 7 febbraio 2014, nel modificare l'art. 263 cod. civ., ha limitato l'imprescrittibilità dell'azione esclusivamente a quella esercitata dal figlio. Analoga previsione è stata inserita – con riferimento all'azione di disconoscimento di paternità – nell'art. 244, quinto comma, cod. civ., nel testo introdotto dall'art. 18, primo comma, del d.lgs. n. 154 del 2013. Gli altri legittimati, laddove intendano proporre le suddette azioni di contestazione degli status, sono ora tenuti a rispettare i termini di decadenza previsti dalla nuova disciplina.

Il legislatore delegato ha così garantito, senza limiti di tempo, l'interesse primario ed inviolabile dei figli all'accertamento della propria identità e discendenza biologica. Per converso, la previsione di termini di decadenza per gli altri legittimati ha circoscritto entro rigorosi limiti temporali l'esperibilità delle azioni demolitorie dello *status filiationis*, assicurando così tutela al diritto del figlio alla stabilità dello status acquisito.

La necessità del bilanciamento dell'interesse del minore con il pubblico interesse alla certezza degli status è, altresì, espressamente prevista dal legislatore nelle azioni in materia di riconoscimento dei figli (artt. 250 e 251 cod. civ.), volte all'estensione dei legami parentali del minore.

4.1.2.– D'altra parte, già l'art. 9 della legge n. 40 del 2004 aveva escluso che il coniuge o il convivente che abbiano acconsentito al ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo potessero promuovere l'azione di disconoscimento o impugnare il riconoscimento ai sensi dell'art. 263 cod. civ.

Al riguardo questa Corte ha ritenuto «confermata sia l'inammissibilità dell'azione di disconoscimento della paternità […] e dell'impugnazione ex art. 263 cod. civ. (nel testo novellato dall'art. 28 del d.lgs. n. 154 del 2013), sia che la nascita da PMA di tipo eterologo non dà luogo all'istituzione di relazioni giuridiche parentali tra il donatore di gameti ed il nato, essendo, quindi, regolamentati i principali profili dello stato giuridico di quest'ultimo» (sentenza n. 162 del 2014).

Anche in questo caso, in un'ipotesi di divergenza tra genitorialità genetica e genitorialità biologica, il bilanciamento è stato effettuato dal legislatore attribuendo la prevalenza al principio di conservazione dello *status filiationis*.

4.1.3.– Proprio al fine di garantire tutela al bambino concepito attraverso fecondazione eterologa, sin da epoca antecedente alla legge n. 40 del 2004, questa Corte – senza mettere in discussione la legittimità di tale pratica, «né […] il principio di indisponibilità degli status nel rapporto di filiazione, principio sul quale sono suscettibili di incidere le varie possibilità di fatto oggi offerte dalle tecniche applicate alla procreazione» – si è preoccupata «invece di tutelare anche la persona nata a seguito di fecondazione assistita, venendo inevitabilmente in gioco plurime esigenze costituzionali. Preminenti in proposito sono le garanzie per il nuovo nato […], non solo in relazione ai diritti e ai doveri previsti per la sua formazione, in particolare dagli artt. 30 e 31 della Costituzione, ma ancor prima – in base all'art. 2 della Costituzione – ai suoi diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità: diritti che è compito del legislatore specificare» (sentenza n. 347 del 1998).

4.1.4.– Come evidenziato dallo stesso rimettente in riferimento alla violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., anche il quadro europeo ed internazionale di tutela dei diritti dei minori evidenzia la centralità della valutazione dell'interesse del minore nell'adozione delle scelte che lo riguardano.

Tale principio ha trovato la sua solenne affermazione dapprima nella Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, in forza della quale «[i]n tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente» (art. 3, paragrafo 1).

Nella stessa direzione si pongono la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva con legge 20 marzo 2003, n. 77, e le Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore, adottate il 17 novembre 2010, nella 1098ª riunione dei delegati dei ministri.

Infine, l'art. 24, secondo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, sancisce il principio per il quale «[i]n tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente».

D'altra parte, pur in assenza di un'espressa base testuale, la garanzia dei *best interests of the child* è stata riportata, nell'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, sia all'art. 8, sia all'art. 14 della CEDU. Ed è proprio in casi di surrogazione di maternità, nel valutare il rifiuto di trascrizione degli atti di nascita nei registri dello stato civile francese, che la Corte di Strasburgo ha affermato che il rispetto del migliore interesse dei minori deve guidare ogni decisione che li riguarda (sentenze del 26 giugno 2014, rese nei casi Mennesson contro Francia e Labassee contro Francia, ricorsi n. 65192 del 2011 e n. 65941 del 2011).

4.1.5.– Va altresì rammentato che, in linea con i principi enunciati dalla giurisprudenza della Corte EDU, la legge 19 ottobre 2015, n. 173 (Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare) ha valorizzato l'interesse del minore alla conservazione di legami affettivi che sicuramente prescindono da quelli di sangue, attraverso l'attribuzione di rilievo giuridico ai rapporti di fatto instaurati tra il minore dichiarato adottabile e la

famiglia affidataria.

D'altra parte, il distacco tra identità genetica e identità legale è alla base proprio della disciplina dell'adozione (legge 4 maggio 1983, n. 184, recante «Diritto del minore ad una famiglia»), quale espressione di un principio di responsabilità di chi sceglie di essere genitore, facendo sorgere il legittimo affidamento sulla continuità della relazione.

4.1.6.– Anche la giurisprudenza di questa Corte ha riconosciuto, da tempo, l'immanenza dell'interesse del minore nell'ambito delle azioni volte alla rimozione del suo status filiationis (sentenze n. 112 del 1997, n. 170 del 1999 e n. 322 del 2011; ordinanza n. 7 del 2012).

In tale giurisprudenza si trovano affermazioni sul particolare valore della verità biologica. Tuttavia – diversamente da quanto ritiene il giudice a quo – essa non ha affatto negato la possibilità di valutare l'interesse del minore nell'ambito delle azioni demolitorie del rapporto di filiazione. È stato riconosciuto che la verità biologica della procreazione costituisce «una componente essenziale» dell'identità personale del minore, la quale concorre, insieme ad altre componenti, a definirne il contenuto.

Pertanto, nell'auspicare una «tendenziale corrispondenza» tra certezza formale e verità naturale, si è riconosciuto che anche l'accertamento della verità biologica fa parte della complessiva valutazione rimessa al giudice, alla stregua di tutti gli altri elementi che, insieme ad esso, concorrono a definire la complessiva identità del minore e, fra questi, anche quello, potenzialmente confliggente, alla conservazione dello status già acquisito.

Costituisce infatti «compito precipuo del tribunale per i minorenni, […] verificare se la modifica dello status del minore risponda al suo interesse e non sia per lui di pregiudizio; così come contemporaneamente occorre anche verificare, sia pure con sommaria delibazione, la verosimiglianza del preteso rapporto di filiazione, dovendosi garantire il diritto del minore alla propria identità» (sentenza n. 216 del 1997, sulla previgente disciplina dell'azione di disconoscimento della paternità, di cui agli artt. 273 e 274 cod. civ.).

Nell'evoluzione normativa e ordinamentale del concetto di famiglia, a conferma del rilievo giuridico della genitorialità sociale, ove non coincidente con quella biologica, vi è anche l'espresso riconoscimento, da parte di questa Corte, che «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa» (sentenza n. 162 del 2014).

4.1.7.– L'esigenza di operare un'adeguata comparazione degli interessi in gioco, alla luce della concreta situazione dei soggetti coinvolti e, in particolare, del minore, è stata recentemente riconosciuta anche dalla Corte di cassazione, con riferimento all'azione di disconoscimento della paternità.

La giurisprudenza di legittimità ha escluso, infatti, che il *favor veritatis* costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta da affermarsi comunque, atteso che l'art. 30 Cost. non ha attribuito un valore indefettibilmente preminente alla verità biologica rispetto a quella legale. Nel disporre, al quarto comma, che «[l]a legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità», l'art. 30 Cost. ha demandato al legislatore ordinario il potere di privilegiare, nel rispetto degli altri valori di rango costituzionale, la paternità legale rispetto a quella naturale, nonché di fissare le condizioni e le modalità per far valere quest'ultima, così affidandogli anche la valutazione in via generale della soluzione più idonea per la realizzazione dell'interesse del figlio (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenze 30 maggio 2013, n. 13638; 22 dicembre 2016, n. 26767; e 3 aprile 2017, n. 8617).

4.2.– È alla luce di tali principi, immanenti anche nel mutato contesto normativo e

ordinamentale, che si pone la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 cod. civ.

L'affermazione della necessità di considerare il concreto interesse del minore in tutte le decisioni che lo riguardano è fortemente radicata nell'ordinamento sia interno, sia internazionale e questa Corte, sin da epoca risalente, ha contribuito a tale radicamento (*ex plurimis*, sentenze n. 7 del 2013, n. 31 del 2012, n. 283 del 1999, n. 303 del 1996, n. 148 del 1992 e n. 11 del 1981).

Non si vede conseguentemente perché, davanti all'azione di cui all'art. 263 cod. civ., fatta salva quella proposta dallo stesso figlio, il giudice non debba valutare: se l'interesse a far valere la verità di chi la solleva prevalga su quello del minore; se tale azione sia davvero idonea a realizzarlo (come è nel caso dell'art. 264 cod. civ.); se l'interesse alla verità abbia anche natura pubblica (ad esempio perché relativa a pratiche vietate dalla legge, quale è la maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane) ed imponga di tutelare l'interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità.

Vi sono casi nei quali la valutazione comparativa tra gli interessi è fatta direttamente dalla legge, come accade con il divieto di disconoscimento a seguito di fecondazione eterologa. In altri il legislatore impone, all'opposto, l'imprescindibile presa d'atto della verità con divieti come quello della maternità surrogata. Ma l'interesse del minore non è per questo cancellato.

La valutazione del giudice è presente, del resto, nello stesso procedimento previsto dall'art. 264 cod. civ., volto alla nomina del curatore speciale del figlio minore, laddove l'azione di contestazione dello status sia esercitata nel suo interesse. È anche in questa sede, infatti, che il legislatore – sia pure con i limiti derivanti dalla natura camerale del procedimento – ha affidato al giudice specializzato il compito di valutare, ancor prima dell'instaurazione dell'azione, l'interesse del minore all'assunzione di tale iniziativa giudiziale.

4.3.– Se dunque non è costituzionalmente ammissibile che l'esigenza di verità della filiazione si imponga in modo automatico sull'interesse del minore, va parimenti escluso che bilanciare quell'esigenza con tale interesse comporti l'automatica cancellazione dell'una in nome dell'altro.

Tale bilanciamento comporta, viceversa, un giudizio comparativo tra gli interessi sottesi all'accertamento della verità dello status e le conseguenze che da tale accertamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore.

Si è già visto come la regola di giudizio che il giudice è tenuto ad applicare in questi casi debba tenere conto di variabili molto più complesse della rigida alternativa vero o falso. Tra queste, oltre alla durata del rapporto instauratosi col minore e quindi alla condizione identitaria già da esso acquisita, non possono non assumere oggi particolare rilevanza, da un lato le modalità del concepimento e della gestazione e, dall'altro, la presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato, che, pur diverso da quello derivante dal riconoscimento, quale è l'adozione in casi particolari, garantisca al minore una adeguata tutela.

Si tratta, dunque, di una valutazione comparativa della quale, nel silenzio della legge, fa parte necessariamente la considerazione dell'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale.

Per Questi Motivi
LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 del codice civile, sollevata dalla Corte d'appello di Milano, in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Corte costituzionale, Sentenza 25 maggio 2018, n. 107

Legge della regione Veneto: iscrizione agli asili nido pubblici assumendo quale titolo preferenziale la residenza ininterrotta (o l'attività lavorativa, anche non continuativa) per quindici anni nella regione – Asserita illegittimità costituzionale: violazione dell'art. 3 Cost.; contrasto con la vocazione sociale degli asili nido; lesione della libertà di circolazione; carattere sproporzionato della durata della residenza richiesta – Fondatezza della questione.

[Omissis]

Considerato in diritto

1.– Il Presidente del Consiglio dei ministri censura l'art. 1, comma 1, della legge della Regione Veneto 21 febbraio 2017, n. 6 (Modifiche ed integrazioni alla legge regionale 23 aprile 1990, n. 32, «Disciplina degli interventi regionali per i servizi educativi alla prima infanzia: asili nido e servizi innovativi»), nella parte in cui modifica l'art. 8, comma 4, della legge reg. Veneto 23 aprile 1990, n. 32 (Disciplina degli interventi regionali per i servizi educativi alla prima infanzia: asili nido e servizi innovativi), introducendovi la lettera b).

Per effetto della disposizione impugnata, l'art. 8, comma 4, della legge reg. Veneto n. 32 del 1990 dispone quanto segue: «4. Hanno titolo di precedenza per l'ammissione all'asilo nido nel seguente ordine di priorità: a) i bambini portatori di disabilità; b) i figli di genitori residenti in Veneto anche in modo non continuativo da almeno quindici anni o che prestino attività lavorativa in Veneto ininterrottamente da almeno quindici anni, compresi eventuali periodi intermedi di cassa integrazione, o di mobilità o di disoccupazione».

Il ricorrente ritiene che il criterio di precedenza fissato alla lettera b) sia incostituzionale per violazione delle seguenti norme: a) art. 3 della Costituzione, con riferimento sia al principio di uguaglianza sia a quello di ragionevolezza; b) art. 31, secondo comma, Cost., in quanto la norma censurata frustrerebbe il valore costituzionale della tutela dell'infanzia; c) artt. 16 e 120, primo comma, Cost., in quanto la norma impugnata ostacolerebbe la libertà di circolazione; d) art. 117, primo comma, Cost., in quanto la norma censurata violerebbe l'art. 21 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, ratificato dalla legge 2 agosto 2008, n. 137, in materia di libertà di circolazione; l'art. 24 della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri; l'art. 11, paragrafo 1, lettere d) e f), della direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo.

2.– Prima di esaminare le questioni di costituzionalità sollevate nel ricorso, è opportuno definire l'esatto significato della disposizione impugnata.

In primo luogo, si deve osservare che l'interpretazione proposta dalla Regione nella

memoria integrativa non risulta coerente con la portata della disposizione impugnata. Questa non prevede un criterio meramente sussidiario, destinato a operare per i soggetti che si trovino a parità di punti, ma fissa un «titolo di precedenza» che prevale sui criteri fissati dai singoli comuni. Ciò risulta dalla formulazione della disposizione, che non accenna al presunto carattere sussidiario del criterio, e dall'accostamento al titolo di precedenza rappresentato dalla disabilità, che certamente opera in via prevalente e non sussidiaria; trova inoltre conferma nei lavori preparatori della legge, che sono coerenti con l'interpretazione sostenuta dalla Regione nella memoria di costituzione e non offrono alcuno spunto a sostegno dell'interpretazione adeguatrice prospettata nella memoria integrativa.

Il titolo di precedenza previsto dalla norma impugnata opera a favore del complesso dei bambini figli di genitori radicati in Veneto da lungo tempo. Il periodo di quindici anni deve essere calcolato con riferimento a ciascun genitore considerato separatamente, e non alla coppia, e il termine «genitori» è da intendere in modo conforme alla lettera, cioè nel senso che la precedenza non spetta a chi ha due genitori di cui uno solo radicato da lungo tempo in Veneto. Un'interpretazione estensiva si giustificherebbe qualora la lettera della disposizione non esprimesse in modo sufficiente la sua ratio, ma non è questo il caso, dal momento che la ratio della disposizione converge con la sua lettera nel privilegiare le coppie (da lungo tempo) venete. Pur non avendo valore decisivo, i lavori preparatori confermano l'interpretazione letterale, visto che da essi emerge che lo scopo era quello di favorire le giovani coppie venete e le famiglie in cui entrambi i genitori lavorano. L'estensione della precedenza alle famiglie in cui un solo genitore è radicato in Veneto da più di quindici anni amplierebbe i beneficiari del titolo di precedenza, vanificando l'obiettivo del legislatore.

Occorre precisare, peraltro, che, se la disposizione impugnata non intende privilegiare le famiglie in cui un genitore su due possiede i requisiti, ad essa non si può attribuire l'intento di discriminare i bambini orfani (o comunque privi) di un genitore o di entrambi, sicché in base ad essa, nei casi in cui la responsabilità genitoriale è esercitata da una sola persona radicata in Veneto da lungo tempo, il titolo di precedenza spetta.

Da ultimo, è opportuno rilevare che la norma impugnata, benché non disciplini un requisito di accesso, fissa un titolo di precedenza a favore di un'ampia categoria di persone e produce così effetti sostanzialmente escludenti dei soggetti non radicati in Veneto da almeno quindici anni (data la notoria scarsità di asili nido pubblici), essendo dunque paragonabile alle norme che considerano la residenza prolungata come requisito di accesso.

3.– La questione relativa all'art. 3 Cost. è fondata.

Per vagliare la ragionevolezza del titolo di precedenza fissato dalla norma impugnata, è preliminarmente necessario soffermarsi sulla funzione degli asili nido.

La legge 6 dicembre 1971, n. 1044 (Piano quinquennale per l'Istituzione di asili-nido comunali con il concorso dello Stato), ha istituito gli asili nido come «servizio sociale di interesse pubblico» (art. 1, primo comma). All'epoca il servizio era incentrato maggiormente sui bisogni dei genitori, avendo soprattutto il fine di facilitare l'accesso della donna al lavoro (art. 1, secondo comma).

L'art. 6 della legge n. 1044 del 1971 affidava alle regioni il compito di fissare, «con proprie norme legislative, […] i criteri generali per la costruzione, la gestione e il controllo degli asili-nido». Le leggi regionali adottate in sua attuazione hanno attribuito una funzione educativa agli asili nido, nella cui disciplina ha dunque assunto peso crescente l'interesse del bambino. Ciò è attestato, ad esempio, dalla citata legge reg. Veneto n. 32 del 1990 (modificata dalla legge impugnata), che definisce gli asili nido

«attività educativo-assistenziale» (art. 1) e nella quale, anzi, è il bambino il destinatario principale del servizio degli asili nido («L'asilo nido è un servizio di interesse pubblico rivolto alla prima infanzia e ha finalità di assistenza, di socializzazione e di educazione nel quadro di una politica di tutela dei diritti dell'infanzia», art. 5, comma 1).

La doppia valenza degli asili nido (sociale ed educativa) si conferma nella successiva legislazione statale: da un lato, la legge 8 novembre 2000, n. 328 (Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali), dedica l'art. 16 alla «[v]alorizzazione e sostegno delle responsabilità familiari» e dispone, all'art. 22, comma 2, che «gli interventi di seguito indicati costituiscono il livello essenziale delle prestazioni sociali […] d) misure per il sostegno delle responsabilità familiari, ai sensi dell'articolo 16, per favorire l'armonizzazione del tempo di lavoro e di cura familiare […]» (il decreto del Presidente della Repubblica 3 maggio 2001, recante «Piano nazionale degli interventi e dei servizi sociali 2001-2003», considera il sostegno delle responsabilità familiari come il primo fra gli obiettivi prioritari e tratta degli asili nido nel punto 1.2); dall'altro, l'art. 70 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2002)», definisce gli asili nido «strutture dirette a garantire la formazione e la socializzazione delle bambine e dei bambini di età compresa tra i tre mesi ed i tre anni ed a sostenere le famiglie ed i genitori», e la legge 13 luglio 2015, n. 107 (Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti), prevede l'«istituzione del sistema integrato di educazione e di istruzione dalla nascita fino a sei anni, costituito dai servizi educativi per l'infanzia e dalle scuole dell'infanzia, al fine di garantire ai bambini e alle bambine pari opportunità di educazione, istruzione, cura, relazione e gioco, superando disuguaglianze e barriere territoriali, economiche, etniche e culturali, nonché ai fini della conciliazione tra tempi di vita, di cura e di lavoro dei genitori» (art. 1, comma 181, lettera e), comprendendo in particolare i «servizi educativi per l'infanzia» gli asili nido (art. 2, comma 3, lettera a del decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 65, recante «Istituzione del sistema integrato di educazione e di istruzione dalla nascita sino a sei anni, a norma dell'articolo 1, commi 180 e 181, lettera e, della legge 13 luglio 2015, n. 107»). La doppia valenza degli asili nido emerge anche nella legge 27 dicembre 2006, n. 296, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007)» (art. 1, comma 1259), e nella legge 24 dicembre 2007, n. 244, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008)» (art. 2, commi 458 e 460), che, con riferimento agli asili nido, parlano di servizi socio-educativi.

In definitiva, gli asili nido hanno una funzione educativa, a vantaggio dei bambini, e una funzione socio-assistenziale, a vantaggio dei genitori che non hanno i mezzi economici per pagare l'asilo nido privato o una baby-sitter; dalla disciplina legislativa emerge soprattutto l'intento di favorire l'accesso delle donne al lavoro, finalità che ha specifica rilevanza costituzionale, garantendo espressamente la Costituzione la possibilità per la donna di conciliare il lavoro con la «funzione familiare» (art. 37, primo comma, Cost.).

3.1.– Chiarita la funzione del servizio degli asili nido, è opportuno ricordare che questa Corte ha affermato «il principio che "se al legislatore, sia statale che regionale (e provinciale), è consentito introdurre una disciplina differenziata per l'accesso alle prestazioni assistenziali al fine di conciliare la massima fruibilità dei benefici previsti con la limitatezza delle risorse finanziarie disponibili" (sentenza n. 133 del 2013), tuttavia "la legittimità di una simile scelta non esclude che i canoni selettivi adottati debbano comunque rispondere al principio di ragionevolezza" (sentenza n. 133 del 2013) e che,

quindi, debbano essere in ogni caso coerenti ed adeguati a fronteggiare le situazioni di bisogno o di disagio, riferibili direttamente alla persona in quanto tale, che costituiscono il presupposto principale di fruibilità delle provvidenze in questione (sentenza n. 40 del 2011)"» (sentenza n. 168 del 2014). Ha inoltre affermato che «l'introduzione di regimi differenziati è consentita solo in presenza di una causa normativa non palesemente irrazionale o arbitraria, che sia cioè giustificata da una ragionevole correlazione tra la condizione cui è subordinata l'attribuzione del beneficio e gli altri peculiari requisiti che ne condizionano il riconoscimento e ne definiscono la ratio» (sentenza n. 172 del 2013).

Con particolare riferimento al requisito della residenza protratta, questa Corte ha anche osservato che, «mentre la residenza costituisce, rispetto a una provvidenza regionale, "un criterio non irragionevole per l'attribuzione del beneficio" (sentenza n. 432 del 2005), non altrettanto può dirsi quanto alla residenza protratta per un predeterminato e significativo periodo minimo di tempo (nella specie, quinquennale). La previsione di un simile requisito, infatti, ove di carattere generale e dirimente, non risulta rispettosa dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza, in quanto "introduce nel tessuto normativo elementi di distinzione arbitrari", non essendovi alcuna ragionevole correlazione tra la durata prolungata della residenza e le situazioni di bisogno o di disagio, riferibili direttamente alla persona in quanto tale, che in linea astratta ben possono connotare la domanda di accesso al sistema di protezione sociale (sentenza n. 40 del 2011)» (sentenza n. 222 del 2013).

3.2.– Tenuto conto di quanto esposto sopra sulla funzione degli asili nido e alla luce della giurisprudenza costituzionale appena rammentata, la norma impugnata risulta lesiva dell'art. 3 Cost.

La configurazione della residenza (o dell'occupazione) protratta come titolo di precedenza per l'accesso agli asili nido, anche per le famiglie economicamente deboli, si pone in frontale contrasto con la vocazione sociale di tali asili. Il relativo servizio risponde direttamente alla finalità di uguaglianza sostanziale fissata dall'art. 3, secondo comma, Cost., in quanto consente ai genitori (in particolare alle madri) privi di adeguati mezzi economici di svolgere un'attività lavorativa; il servizio, pertanto, elimina un ostacolo che limita l'uguaglianza sostanziale e la libertà dei genitori e impedisce il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione dei genitori stessi alla vita economica e sociale del Paese.

Per questa ragione, il servizio degli asili nido dovrebbe essere destinato primariamente alle famiglie in condizioni di disagio economico o sociale, come era previsto dall'art. 8, comma 4, della legge reg. Veneto n. 32 del 1990, nella sua previgente formulazione («Hanno titolo di precedenza all'ammissione i bambini menomati, disabili o in situazioni di rischio e di svantaggio sociale»), in coerenza con la disciplina statale, che sancisce il principio dell'accesso prioritario ai servizi sociali a favore dei soggetti in condizioni di difficoltà economico-sociale (art. 2, comma 3, della legge n. 328 del 2000). La norma impugnata, invece, prescinde totalmente dal fattore economico e, favorendo le persone radicate in Veneto da lungo tempo, adotta un criterio che contraddice anche lo scopo dei servizi sociali di garantire pari opportunità e di evitare discriminazioni (art. 1, comma 1, della legge n. 328 del 2000).

In definitiva, il titolo di precedenza previsto dalla norma impugnata è contrario sia alla funzione sociale degli asili nido sia alla vocazione "universalistica" dei servizi sociali.

Quanto alla funzione educativa degli asili nido, l'estraneità ad essa del "radicamento territoriale" risulta ugualmente evidente, e tanto più risulta tale nella norma impugnata che riferisce il requisito ai genitori e non ai beneficiari dell'attività educativa, essendo

ovviamente irragionevole ritenere che i figli di genitori radicati in Veneto da lungo tempo presentino un bisogno educativo maggiore degli altri.

3.3.– Quanto alla vocazione universalistica dei servizi sociali, a differenza del requisito della residenza tout court (che serve a identificare l'ente pubblico competente a erogare una certa prestazione ed è un requisito che ciascun soggetto può soddisfare in ogni momento), quello della residenza protratta integra una condizione che può precludere in concreto a un determinato soggetto l'accesso alle prestazioni pubbliche sia nella regione di attuale residenza sia in quella di provenienza (nella quale non è più residente). Le norme che introducono tale requisito vanno dunque vagliate con particolare attenzione, in quanto implicano il rischio di privare certi soggetti dell'accesso alle prestazioni pubbliche solo per il fatto di aver esercitato il proprio diritto di circolazione o di aver dovuto mutare regione di residenza.

L'argomento utilizzato dalla Regione Veneto a sostegno dell'infondatezza della questione (ossia che la norma impugnata darebbe la precedenza «a coloro che abbiano più a lungo contribuito alla realizzazione del contesto sociale ed economico pubblico da cui ha origine il sistema locale di assistenza alla prima infanzia») non convince. In primo luogo, nessuno dei due criteri utilizzati dalla norma impugnata (residenza prolungata in Veneto o occupazione prolungata in Veneto) assicura che i genitori abbiano pagato tributi in Veneto per un lungo periodo (la residenza può non essere coincisa con un periodo lavorativo e l'occupazione prolungata in Veneto non implica necessariamente la residenza in Veneto). L'argomento si presenta opinabile anche alla luce dell'effettivo assetto delle fonti di finanziamento degli asili nido, dato che le risorse necessarie per la costruzione degli edifici e lo svolgimento del servizio possono essere di origine non regionale (gli artt. 8 e 12 del citato d.lgs. n. 65 del 2017 prevedono finanziamenti statali, e la stessa legge reg. Veneto n. 32 del 1990 menziona «contributi statali» all'art. 32, comma 1), e che, per quanto riguarda le risorse provenienti dai bilanci dei comuni e delle regioni, si dovrebbe distinguere fra finanza "propria" e "derivata". E ciò senza contare che, sotto un profilo più generale, l'argomento del contributo pregresso tende inammissibilmente ad assegnare al dovere tributario finalità commutative, mentre esso è una manifestazione del dovere di solidarietà sociale, e che applicare un criterio di questo tipo alle prestazioni sociali è di per sé contraddittorio, perché porta a limitare l'accesso proprio di coloro che ne hanno più bisogno.

Si può osservare infine che chi si sposta in un'altra regione non ha contribuito al welfare di quella regione ma ha pagato i tributi nella regione di provenienza, e non è costituzionalmente ammissibile sfavorirlo nell'accesso ai servizi pubblici solo per aver esercitato il proprio diritto costituzionale di circolazione (o per essere stato trasferito o assegnato al Veneto per ragioni di lavoro o di altra natura).

In conclusione, poiché il titolo di precedenza previsto dalla norma impugnata non ha alcun collegamento con la funzione degli asili nido né può essere giustificato con l'argomento del contributo pregresso, il suo scopo, che si esaurisce nel riconoscere una preferenza nell'accesso agli asili nido pubblici alle persone radicate in Veneto da lungo tempo, è incompatibile con l'art. 3 Cost.

4.– Anche la questione relativa all'art. 117, primo comma, Cost. e all'art. 21 del TFUE è fondata.

L'art. 21, paragrafo 1, del TFUE dispone che «[o]gni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi».

In relazione ai requisiti di residenza prolungata, la Corte di giustizia dell'Unione

europea ha affermato che «[u]na siffatta normativa nazionale, che svantaggia taluni cittadini di uno Stato membro per il solo fatto che essi hanno esercitato la loro libertà di circolare e di soggiornare in un altro Stato membro, costituisce una restrizione alle libertà riconosciute dall'art. 21, n. 1, TFUE ad ogni cittadino dell'Unione», e che «[u] na simile restrizione può essere giustificata, con riferimento al diritto dell'Unione, solo se è basata su considerazioni oggettive indipendenti dalla cittadinanza delle persone interessate ed è proporzionata allo scopo legittimamente perseguito dal diritto nazionale» (sentenza 21 luglio 2011, in causa C-503/09, Stewart, punti 86 e 87; si vedano anche le sentenze 26 febbraio 2015, in causa C-359/13, B. Martens; 24 ottobre 2013, in causa C-220/12, Andreas Ingemar Thiele Meneses (punti 22-29); 15 marzo 2005, in causa C-209/03, The Queen, ex parte di Dany Bidar, punti 51-54; 23 marzo 2004, in causa C-138/02, Brian Francis Collins; 30 settembre 2003, in causa C-224/01, Gerhard Köbler).

La Corte di giustizia non esclude a priori l'ammissibilità di requisiti di residenza per l'accesso a prestazioni erogate dagli Stati membri, ma richiede che la norma persegua uno scopo legittimo, che sia proporzionata e che il criterio adottato non sia «troppo esclusivo», potendo sussistere altri elementi rivelatori del «nesso reale» tra il richiedente e lo Stato (si vedano le citate sentenze Stewart, punti 92 e 95, e Thiele Meneses, punto 36). La norma impugnata è difettosa già in relazione allo scopo perseguito (come visto nel punto precedente) ed è inoltre sicuramente sproporzionata quanto alla durata – eccezionalmente lunga: quindici anni – del legame richiesto. Il fatto che discrimini anche cittadini italiani (non radicati in Veneto da più di quindici anni) non è rilevante ai fini della conformità al diritto europeo (Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenze Thiele Meneses, punto 27; 16 gennaio 2003, in causa C-388/01, Commissione, punto 14; 6 giugno 2000, in causa C-281/98, Angonese, punto 41).

Questa Corte ha già censurato, per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., e dell'art. 21 TFUE, una norma che annoverava, fra i requisiti di accesso all'edilizia residenziale pubblica, la «residenza nella Regione da almeno otto anni, maturati anche non consecutivamente»: «la norma regionale in esame li pone [i cittadini dell'Unione europea] in una condizione di inevitabile svantaggio in particolare rispetto alla comunità regionale, ma anche rispetto agli stessi cittadini italiani, che potrebbero più agevolmente maturare gli otto anni di residenza in maniera non consecutiva, realizzando una discriminazione vietata dal diritto comunitario […], in particolare dall'art. 18 del TFUE, in quanto determina una compressione ingiustificata della loro libertà di circolazione e soggiorno, garantita dall'art. 21 del TFUE» (sentenza n. 168 del 2014; si vedano anche le sentenze n. 190 del 2014 e n. 264 del 2013).

4.1.– Possono considerarsi assorbite le altre questioni sollevate con riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., con cui si lamenta la violazione dell'art. 24 della citata direttiva 2004/38/CE e dell'art. 11, paragrafo 1, lettere d) e f), della citata direttiva 2003/109/CE.

5.– La questione relativa all'art. 120, primo comma, Cost. è anch'essa fondata.

Occorre premettere che la questione concernente l'art. 16 Cost. è da ritenere ricompresa in quella riguardante l'art. 120, primo comma, Cost., che risulta il parametro più pertinente con riferimento al caso di specie («La Regione non può istituire dazi di importazione o esportazione o transito tra le Regioni, né adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni, né limitare l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale»).

La norma impugnata, non incidendo in modo immediato sul diritto di circolazione e di svolgere l'attività lavorativa, non viola direttamente i divieti posti dall'art. 120,

primo comma, Cost. Essa pone tuttavia un ostacolo all'esercizio dei diritti ivi previsti, per le stesse ragioni illustrate con riferimento all'art. 21 TFUE. È evidente, infatti, che un genitore che deve trasferirsi in Veneto per ragioni di lavoro può trovarsi in difficoltà a compiere il trasferimento se non ha i mezzi sufficienti per pagare un asilo nido privato, visto che la norma impugnata lo esclude di fatto dagli asili nido pubblici.

Il divieto di cui all'art. 120, primo comma, Cost. è idoneo a colpire quelle discipline che limitano, anche solo in via di fatto, i diritti da esso menzionati, come si può ricavare sia dalla lettera della disposizione costituzionale («in qualsiasi modo»), sia dal suo collegamento con l'art. 3, secondo comma, Cost., che "codifica" il nesso tra libertà e condizioni materiali della libertà, sia ancora dalla giurisprudenza europea che, come visto, ha ravvisato un limite alla libertà di circolazione in certe discipline limitative dell'accesso a prestazioni pubbliche.

Così definita la portata del divieto fissato all'art. 120, primo comma, Cost., occorre verificare se la limitazione prevista dalla norma impugnata sia costituzionalmente tollerabile, stante che il divieto stesso non va inteso in modo "assoluto", dovendosi invece vagliare la ragionevolezza delle leggi regionali che limitano i diritti con esso garantiti. Questa Corte ha individuato a tale fine i seguenti criteri: «occorre esaminare: a) se si sia in presenza di un valore costituzionale in relazione al quale possano essere posti limiti alla libera circolazione delle cose o degli animali; b) se, nell'ambito del suddetto potere di limitazione, la regione possegga una competenza che la legittimi a stabilire una disciplina differenziata a tutela di interessi costituzionalmente affidati alla sua cura; c) se il provvedimento adottato in attuazione del valore suindicato e nell'esercizio della predetta competenza sia stato emanato nel rispetto dei requisiti di legge e abbia un contenuto dispositivo ragionevolmente commisurato al raggiungimento delle finalità giustificative dell'intervento limitativo della regione, così da non costituire in concreto un ostacolo arbitrario alla libera circolazione delle cose fra regione e regione» (sentenza n. 51 del 1991).

La norma impugnata è inidonea a superare il primo e il terzo passaggio del test, dal momento che, come visto sopra (punto 3), essa non persegue un interesse pubblico meritevole, mirando solo a dare precedenza alle persone radicate in Veneto da lungo tempo (in violazione dell'art. 3 Cost., come visto), e che la durata richiesta (della residenza o dell'occupazione), se può considerarsi proporzionata a tale illegittimo obiettivo, certamente non lo è a quello di garantire un legame tra il richiedente e la Regione.

6.– È fondata infine anche la questione riferita all'art. 31, secondo comma, Cost., in base a cui la Repubblica «[p]rotegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo». La norma impugnata fissa un titolo di precedenza che tradisce il senso dell'art. 31, secondo comma, Cost.: essa, cioè, non incide sul quantum e sul quomodo del servizio degli asili nido ma ne distorce la funzione, indirizzandolo non allo scopo di tutelare le famiglie che ne hanno bisogno ma a quello di privilegiare chi è radicato in Veneto da lungo tempo. La norma impugnata, dunque, persegue un fine opposto a quello della tutela dell'infanzia, perché crea le condizioni per privare del tutto una categoria di bambini del servizio educativo dell'asilo nido.

Per Questi Motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge della Regione Veneto 21 febbraio 2017, n. 6 (Modifiche ed integrazioni alla legge regionale 23 aprile 1990, n. 32, «Disciplina degli interventi regionali per i servizi educativi alla prima infanzia: asili nido e servizi innovativi»), nella parte in cui modifica l'art. 8, comma 4, della legge della Regione Veneto 23 aprile 1990, n. 32 (Disciplina degli interventi regionali per i servizi educativi alla prima infanzia: asili nido e servizi innovativi), introducendovi la lettera b).

Presentazione

La rubrica dedicata alla giurisprudenza e legislazione internazionale ha raccolto anche in questo numero i documenti recenti più interessanti e che maggiormente abbiano destato clamore, nonché le sentenze più indicative delle fasi evolutive dei differenti orientamenti giurisprudenziali.

In merito alla laicità dello Stato, ecco sentenze francesi sulla valenza religiosa d'una barba, sulla necessità d'aver interiorizzato i principî d'*égalité* e *laïcité* e di metterli in pratica, sui *menus* sostitutivi nelle mense scolastiche, sulle fabbricerie in Alsazia-Lorena, nonché la recente legge polacca sulla chiusura domenicale dei negozî, che ha però molte eccezioni, poi sentenze statunitensi sull'appartenenza confessionale come causa di licenziamento o di ricusazione, sull'uso di fondi pubblici per la manutenzione di edifici di culto storici, e sentenze brasiliane sull'insegnamento della religione nelle scuole pubbliche.

Sulla Chiesa cattolica, abbiamo sentenze francesi sull'appropriazione non indebita di fondi parrocchiali, sulla non scindibilità d'una chiesa fra interno ed esterno, sulla rilevanza anche pubblico-istituzionale dei sacramenti in un Paese ove il Cattolicesimo sia religione di Stato, sul valore simbolico costituzionalmente rilevante d'una chiesa anche di notte.

Sull'Ebraismo, sentenze tedesche sulla libertà religiosa applicata agli appartamenti in affitto, canadesi sul lavoro di sabato, inglesi sulla non licenziabilità per insufficiente ebraicità, scozzesi sui limiti alla libertà d'espressione, statunitensi sui problemi matrimoniali.

Sull'Islam, tedesche sull'insegnamento dell'Islam nelle scuole, inglesi sulle scuole private islamiche con classi separate, indiane sull'inammissibilità del ripudio istantaneo, francesi sulla *laïcité* come ordine pubblico.

Sui Sikh, sentenze tedesche sulle motociclette.

Sulla libertà religiosa, sentenze tedesche sulla Chiesa dello Spaghetto Volante Miracoloso, francesi sulla *laïcité* anche delle pause, irlandesi su Facebook, sentenze indiane sull'insindacabilità dello jus poenitendi e sui matrimoni inter-religiosi ed inter-casta, ed infine canadesi sulle divinità che non hanno bisogno d'essere protette dallo Stato, sulla poligamia, e sulla rilevanza di Santa Claus e del Coniglio pasquale per le famiglie affidatarie.

Laicità dello Stato

FRANCIA

I) CAA Versailles, IVème chambre, n. 15VE03582, del 19 dicembre 2017.

http://versailles.cour-administrative-appel.fr/

Anche una barba troppo lunga può essere un simbolo religioso, ed è quindi inammissibile per un dipendente pubblico.

Come stagista nel reparto di chirurgia generale, in base ad una convenzione universitario-ospedaliera franco-egiziana, giunge in un ospedale francese un medico egiziano; subito dopo il suo arrivo, però, la direzione dell'ospedale gli chiede di tagliarsi l'imponente barba, perché potrebbe essere vista come simbolo religioso; la richiesta viene reiterata varie volte, ma sempre rifiutata, sicché la direzione ospedaliera rescinde anzitempo il rapporto di collaborazione con il suddetto stagista, che presenta ricorso contro questa delibera, sostenendo *in primis* che, pur essendo egli effettivamente musulmano, in nessun modo una barba possa essere considerata un simbolo religioso, e, *in secundis*, che il suo allontanamento sarebbe viziato da violazione della libertà religiosa.

La CAA di Versailles gli dà torto, affermando che l'ambiente multiculturale dell'ospedale rendeva l'applicazione del principio di *laïcité* particolarmente importante, sicché è pienamente legittima la richiesta rivoltagli di tagliarsi una barba che è oggettivamente tale da essere vista come simbolo religioso, benché ad essa non si sia accompagnato nessun atto di proselitismo, e, disattesa questa richiesta, è pienamente legittima come misura disciplinare l'interruzione anticipata dello stage.

II) CAA di Nantes, Vème chambre, n. 16nt03197, del 29 gennajo 2018.

http://nantes.cour-administrative-appel.fr/

Per ottenere la cittadinanza francese non è sufficiente non respingere i principî costituzionali, compresa la *laïcité,* è necessario abbracciarli convintamente.

Un richiedente cittadinanza francese nel corso del colloquio individuale previsto dall'iter procedurale aveva affermato di conoscere ed aver intenzione di rispettare le leggi francesi al riguardo, ma, essendo musulmano, di non essere d'accordo con l'idea che la *laïcité* sia il sistema migliore dei rapporti fra Stato e confessioni religiose, né che la poligamia e la subordinazione della donna all'uomo siano idee sbagliate; vistasi rifiutata la cittadinanza, fa ricorso.

Il ricorso viene respinto perché per acquisire la cittadinanza francese non è sufficiente conoscere nozionisticamente i principî di *laïcité* e di *égalité* che sono alla base della Costituzione francese, ma è necessario aderire convintamente ad essi.

III) Tribunal Administratif di Digione, n. 1502100/1502726, del 28 agosto 2017.

http://dijon.tribunal-administratif.fr/

Una mensa scolastica che prevede menu sostitutivi per gli scolari islamici non viola la *laïcité*.

Il nuovo consiglio comunale d'una città decide, con motivazioni di risparmio economico, d'eliminare dalle mense scolastiche il 'doppio menu', cioè il menu sostitutivo previsto quando il menu 'ordinario' avesse pietanze contenenti carne di majale, introdotto dal 1984 per venir incontro alle esigenze della crescente popolazione studentesca di religione islamica.

La delibera viene impugnata per violazione della libertà religiosa.

Il Tribunale amministrativo respinge le tesi del Comune: è vero che, come dice quest'ultimo, il servizio di mensa scolastica abbia un carattere facoltativo, e che nessun accordo, nessuna convenzione, nessuna disposizione costituzionale, legislativa o regolamentare preveda l'obbligo di proporre anche un menu sostitutivo senza carne di majale; d'altro canto, a partire dal 1984, le mense scolastiche hanno sempre proposto un menu sostitutivo quando quello ordinario prevedeva carne di majale, e tale scelta ha permesso di accogliere, nel rispetto della libertà religiosa degli scolari e dei loro genitori, tutte le esigenze d'ordine religioso o culturale, e, soprattutto, non viola la *laïcité* della Pubblica Amministrazione, dato che il menu sostitutivo senza carne di majale non è riservato ai soli scolari islamici, ma può essere scelto da tutti, così come anche uno scolaro islamico potrebbe scegliere, volendo, il menu con la carne di majale. La mensa scolastica non impone regole alimentari d'origine religiosa a nessuno, ma invece cerca di rispondere efficacemente alla multiculturalità della società francese.

IV) Conseil d'État, IIème-VIème chambres réunies, n. 412462, dell'11 aprile 2018.

http://www.conseil-etat.fr/

L'acquisizione della nazionalità francese richiede un'accettazione dei valori costituzionali, compresa la *laïcité*, non solo pro forma, bensì che sia effettiva e si traduca in gesti concreti. Una donna algerina aveva sposato un francese, ed aveva in seguito fatto domanda per ottenere la cittadinanza francese: nel corso della cerimonia di benvenuto, in Prefettura, la donna s'era però rifiutata di stringere la mano al segretario generale della Prefettura e ad un eletto locale, giustificando il gesto con motivazioni religiose, sicché il Primo Ministro, con decreto 20 aprile 2017, si è opposto alla concessione della cittadinanza francese per mancanza d'assimilazione alla comunità francese. La donna presenta ricorso, ma il Consiglio di Stato le dà torto, perché condivide l'idea che aver rifiutato di stringere la mano a due uomini rappresentanti le istituzioni indichi una mancata accettazione del principio costituzionale di *laïcité*.

V) CAA di Nancy, IVème chambre, n. 16NC00485, del 20 febbrajo 2018.

http://nancy.cour-administrative-appel.fr

Ex art. 76 della Convenzione del 26 messidoro anno IX per il culto cattolico, resa esecutiva dalla legge 18 germinale anno X, che continua a regolare i culti in Alsazia e Lorena (Dipartimenti dell'Haut-Rhin, del Bas-Rhin e della Mosella), i lavori di manutenzione delle chiese spettano alle relative fabbricerie, previste dal decreto 30 dicembre 1809, il cui art. 92 expressis verbis le rende responsabili anche per le assicurazioni su beni e persone e per i rischi connessi alla responsabilità civile: se però avessero risorse economiche insufficienti, e solo in questo caso, le relative spese saranno a carico del municipio. Fabbriceria e comune non sono quindi obbligate in solido, ed una richiesta di risarcimento danni va presentata *in primis* alla fabbriceria, che è tenuta a pagare con fondi proprî, senza potersi rivalere sul comune, che potrà intervenire solo se e quando la fabbriceria avesse terminato i fondi.

POLONIA

VI) Legge per la limitazione delle attività commerciali di domenica e nei giorni festivi, del 10 gennaio 2018.

http://dziennikustaw.gov.pl/DU/2018/305

Titolo 1. Norme generali

Art. 1.

§ 1. La legge stabilisce le norme per la limitazione delle attività commerciali di domenica, nei giorni festivi, il 24 dicembre ed il sabato prima di Pasqua.

§ 2. Questa legge si applica agli imprenditori ex l. 2 luglio 2004 sulle attività economiche e commerciali (v. DU, 2017, nn. 2168, 2290, 2486, e DU, 2018, n. 107).

Art. 2.

Per quanto non previsto dalla presente legge, sul lavoro dipendente nelle attività commerciali si applica la legge 26 giugno 1974 (Codice del lavoro), v. DU 2018, nn. 108, 4, 138 e 305.

Art. 3.

Definizioni usate in questa legge:

1) luogo di commercio, è un luogo in cui si pratica il commercio e vengono svolte attività ad esso correlate, come (elenco non esaustivo): negozio, stand in fiera, stalla, magazzino, deposito di carbone, depositi di materiali da costruzione, centro commerciale, ufficio postale, se vi operano dipendenti o collaboratori;

2) commercio, è la vendita, lo scambio di merci con denaro;

3) attività correlate al commercio, sono l'inventario o lo stoccaggio delle merci presenti nel luogo di commercio;

4) dipendente, è una persona che lavora nel luogo di commercio sulla base di un rapporto di lavoro subordinato, a tempo determinato o indeterminato, secondo le norme della legge 26 giugno 1974 (Codice del lavoro);

5) collaboratore, è una persona che lavora nel luogo di commercio sulla base non di un rapporto di lavoro subordinato ma di un contratto di diritto civile;

6) vacanze, sono i giorni elencati nell'art. 1, §1, legge 18 gennajo 1951 (DU 2015, n. 90);

7) praticare il commercio e svolgere attività ad esso correlate, significa svolgere le attività di cui ai nn. 2) e 3) di questo comma di domenica e nei giorni festivi, e più precisamente dalle ore 24 del sabato alle ore 24 della domenica, e dalle ore 24 del giorno precedente il giorno festivo alle ore 24 del giorno festivo;

8) distributori di carburante, sono i luoghi commerciali dove si vendono i combustibili liquidi, e la vendita di prodotti petroliferi è fatta sulla base della legge 10 aprile 1997, legge sull'energia (DU 2017, n. 220).

Art. 4.

Anche svolgere le attività di cui all'art. 3, commi 2 e 3, a titolo gratuito è vietato la domenica, nei giorni festivi, il 24 dicembre ed il sabato prima di Pasqua.

Titolo 2. Limitazioni delle attività commerciali e connesse di domenica e nei giorni festivi.

Art. 5.

Di domenica e nei giorni festivi sono vietate le attività di cui all'art. 3, commi 2 e 3, sia se svolte dal titolare dell'attività commerciale, sia se affidate a dipendenti o collaboratori.

Art. 6.

§ 1. Il divieto di cui all'art. 5 non si applica:

1) ai distributori di carburante,

2) agli esercizi commerciali la cui attività prevalente sia il commercio di fiori,

3) alle farmacie,

4) alle strutture medico-veterinarie,

5) agli esercizi commerciali la cui attività prevalente sia il commercio di souvenir per turisti od oggetti devozionali,

6) agli esercizi commerciali la cui attività prevalente sia la vendita dei biglietti per i mezzi del trasporto pubblico, sigarette e tabacchi in generale, biglietti della lotteria, locali per scommesse,

7) agli uffici postali, ex l. 23 novembre 2012, legge sulle Poste (DU 2017, n. 1481, e DU 2018, nn. 106 e 138)

8) agli esercizi commerciali delle infrastrutture di crisi, ex l. 26 aprile 2007 (DU 2017, nn. 209 e 1566),

9) agli esercizi commerciali interni degli alberghi,

10) agli esercizi commerciali delle strutture sportive, museali, culturali,

11) agli esercizi commerciali temporanei allestiti per fiere, esposizioni, convegni

12) agli esercizi commerciali interni degli ospedali e delle altre strutture medico-sanitarie,

13) agli esercizi commerciali delle stazioni, ex l. 16 dicembre 2010, legge sul trasporto pubblico (DU 2017, nn. 2136 e 2371), dei porti e dei porti turistici, ex l. 20 dicembre 1996 sui porti e sui porti turistici (DU 2017, n. 1933) e l. 21 dicembre 2000, legge sulla navigazione interna (DU 2017, n. 2128),

14) agli esercizi commerciali di vendita del pesce fresco,

15) agli esercizi commerciali degli aeroporti, ex l. 3 luglio 2002, legge sul trasporto aereo (DU 2017, nn. 969 e 1089, e DU 2018, n. 138),

16) agli esercizi commerciali delle zone libere,

17) agli esercizi commerciali sui mezzi di trasporto, navi, aerei, piattaforme petrolifere,

18) agli esercizi commerciali nelle carceri,

19) agli esercizi commerciali all'interno di strutture militari,

20) agli esercizi commerciali online,

21) ai distributori automatici,

22) agli esercizi commerciali la cui attività prevalente sia il commercio di prodotti agricoli ex l. 25 agosto 2006, legge sulla sicurezza alimentare, (DU 2017, nn. 149 e 60),

23) ai grossisti di farmaci,

24) limitatamente al periodo fra il I giugno ed il 30 settembre, agli esercizi commerciali di macchine agricole e relativi pezzi di ricambio,

25) agli esercizi commerciali di fiori e candele per i cimiteri,

26) alle imprese di pompe funebri,

27) ai piccoli esercizi commerciali unipersonali,

28) alle panetterie, pasticcerie e gelaterie,

29) ai ristoranti,
30) agli esercizi commerciali di vendita all'ingrosso di prodotti agroalimentari,
31) agli esercizi commerciali di acquisto all'ingrosso di prodotti agroalimentari,
32) agli esercizi commerciali al dettaglio di frutta e verdura.

§ 2. L'attività prevalente di cui al § 1 è quella indicata come prevalente nella domanda d'iscrizione al registro ufficiale nazionale delle attività commerciali, ex l. 29 giugno 1995, legge sulle statistiche pubbliche (DU 2016, n. 1068, e DU 2017, n. 60).

Art. 7.

§1. Il divieto ex art. 5 non si applica:
1) alle due domeniche precedenti Natale,
2) alla domenica precedente Pasqua,
3) all'ultima domenica di gennajo, aprile, giugno ed agosto.

§ 2. Se però in una delle domeniche di cui al n. 3 del § 1 cadesse un giorno festivo, allora il divieto ex art. 5 si applica.

Titolo 3. Limitazioni delle attività commerciali e connesse il 24 dicembre e il sabato prima di Pasqua.

Art. 8.

§ 1. Il 24 dicembre e il sabato immediatamente precedente il primo giorno di Pasqua, a partire dalle 14, salvo i casi ex art. 6, è vietato:
1) svolgere attività commerciali,
2) farle svolgere a dipendenti o collaboratori.

§ 2. Se il 24 dicembre cadesse di domenica, la disposizione del paragrafo 1 si applica egualmente.

Art. 9.

§ 1. Il dipendente conserva il diritto alla remunerazione giornaliera piena anche per il 24 dicembre o il sabato prima di Pasqua.

§2. Questa remunerazione è calcolata come giorno di ferie retribuito.

Titolo 4. Disposizioni sanzionatorie

Art. 10.

§1. Chi viola il divieto di svolgere attività commerciale o connesse di domenica o nei giorni festivi, è punito con una multa da 1000 PLN a 100.000 PLN [da 240 a 240.000 €, NdT].

§ 2. Alla stessa sanzione è sottoposto chi svolge attività commerciali o connesse dopo le ore 14 del 24 dicembre o del sabato prima di Pasqua.

Art. 11.

L'applicazione delle sanzioni ex art. 10 segue le norme della l. 24 agosto 2001 (DU 2016, n. 1713).

Capitolo 5
Modifiche alle norme vigenti e norme finali

[…]

Art. 18. Questa legge entrerà in vigore il I marzo 2018.

Il Presidente della Repubblica polacca: A. Duda

STATI UNITI

VII) Supreme Court of the State of Washington, affaire J.J. Sprague vs Spokane Valley Fire Department, n. 93800/8, del 25 gennajo 2018.

http://www.courts.wa.gov

La necessaria e doverosa neutralità verso la religione non può diventare ostilità

Un vigile del fuoco usa la propria mail di servizio per comunicare e diffondere informazioni sulla locale associazione dei vigili del fuoco cristiani, di cui fa parte, e viene licenziato per aver violato la politica di neutralità religiosa dell'amministrazione dei vigili del fuoco.

Licenziamento impugnato per discriminazione antireligiosa.

La Corte Suprema dà ragione al vigile del fuoco licenziato, perché, *in primis*, non costituisce uso improprio della mail di servizio il fatto d'avvalersene per diffondere notizie su un'associazione di vigili del fuoco, come peraltro abitualmente fatto anche da altre associazioni similari, e, *in secundis*, neutralità dell'amministrazione dei vigili del fuoco non significa ostilità verso la religione.

VIII) Alabama Court of Civil Appeals, n. 2160563, del 28 luglio 2017.

http://judicial.alabama.gov/civil.cfm

La sola fede religiosa di un giudice non può essere valido motivo per ricusarlo.

Dopo alcuni anni di matrimonio ed un figlio, una donna s'era scoperta lesbica ed aveva chiesto il divorzio, andando nel frattempo a convivere con un'altra donna. La causa, che doveva decidere l'assegno di mantenimento e l'affido del figlio, era stata assegnata ad un giudice che la domenica faceva anche il predicatore nella sua chiesa, noto per essere estremamente religioso. La moglie divorzianda chiede allora la ricusazione, affermando di temere i pregiudizi religiosi del giudice nei suoi confronti. La Corte d'Appello respinge la richiesta, affermando che le convinzioni religiose d'un giudice non siano motivo valido per ricusarlo.

IX) New Jersey Supreme Court, affaire FFRF vs Morris County, n. 79277, del 18 aprile 2018.

https://www.njcourts.gov

Dal 2002 vengono usati fondi pubblici, 4,6 milioni di $ nel 2016, per la manutenzione di 12 edifici di culto, oggettivamente antichi, di varie confessioni religiose, classificati come 'edifici storici'. Nel 2015 viene presentato ricorso per violazione dell'art. 1, comma 3, della Costituzione del New Jersey: "No person shall be … obliged to pay

tithes, taxes, or other rates for building or repairing any church or churches, place or places of worship, or for the maintenance of any minister or ministry, contrary to what he believes to be right or has deliberately and voluntarily engaged to perform". La Corte accoglie il ricorso, affermando che un edificio di culto – per quanto antico sia - ancora in uso da parte della relativa confessione religiosa, e che non venga utilizzato anche per cerimonie istituzionali, non può essere considerato "monumento storico", e quindi l'uso di fondi pubblici per la correlata manutenzione costituisce non tutela del patrimonio storico dello Stato, bensì finanziamento alle confessioni religiose, e quindi è costituzionalmente vietato.

BRASILE

X) Supremo Tribunal Federal, n. 4439, del 27 settembre 2017.

http://www.stf.jus.br/

L'educazione religiosa nelle scuole pubbliche brasiliane, che è materia facoltativa, deve però essere di natura confessionale, cioè legata ad una specifica religione.

La laicità dello stato non implica la trascuratezza o l'emarginazione della religione nella vita della comunità, ma elimina la guida ed il controllo dello Stato rispetto alle proprie convinzioni, dato che lo Stato laico non incoraggia lo scetticismo, né la distruzione della religione, solo per consentire la coesistenza pacifica tra le diverse visioni del mondo, comprese quelle che implicano l'assenza di qualcosa al di là del piano fisico.

Allo stesso modo, lo Stato laico non può avere preferenze confessionali e non può interferire con le scelte religiose delle persone, nelle questioni confessionali, lo Stato brasiliano deve rimanere in una posizione di rigorosa neutralità assiologica al fine di preservare, a favore dei cittadini, l'integrità del diritto fondamentale alla libertà religiosa.

Per questo motivo l'insegnamento della religione nella scuola pubblica brasiliana è e resta una materia facoltativa, ma chi la sceglie ha il diritto di ricevere precisi insegnamenti dogmatici lato sensu della religione scelta, e non generici discorsi di storia o sociologia delle religioni.

Chiesa cattolica

FRANCIA

XI) Cour de Cassation, chambre criminelle, n. 16/83860, del 6 dicembre 2017.

https://www.courdecassation.fr/

Non commette appropriazione indebita il parroco che spendesse anche ingenti somme dei fondi parrocchiali per migliorie ed abbellimenti alla chiesa affidatagli, pur contro il parere del consiglio parrocchiale.

Un nuovo parroco, appena insediatosi, propone al consiglio parrocchiale per gli affari economici di fare alcuni lavori d'abbellimento della chiesa, l'acquisto d'un nuovo impianto d'amplificazione, di nuove statue per il presepe, per 60.000 euro, d'una statua di San Luigi, per 600 euro e d'un nuovo calice, per 3000 euro. Il consiglio parrocchiale per gli affari economici esprime parere contrario, dicendo che "sarebbe catastrofico spendere queste somme per statue del presepe e calici e lavori d'abbellimento della chiesa quando c'è gente che muore di fame", ma il parroco procede egualmente alle spese de quibus. Denunciato dall'associazione diocesana per appropriazione indebita, è condannato in primo grado ed in appello. La Cassazione ribalta la sentenza sulla base di due argomenti: *in primis*, il parroco ha conservato tutte le fatture e gli scontrini degli acquisti fatti, da cui risulta com'egli effettivamente non abbia speso nemmeno un euro per se stesso o per migliorie alla casa parrocchiale, ma abbia speso tutte le somme contestate per abbellimenti della chiesa, e siccome ciò rientra esattamente fra i compiti di un parroco, evidentemente non può essere colpevole d'appropriazione indebita, dato che non s'è appropriato nemmeno d'un centesimo; *in secundis*, è vero che abbia ignorato il parere del consiglio parrocchiale per gli affari economici, ma tale parere per le leggi dello Stato è assolutamente irrilevante: è certo previsto dal Codex iuris canonici, ma sulla base sia del principio costituzionale di *laïcité*, sia dell'articolo 1 della legge di Separazione del 9 dicembre 1905, quanto dice il diritto canonico è assolutamente irrilevante per i tribunali dello Stato.

XII) CAA di Douai, IIIème chambre, n. 16da00820, del 9 novembre 2017.

http://douai.cour-administrative-appel.fr/

Un monumento storico ha diritto d'essere interamente restaurato a carico dello Stato, anche se è una chiesa.

Nel 2014 ricorreva l'VIII centenario della vittoria francese nella battaglia di Bouvines, una battaglia senza dubbio importante per la storia della Francia e dell'Europa intera, dato che Filippo Augusto, Re di Francia, trionfò su Ottone IV, Imperatore del Sacro Romano Impero, che perse la corona a favore di Federico II di Svevia, e su Giovanni Senza Terra, Re d'Inghilterra, che perse la Normandia, il Maine, l'Angiò,

la Turenna e la Bretagna, dovette por fine alle ostilità militari contro la Francia, e per salvare il trono fu costretto ad accordare ai suoi baroni la Magna Charta.

Nella circostanza, come già nel 1914, furono programmati lavori pubblici di restauro, manutenzione ed abbellimento per tutta la zona della battaglia, sia nell'ottica delle celebrazioni ufficiali, sia per il turismo; fra questi stanziamenti, 360.000 euro vennero destinati al restauro della chiesa di Bouvines, peraltro monumento storico nazionale; la delibera comunale viene impugnata in quanto un finanziamento per restaurare una chiesa sarebbe violazione della legge di separazione, ma limitatamente alla parte interna: si sosteneva, cioè, che la sola parte esterna della chiesa fosse propriamente monumento storico nazionale, e potesse dunque beneficiare di fondi pubblici per il restauro, dai quali avrebbe invece dovutovenir esclusa la parte interna, essendo edificio di culto stricto sensu.

La Corte Amministrativa d'Appello rigetta questa tesi, affermando sia assurdo voler dividere fra parte esterna e parte interna, mentre invece un edificio monumento nazionale costituisce un tutt'uno, è per intero monumento nazionale, non è che questa certificazione amministrativa della sua grande rilevanza storica possa essere applicata alla sola parte esterna; d'altro canto, poi, il suo restauro con fondi pubblici non ha finalità religiose, e dunque è perfettamente lecito e rispettoso del principio costituzionale di *laïcité* e della legge del 1905.

XIII) Cour de Cassation, Ière chambre civile, n. 16/28741, del 21 marzo 2018.

https://www.courdecassation.fr/

Quando la celebrazione d'un sacramento può avere effetti rilevanti per la vita politico-istituzionale d'un Paese ove la religione cattolica è religione di Stato, il diritto alla privacy delle persone coinvolte, compreso un minore, passa in secondo piano rispetto al diritto all'informazione.

Nel caso d'un Paese ove la religione cattolica è la religione di Stato, il fatto che l'erede al trono celebri un matrimonio religioso con la propria compagna, e faccia battezzare il figlio già nato, facendolo così rientrare nella linea dinastica di successione al trono, è evento che attiene alla vita dello Stato e quindi è di interesse pubblico, perciò la pubblicazione della notizia e delle fotografie del matrimonio e del battesimo, benché non autorizzata, non costituisce violazione della privacy.

GERMANIA

XIV) VWG di Magonza, n. 1/k/577/17, dell'11 gennajo 2018.

https://vgmz.justiz.rlp.de

Il movimento giovanile d'un'organizzazione religiosa sudcoreana organizza un concerto con manifestazione pubblica a Magonza; pochi giorni prima, il responsabile dell'ufficio-sette della diocesi di Magonza, intervistato dal quotidiano locale, mette in guardia contro il pericolo di "manipolazioni mentali da parte di questa setta sudcoreana", e, intervistato dalla televisione pubblica del Land a seguito delle polemiche scatenate dalla sua prima dichiarazione, non le ritratta e anzi le ribadisce con forza. L'organizzazione religiosa sudcoreana presenta querela, che viene respinta, perché le parole contestate rientrano nella protezione della libertà religiosa: chi le ha pronunciate, infatti, non è né un pubblico ufficiale, tenuto quindi alla non discriminazione, né un privato cittadino, la cui libertà d'opinione incontra alcuni limiti regolati dalla legge, bensì un rappresentante d'una confessione religiosa, cioè la Chiesa cattolica nella sua articolazione territoriale della diocesi di Magonza, e non ha espresso un'opinione politica o denigrato i singoli appartenenti al movimento religioso sudcoreano, bensì ha espresso un'opinione in materia religiosa, cosa che peraltro la Chiesa cattolica è anche tenuta a fare perché ha il munus docendi, e quindi è protetto dalla libertà religiosa costituzionalmente garantita.

XV) OLG di Karlsruhe, n. 12/u/40/17, del 20 febbrajo 2018.

http://www.olg-karlsruhe.de

Una chiesa ed il suo campanile hanno un'illuminazione esterna notturna dal tramonto all'alba. Nel dicembre 2015 il vecchio impianto a faretti viene sostituito con un impianto a led, ma, mentre prima le luci dei faretti erano direzionalmente orientate e lasciavano quindi zone al bujo, ora quelle dei led illuminano a 360° gli appartamenti circostanti, i cui abitanti lamentano d'aver perduto la quiete dell'oscurità notturna, e chiedono che la parrocchia spenga di notte il proprio impianto d'illuminazione, dato che di notte la chiesa e campanile sono chiusi, collegando l'illuminazione all'orario delle campane, il cui funzionamento come segnale orario viene spento dalle 9 di sera sino alle 6 del mattino. La Corte di primo grado ed ora anche quella d'appello respingono l'istanza: i monumenti e gli edifici pubblici, municipio *in primis*, vengono illuminati di notte, pur essendo chiusi, perché sono un simbolo dello Stato, e lo stesso vale per la chiesa, che non è un edificio pubblico ma è simbolo d'un valore costituzionalmente protetto.

Ebraismo

GERMANIA

XVI) SG di Berlino, n. S/162/AS/14273/17/ER, del 17 novembre 2017.

https://www.berlin.de/gerichte/sozialgericht/

La libertà religiosa non comprende il diritto d'abitare il più vicino possibile all'edificio di culto.

Una famiglia ebrea Lubavitch di 5 persone si traferì da Israele a Berlino nel luglio 2017: essendo molto religiosi, affittarono un appartamento in pieno centro, vicino alla sinagoga che frequentavano, per 2200 euro al mese, e chiesero al centro per l'impiego il pagamento mensile dell'affitto, nell'ambito delle misure sociali previste dall'Hartz IV, mentre cercavano lavoro.

Il centro per l'impiego si rifiutò di pagare un affitto così alto, offrendo loro il contributo standard previsto in questi casi, tenuto anche conto del numero dei componenti della famiglia, ossia 1000 euro mensili d'affitto.

La famiglia ebrea presentò ricorso contro questo diniego, sostenendo che con quella cifra sarebbero stati obbligati ad andare a vivere in periferia, lontano dalla sinagoga, ciò che avrebbe loro impedito di recarvisi tutti i giorni, violando così la loro libertà religiosa.

La Sozialgericht di Berlino dà loro torto, e sottolinea come nessun precetto religioso ebraico, nemmeno secondo la scuola Lubavitch, imponga di vivere nelle immediate vicinanze della sinagoga, essendo questo solo un pur pio e lodevole desiderio della famiglia ebraica, che il centro per l'impiego può rifiutarsi di esaudire senza per questo violare la loro libertà religiosa, anche perché questo desiderio non può essere esaudito con i fondi pubblici perché altrimenti anche i fedeli di tutte le altre confessioni religiose chiederebbero contributi per poter vivere in centro nelle immediate vicinanze dei loro edifici di culto.

CANADA

XVII) Tribunal des Droits de la Personne, Province de Québec, district de Montréal, n. 500-53-000436-160, del 27 giugno 2017.

http://www.tribunaux.qc.ca/TDP/index-tdp.html

Obbligare un ebreo a non lavorare di sabato, e vietargli di parlarne, costituisce violazione della sua libertà religiosa.

Un parrucchiere ebreo, benché molto osservante, decide di lavorare anche di sabato. Il suo datore di lavoro, parimenti ebreo, inizialmente gli suggerisce soltanto, e poi gli ordina, di non lavorare di sabato, in ragione d'una nuova politica aziendale secondo la quale i dipendenti ebrei non sono più autorizzati a lavorare di sabato, ma di non spiegare ai clienti la ragione della sua improvvisa assenza tutti i sabati.

Il parrucchiere sottostà al nuovo divieto, ma ne parla con una cliente, il datore di lavoro lo viene a sapere e lo licenzia: licenziamento impugnato.

Il Tribunale sottolinea che la libertà di coscienza e religione comprende sia il fatto d'avere delle convinzioni religiose e di poterle professare liberamente, sia il fatto di non essere costretto ad aderire ad una religione specifica o ad agire contro le proprie convinzioni, sicché l'ordine impartito al dipendente ebreo di non lavorare di sabato in quanto ebreo costituisce una discriminazione a suo danno su base religiosa; il Tribunale riconosce parimenti che anche il suo licenziamento sia in parte legato alla sua appartenenza alla religione ebraica, e che complessivamente la condotta del datore di lavoro, pur essendo anche questo ebreo, ha rappresentato una violazione della libertà religiose del dipendente, donde licenziamento annullato e risarcimento di 12500$ per lucro cessante e danno esistenziale.

REGNO UNITO

XVIII) United Kingdom Employment Tribunals, affaire De Groen vs GMH, n. 2016/3347281, del 14 novembre 2017.

https://www.gov.uk/courts-tribunals/employment-tribunal

Una scuola ebraica non può licenziare un'insegnante ebrea perché non sarebbe abbastanza ebrea.

La direzione d'una scuola materna ebraica ultraortodossa Lubavitch viene a conoscenza del fatto che una propria insegnante, ebrea anch'essa seppur non ultraortodossa, conviva more uxorio, e la licenzia per violazione dell'obbligo di conformarsi ai precetti religiosi ebraici; il licenziamento viene impugnato, ed annullato dal Tribunale, sulla base di due ragioni.

In primis, il contratto di lavoro riguarda il rispetto e l'insegnamento dei precetti ebraici secondo la specifica corrente Lubavitch durante le ore d'insegnamento a scuola, a proposito delle quali nessuna lamentela è stata mossa dalla direzione della scuola, che anzi era talmente soddisfatta del lavoro dell'insegnante de qua da essersi detta disposta a non licenziarla e ad attenderne il matrimonio, se fosse stato celebrato entro un lasso di tempo ragionevole; il punctum dolens è costituito dalla vita extrascolastica dell'insegnante, che convive senza essere sposata, e ciò violerebbe l'obbligo contrattuale di tenere comunque una condotta di vita moralmente irreprensibile sotto il profilo etico ebraico anche al di fuori delle ore di scuola.

Il Tribunale respinge però anche questo argomento, perché è vero che la comunità ultraortodossa Lubavitch ha criterî morali molto rigorosi cui lodevolmente si uniforma, ma è anche vero ch'essi non esauriscono tutto l'Ebraismo, che comprende anche correnti meno rigorose; l'insegnante licenziata è comunque ebrea, e questo non è contestato dalla scuola, che peraltro sapeva ab initio come quest'insegnante non seguisse la corrente Lubavitch ma una più liberal, e finché ci troviamo all'interno dell'Ebraismo, dice il Tribunale, nessuno può giudicare che un determinato comportamento sia più o meno ebraico di un altro, sicché non si può accusare l'insegnante licenziata d'aver violato le regole morali ebraiche.

XIX) Airdrie Sheriff Court, affaire PF vs Mark Meechan, 23 aprile 2018.

http://www.scotland-judiciary.org.uk

Postare un video su Youtube, in modalità visibile a tutti, in cui si mostra d'aver addestrato il proprio cane a reagire all'espressione "Gas the Jews", ripetuta 23 volte in due minuti, ed a fare il saluto nazista all'ordine "Sieg Heil", vieppiù mentre su un monitor in secondo piano scorrono immagini trionfalistiche di Hitler, non può in nessun caso esser considerato come un video scherzoso di vita domestica mentre si gioca col proprio cane, né esercizio della libertà d'espressione, dato che, oltre alla propaganda

diretta, anche la banalizzazione del nazismo e dell'Olocausto che 6 milioni di Ebrei patirono sotto Hitler costituisce de facto un atto di antisemitismo e di oggettiva propaganda antisemita.

STATI UNITI

XX) Court of Appeals, Third Circuit, affaire United States vs Stimler, 7 luglio 2017.

http://www.ca3.uscourts.gov/

La motivazione religiosa non costituisce scusante od esimente per un reato.

Un marito ebreo ortodosso nonostante la sentenza del Beth din l'avesse riconosciuto colpevole del fallimento del matrimonio sottoposto a giudizio, si rifiutava di dare il ghet alla moglie. I tre Rabbini ortodossi componenti il Beth din ne organizzano allora il rapimento ed un successivo trattamento di persuasione affinché concedesse il ghet. Condannati per rapimento a pene detentive pesanti, fanno appello invocando l'esimente dell'aver agito per obbligo religioso, sicché la sentenza di primo grado costituirebbe violazione del Primo Emendamento dato che sostanzialmente li avrebbe condannati per aver esercitato la propria libertà religiosa.

La Corte d'Appello, però, conferma la condanna di primo grado, sulla base di due argomenti: *in primis*, un ghet ottenuto con rapimento, minacce e percosse sarebbe difficilmente considerabile come 'spontaneo', ed il ghet meusé, o dato dietro costrizione, è nullo, quindi la motivazione religiosa di per sé non sussiste, ma, secondo argomento, quand'anche vi fosse invece stata un'effettiva motivazione religiosa, essa non può in nessun caso scusare un reato grave come il rapimento ed i successivi maltrattamenti.

Islam

GERMANIA

XXI) OVG della Nord Reno-Westfalia, n. 19/a/997/2, del 9 novembre 2017.

http://www.ovg.nrw.de/

Le confessioni non riconosciute non hanno diritto a tenere l'insegnamento religioso nelle scuole.

Poiché la confessione islamica non ha un'intesa con lo Stato federale, né con il Land della Nord Reno-Westfalia, non è ufficialmente e formalmente riconosciuta come confessione religiosa, perciò non può tenere corsi d'istruzione religiosa nelle scuole dell'obbligo del Land, dato che per la normativa del Land le ore di lezione religiosa possono essere affidate solo a religioni ufficialmente riconosciute dal Bund od almeno dal Land.

REGNO UNITO

XXII) Court of Appeal d'Inghilterra e del Galles, civil division, n. 664, del 13 ottobre 2017.

https://www.judiciary.gov.uk

Una scuola islamica che per motivi religiosi dividesse gli scolari in classi solo maschili e solo femminili non viola il principio di non discriminazione né l'Equality Act.

Una scuola privata islamica accoglie allievi dai 4 ai 16 anni, che a partire dal secondo anno vengono suddivisi e ripartiti in classi solo maschili e solo femminili. L'Ispettorato all'educazione cita la suddetta scuola per violazione dell'Equality Act per discriminazione basata sul sesso.

La Corte d'Appello capovolge la sentenza affermando che, *in primis*, si tratta d'una scuola islamica e quindi la separazione fra uomini e donne è protetta dalla libertà religiosa, ma, soprattutto, che non c'è nessuna discriminazione, dato che gli scolari e le scolare ricevono esattamente gli stessi corsi, studiano sugli stessi libri, fanno lezione in aule con le medesime apparecchiature, fanno la ricreazione nel medesimo cortile e giardino, benché ad orari sfalsati, in modo da rispettare anche in questa circostanza la divisione fra allievi ed allieve.

Se il trattamento scolastico è esattamente lo stesso, e le scolare non sono trattate peggio sotto nessun punto di vista, non c'è discriminazione, e la divisione qua talis, di cui pure si potrebbe discutere l'efficacia didattica nel 2018, rientra nella protezione della libertà religiosa.

INDIA

XXIII) Supreme Court of India, affaire Bano vs Union of India et alii, 22 agosto 2017.

http://supremecourtofindia.nic.in/

La pratica islamico-sunnita del divorzio istantaneo con triplice talaq è incostituzionale.

Con una sentenza di 395 pagine, presa con la maggioranza di 3 a 2, la Corte Suprema dell'India ha stabilito che il triplice talaq è incostituzionale, per varî motivi.

In primis, dice la Corte Suprema indiana, nel Corano non vi sono disposizioni per il divorzio immediato, essendovi al contrario previsto che il talaq possa essere pronunziato per una causa ragionevole, e comunque sempre preceduto da tentativi di riconciliazione fra marito e moglie.

Il talaq istantaneo, invece, è manifestamente arbitrario, giacché permette al solo marito di rompere a proprio arbitrio il legame coniugale senza alcun tentativo di rappacificazione: questa forma di talaq dev'essere quindi ritenuta in violazione del diritto fondamentale riconosciuto ex art. 14 della Costituzione indiana, che stabilisce l'eguaglianza di ogni persona davanti alla legge, senza discriminazioni per motivi di religione, razza, casta, sesso, ma se un marito musulmano può rompere unilateralmente un matrimonio senza nessun tentativo di salvarlo, ecco che viola i diritti d'eguaglianza della donna.

La normativa che lo prevedeva è il *Muslim Personal Law Application Act* del 1937, che però, all'art. 13 comma 1, fa riferimento alle 'leggi in vigore' all'epoca, mentre la Costituzione è successiva, per questo motivo la Corte Suprema ha la piena legittimità a dichiararlo incostituzionale, invitando al contempo il Parlamento a rivedere la legge del 1937 per armonizzarla con la Costituzione.

FRANCIA

XXIV) CAA Marseille, Vème chambre, n. 17MA01337, del 3 luglio 2017.

http://marseille.cour-administrative-appel.fr/

Violare la *laïcitè* equivale a turbare l'ordine pubblico.

In spiaggia fra un gruppo di tre famiglie d'origine maghrebina, nel quale le donne indossavano hijab e burka, ed una quarantina d'altri bagnanti presenti era divampato un alterco tanto violento da richiedere l'intervento di gendarmi e CRS, e da concludersi con 5 persone ricoverate e 3 automobili incendiate. Per questo motivo il sindaco del comune in cui si trovava la spiaggia de qua ha emanato un'ordinanza che vietava l'accesso in spiaggia a chi avesse avuto un abbigliamento contrario al buon costume ed alla *laïcité*, ordinanza che è stata impugnata dalla Ligue des droits de l'Homme per violazione della libertà religiosa e per abuso di potere, dato che un sindaco può limitare le libertà individuali per motivi d'ordine pubblico, e non anche di violazione della *laïcité*.

La CAA di Marsiglia nega l'assunto, affermando che le violazioni alla *laïcité* sono anche violazioni dell'ordine pubblico, sicché rientrano fra le competenze d'un sindaco, che può quindi prendere provvedimenti al riguardo senza commettere abuso di potere.

Sikh

GERMANIA

XXV) VGH del Baden-Württemberg, n. 10/s/30/16, del 5 settembre 2017.
http://www.vghmannheim.de

Andare in moto non è obbligatorio, la tutela della libertà religiosa deve tenerne conto.

Un sikh aveva chiesto alla città di Konstanz, ove viveva, l'esenzione dall'obbligo d'indossare il casco per andare in motocicletta, che gli era stata rifiutata.

Egli aveva allora impugnato questa delibera, sostenendo ch'essa configurasse una violazione della sua libertà religiosa, dato l'obbligo per i Sikh d'indossare il turbante.

La VGH, però, respinge il ricorso: la sua libertà religiosa non è violata dall'obbligo d'indossare il casco, dato che per spostarsi in città non è indispensabile andare in moto: vi sono molti altri mezzi di trasporto che gli permetterebbero d'indossare il turbante senza casco. Nel caso in cui volesse, però, e dunque non per obbligo imposto dallo Stato, dal Land o dalla città, ma per sua libera scelta, andare in motocicletta, allora dovrà soggiacere ad una limitazione della sua libertà religiosa, che non è violazione perché a) è molto limitata nel tempo, b) è per sua libera scelta, c) è per sua tutela e protezione, dato il superiore interesse collettivo alla sicurezza dei trasporti e della circolazione stradale.

Libertà religiosa

GERMANIA

XXVI) OLG del Brandenburgo, n. 4/u/84/16, del 2 agosto 2017.

https://www.berlin.de/gerichte/oberverwaltungsgericht

Il riconoscimento di associazione religiosa, con tutti i privilegî connessi, non può essere dato ad un'associazione che non faccia riferimento ad una divinità potenzialmente esistente, né che si basi su una qualche teoria generale di visione del mondo.

L'associazione "Chiesa dello Spaghetto Volante Miracoloso", o pastafariana, ha chiesto il riconoscimento come associazione religiosa, con tutti i privilegî connessi. Le è stato negato, accordandole quello di semplice associazione culturale. Di qui il ricorso all'OLG del Brandeburgo, che però conferma il diniego: un'associazione, per essere riconosciuta come religiosa, deve avere necessariamente un riferimento ad una religione, o ad una filosofia di visione del mondo spirituale od anche filosofico-atea, dato che la religione e la libertà religiosa sono cosa molto serie per le quali nel corso dei secoli vi sono state atroci guerre e decine di migliaja di morti. Il culto pastafariano, o dello Spaghetto Volante Miracoloso, non rientra in nessuna delle categorie di pensiero citate, e può quindi essere riconosciuto solo come associazione culturale.

FRANCIA

XXVII) CAA Lyon, IIIème chambre (à trois), n. 15LY02801, del 28 novembre 2017.

http://lyon.cour-administrative-appel.fr/

La *laïcitè* per i dipendenti pubblici vale anche quando sono in pausa.

X, vistosi respinta la candidatura per un posto da netturbino-autista nell'azienda municipale di nettezza urbana, avendo esposto durante il colloquio per l'eventuale assunzione la sua intenzione di utilizzare le varie pause contrattualmente previste per la preghiera islamica, fa ricorso per violazione della libertà religiosa.

La Corte Amministrativa d'Appello di Lione gli dà torto, perché le pause contrattualmente previste sono pausa dall'attività lavorativa, non dal servizio, sono cioè sospensioni, non interruzioni, tant'è vero che i dipendenti pubblici con divisa hanno l'obbligo di tenerla indosso anche durante la pausa per il pranzo e le altre pause.

Per questa ragione il dipendente pubblico mentre è in servizio non può compiere atti palesemente e visibilmente contrarî alla *laïcité* della Pubblica Amministrazione; ciò non costituisce violazione della libertà religiosa perché a) nessuno è obbligato a diventare dipendente pubblico, b) l'obbligo di rispettare la *laïcité* è circoscritto al solo orario di lavoro.

REGNO UNITO

XXVIII) Court of Appeal dell'Irlanda del Nord, n. 48, del 19 dicembre 2017.

https://www.judiciary-ni.gov.uk/

Facebook può diffondere i dati sulle convinzioni religiose degli iscritti.

In primo grado, Facebook era stato condannato a pagare 3000£ di danni per aver diffuso foto ed informazioni relative convinzioni religiose dei figli del ricorrente, violandone a suo dire la privacy.

In appello, la questione viene fortemente ridimensionata: le informazioni personali sono private o non lo sono sulla base delle circostanze: molte persone religiose partecipano ad atti di culto pubblici in compagnia d'un gran numero d'altri fedeli, in tal caso la loro convinzione religiosa non può essere un dato coperto da privacy, come pure la diffusione di fotografie, se prese in luogo pubblico, delle cerimonie religiose in questione. Più che di privacy in generale, quindi, bisogna parlare di ragionevole aspettativa di privacy, e chi pubblica qualche informazione personale su Facebook non può oggettivamente avere un'elevata aspettativa di privacy, di cui non si può poi lamentare la violazione.

CANADA

XXIX) Supreme Court of Canada, Ktunaxa Nation Council vs Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations and Glacier, n. 54, del 2 novembre 2017.

https://www.scc-csc.ca/

La libertà religiosa garantita dallo Stato riguarda gli uomini, non anche le divinità

La popolazione aborigena Ktunaxa si oppose, invocando la tutela alla libertà religiosa, alla realizzazione d'una stazione sciistica in una zona considerata sacra in quanto ritenuta sede dello spirito del Grizzly. Le istanze di sequestro e di sospensiva del lavori, respinte nelle giurisdizioni inferiori, arrivano alla Corte Suprema, che parimenti le respinge proprio negando la violazione della libertà religiosa ex art. 2 comma a della Charter of Rights and Freedoms, ed ex art. 35 della Costituzione.

Secondo la Corte Suprema, infatti, gli indigeni Ktunaxa non sono alla ricerca d'una protezione per la libertà di credere nello spirito del Grizzly gigante, o per la libertà di fare proselitismo per lo spirito del Grizzly gigante, e nemmeno per la libertà di svolgere le pratiche di culto ad esso correlate; essi vorrebbero che lo Stato proteggesse lo spirito stesso del Grizzly gigante, cosa impossibile perché lo spirito d'una divinità, entità incorporeo-metafisica, certamente non ha bisogno della protezione dello Stato.

XXX) Supreme Court of British Columbia, affaire Blackmore et Oler, n. 2017/1288, del 24 luglio 2017.

http://www.courts.gov.bc.ca/supreme_court/

La poligamia non rientra nella protezione della libertà religiosa.

Due ex vescovi mormoni sono stati condannati per poligamia: l'uno aveva 25 mogli, l'altro 5. Entrambi hanno eccepito il diritto di libertà religiosa, dato che per quelle correnti dei Mormoni che interpretano correttamente la Bibbia (afferma una difesa) o che non hanno svenduto la vera religione per i vantaggi economici di far parte degli Stati Uniti (l'altra) la poligamia è tuttora ammessa. La Corte, senza entrare nel merito delle corrette interpretazioni della Sacra Scrittura né della fedeltà o meno agli insegnamenti *ivi* contenuti, afferma che, in ogni caso, la poligamia non rientra nell'ambito di protezione della libertà religiosa, ma è e resta un reato che va perseguito.

INDIA

XXXI) Supreme Court of India, n. 366/2018, del 9 aprile 2018.

http://supremecourtofindia.nic.in/

Una ragazza hindu si converte all'Islam per sposare un musulmano. La sua famiglia impugna il matrimonio, affermando che la conversione sarebbe stata motivata dal solo desiderio di sposarsi, quindi non sincera se non addirittura forzata, ed ottiene l'annullamento del matrimonio. Sentenza impugnata dai due 'ex' coniugi, ed annullata dalla Corte Suprema, che fa dunque rivivere il vincolo matrimoniale: la libertà personale, compresa quella di sposarsi, è prevista ex art. 21 Cost., la libertà religiosa, compresa quella di convertirsi, ex art. 25 Cost.; bisogna ricordare la distinzione fra foro interno e foro esterno: nessuna Corte, né peraltro nessuno in assoluto, ha titolo o potere per giudicare in foro interno sulla sincerità di una conversione, che, per quanto riguardi invece il foro esterno, nel caso specifico era stata giudicata perfettamente valida dalla comunità religiosa ad quam, cioè quella islamica. La sentenza che aveva annullato il matrimonio aveva giudicato la coscienza di una persona, commettento un errore giuridico, di più un abuso costituzionale.

XXXII) Supreme Court of India, n. 231/2018, del 27 marzo 2018.

http://supremecourtofindia.nic.in/

I matrimoni inter-religiosi e inter-casta sono perfettamente leciti e legali, se celebrati fra persone maggiorenni, consenzienti e capaci d'intendere e di volere, ed ogni tentativo da parte delle rispettive famiglie di esercitare pressioni in senso contrario costituisce non già una manifestazione della libertà d'espressione, certo spiacevole ma lecita, bensì violenza privata, aggravata dal tentativo di violazione dei diritti costituzionalmente protetti alla libertà religiosa ed alla libertà personale.

CANADA

XXXIII) Ontario Superior Court of Justice, n. 17/61225, del 6 marzo 2018.

http://www.ontariocourts.ca

Due coniugi protestanti si offrono come genitori affidatari a fine maggio 2015; a luglio seguono il corso di formazione, dichiarando subito che, per motivi religiosi, non avrebbero festeggiato Halloween o parlato di Santa Claus o del Coniglio pasquale con i bambini che fossero stati loro affidati; alla fine del corso il locale Ufficio degli assistenti sociali li ritiene comunque idonei, ed il 18 dicembre 2015 dà loro in affido due bambine, di 3 e 4 anni.

A gennaio 2016, ad una prima visita di controllo da parte degli assistenti sociali, emerge che a Natale le due bambine hanno ricevuto bei regali, ma i genitori affidatari hanno loro spiegato che Santa Claus non esiste, e che i regali venivano da loro genitori; gli assistenti sociali fanno un primo richiamo alla famiglia affidataria.

Il 26 febbrajo 2016, l'Ufficio degli assistenti sociali convoca i due genitori affidatari esortandoli, per la Pasqua in arrivo, a spiegare alle bambine che il Coniglio pasquale esiste veramente e che è lui a portare le uova di cioccolata; i genitori protestanti si rifutano, assicurando che avrebbero fatto avere alle due bimbe delle bellissime uova di cioccolato, ma che non avrebbero mai detto loro che il Coniglio pasquale esiste veramente *etc*.

Il 4 marzo l'Ufficio degli assistenti sociali toglie le due bambine alla coppia, revocandone anche l'idoneità come affidatari per il futuro; la coppia protestante cita in giudizio l'Ufficio degli assistenti sociali per violazione della libertà religiosa e, nello specifico, delle sezioni 2 e 15 della Charter of Rights and Freedoms.

La Corte dà loro ragione, ed annulla anche il provvedimento di revoca dell'idoneità affidataria.

Presentazione di Vincenzo Maiello

La sezione di 'Giurisprudenza e legislazione penale' di questo numero della Rivista riporta diverse massime interessanti e si segnala, in primo luogo, la sentenza Sez. pen. VI, sentenza 20 aprile 2017, n. 19029, relativa alla posizione di garanzia del Parroco avuto riguardo agli incidenti capitati nell'oratorio. Sul punto, va solo ricordato che la causalità omissiva non è fondata su un obiettivo rapporto eziologico tra fatti non potendo la condotta omissiva causare materialmente l'evento che nel quale si concretizza l'offesa del reato. La causalità omissiva ha, dunque, un carattere normativo, nel senso che si basa sul rapporto di equivalenza tra il causare e il non impedire l'evento di reato stabilito dalla norma di cui all'art. 40, secondo comma c.p. Inoltre la causalità omissiva si fonda su un giudizio ipotetico nel senso che il rapporto di causalità si reputa esistente allorché, ipotizzando come posta in essere la condotta doverosa e possibile omessa, l'evento costitutivo del reato non si sarebbe verificato, o si sarebbe verificato più avanti nel tempo, secondo quanto desumibile dalla migliore scienza del momento. La causalità omissiva è, dunque, fondata, come già detto, su un rapporto di equivalenza, stabilito dall'art. 40 c.p., tra il non impedire un evento, che si abbia l'obbligo giuridico e la possibilità di impedire, ed il cagionarlo. Il presupposto essenziale della causalità omissiva è, dunque, la sussistenza di un obbligo giuridico di impedire l'evento. Al fine di stabilire quando si possa ritenere sussistente tale obbligo giuridico sono state elaborate diverse teorie. Secondo una prima impostazione teorica, di carattere formale, sarebbero fonti dell'obbligo di impedire l'evento: la legge, le sentenze e le ordinanze dell'autorità giudiziaria, il contratto, i regolamenti e gli atti amministrativi, la precedente attività pericolosa, la volontaria assunzione di un obbligo di garanzia e la consuetudine. A tale impostazione formale si è contrapposta un'impostazione sostanzialistica, secondo cui, anziché individuare specifiche norme che pongano a carico di determinati soggetti l'obbligo di impedire determinati eventi, è necessario verificare se l'ordinamento ponga, in capo a specifici soggetti (ad esempio i genitori), un generale obbligo di garanzia con riferimento a specifici interessi meritevoli di tutela, in considerazione della necessità di apprestare, per i medesimi, una tutela rafforzata o, comunque, dell'inidoneità dei relativi titolari a proteggerli adeguatamente. Secondo una terza teoria (c.d. mista), la posizione di garanzia che fonda la responsabilità penale omissiva può trovare il proprio fondamento nella sussistenza di obblighi di protezione, a carico di un determinato soggetto giuridico ed a favore di un altro, ovvero nella sussistenza di specifici obblighi di controllo con riferimento a determinate fonti di pericolo e nei confronti di tutti i soggetti potenzialmente esposti alle medesime. Sotto il profilo del rispetto del principio di legalità e di tassatività della fattispecie penale, la causalità omissiva risulta dalla combinazione delle fattispecie penali di parte speciale e della clausola di equivalenza di cui all'art. 40 cpv c.p.. La causalità omissiva è, inoltre, ipotizzabile soltanto con riferimento ai reati di evento puri, ai reati, cioè, che prevedano il verificarsi di un evento naturalistico e che non presuppongano condotte vincolate. Gli obblighi di garanzia, possono poi distinguersi in obblighi di protezione ed in obblighi di controllo e sono fondati sulla necessità di apprestare una tutela rafforzata con riferimento a specifici interessi in considerazione dell'incapacità, per il relativo titolare, di conseguire autonomamente un adeguato grado di tutela e sulla necessità di

selezionare i soggetti cui assegnare la specifica posizione di garanzia con riferimento a quegli interessi meritevoli di rafforzata tutela. Gli obblighi di garanzia (di protezione o controllo) possono essere originari o derivati; in quest'ultimo caso la fonte dell'obbligo di garanzia, di norma, è un contratto ma l'operatività della traslazione della posizione di garanzia presuppone l'effettivo affidamento del bene da proteggere non essendo, all'uopo, sufficiente il solo dato della fonte formale. Nel caso in esame, il parroco era stato assolto in primo grado sostanzialmente affermandosi che la violazione del dovere di controllo non potesse essere ascritta al medesimo perché al momento dell'incidente egli non era presente sul posto ed aveva fatto affidamento su coloro che, avendo rimosso la porta per utilizzare il campetto per una festa patronale, avrebbero dovuto riposizionarla. La Corte d'appello, ribaltando la sentenza assolutoria, aveva invece sostenuto che il Tribunale aveva già ritenuto sussistere in capo al parroco una posizione di garanzia, quale responsabile della Parrocchia, sicchè l'eventuale trasgressione cautelare di altri soggetti poteva valere unicamente a configurare una cooperazione colposa nel reato. In secondo luogo che la condotta colposa era consistita nella violazione del dovere di vigilanza finalizzato ad impedire l'uso del campo di calcetto in assenza delle condizioni di sicurezza, non delegato ad alcuno. La Suprema Corte, pur affermando che, in astratto, il parroco ha in generale il dovere di assicurare che dall'uso delle aree e delle pertinenziali attrezzature sulle quali si esercita il suo governo non derivino offese alla salute di quanti sono ammessi a farne uso, ha tuttavia precisato che la persistenza al momento dell'evento illecito della titolarità di una posizione di garanzia predicabile in linea astratta - tipologica, va comunque verificata in concreto, pena l'elevazione di un rimprovero in realtà per fatto altrui. Calando simili premesse nel caso esaminato, i Supremi Giudici hanno dunque rilevato la estrema semplificazione operata dalla Corte di Appello del tema della puntuale identificazione del garante, nonostante i dati probatori lasciassero emergere l'esistenza di soggetti diversi dal parroco, dei quali andava investigata e chiarita la titolarità al momento del fatto di poteri di disposizione sull'area in questione.

Viene poi in rilievo Sez. pen. V, sentenza 3 novembre 2017, n. 50189, con cui la Corte di cassazione si è pronunciata sul ricorso avente a oggetto il provvedimento del tribunale del riesame di Venezia di rigetto dell'istanza proposta avverso l'ordinanza del Gip con la quale è stata applicata la misura della custodia cautelare in carcere nei confronti di tre persone, indagate in ordine al reato di cui all'art. 270-bis c.p. A costoro – si legge nella decisione – è stato, infatti, contestato di «aver partecipato all'organizzazione terroristica internazionale, allo scopo di commettere atti con finalità di terrorismo sia in territorio siriano che nel territorio italiano, costituendo una "cellula" di soggetti radicalizzati e dediti al proselitismo della jihad antioccidentale combattuta dallo Stato islamico, attraverso la diffusione via Internet di video e messaggi di incitamento e propaganda, nonché attraverso l'addestramento e l'autoaddestramento, per commettere attentati anche in Italia». Il nucleo fondamentale delle deduzioni difensive risiederebbe, essenzialmente, nella indebita sovrapposizione dell'elemento oggettivo e soggettivo del reato, in quanto, il giudice del riesame avrebbe ritenuto penalmente rilevanti condotte che, invece, costituirebbero mera adesione psicologica all'ideologia jihadista, per quanto estremista e non, piuttosto, partecipazione all'organizzazione terroristica attraverso una qualsiasi attività di supporto, anche solo propagandistico. L'attenzione della Suprema Corte è richiamata sul delicato e dibattuto profilo dell'individuazione delle condotte materiali idonee ad integrare la condotta di partecipazione all'associazione di cui all'art. 270-bis c.p. e che, evidentemente, determinano il collegio a fornire un quadro completo e riepilogativo delle pronunzie della giurisprudenza

di legittimità, dell'ultimo ventennio, proprio sul tema degli elementi oggettivi caratterizzanti l'associazione in esame; di una «fattispecie senza dubbio di complessa natura e suscettibile di svariate declinazioni pratiche». In primo luogo, pongono in risalto quelle decisioni nelle quali si afferma che il delitto è integrato dalla presenza di una struttura organizzativa tale da rendere possibile l'attuazione del programma criminoso, anche in assenza della predisposizione di un progetto di azioni terroristiche concrete; e ancora, quelle in cui si ritiene che ad integrare «la cifra del carattere terroristico», idonea a rendere l'ipotesi di cui all'art. 270-bis, c.p. speciale rispetto a quella di cui all'art. 270 c.p. sarebbe sufficiente la natura terroristica della violenza che il sodalizio intende esercitare o che si prefigura di attuare. Basterebbe, inoltre, una struttura anche soltanto rudimentale, purché capace di concretezza ed effettività di azione ed una condotta di adesione meramente ideologica ma connotata da serietà, sia pure minima, di propositi criminali terroristici; e, data la natura di reato di pericolo presunto, non sarebbe necessario che si abbia l'inizio di materiale esecuzione del programma criminale (in tal senso, la Cass. pen., 25 maggio 2006, n. 24994). In un'altra pronunzia (Cass. pen., 11 giungo 2008, n. 31389, Bouyahia), poi, si è ritenuto sufficiente che i modelli di aggregazione integrino il minimum organizzativo e si sono individuati i caratteri associativi in relazione a strutture "cellulari" proprie delle associazioni di matrice islamica, caratterizzate da estrema flessibilità interna, in grado di rimodularsi secondo le esigenze che di volta in volta si presentano e in condizione di operare contemporaneamente in più Stati, anche in tempi diversi; e ancora, con contatti fisici o telefonici e, comunque, a distanza tra gli adepti, spesso sporadici, trattandosi di sodali arruolati, spesso, di volta in volta, con una sorta di adesione progressiva ed entrano, comunque, a far parte di una struttura associativa, già costituita. Integrerebbe il delitto in esame (così, nella Cass. pen., 12 luglio 2012, n. 46308, Chabchoub) anche la formazione di un sodalizio flessibile e discontinuo nei contatti tra gli aderenti ma che realizzi anche una soltanto delle condotte di supporto funzionale all'attività terroristica di organizzazioni riconosciute ed operanti come tali; e tra tali condotte di supporto andrebbero ricomprese anche l'attività di proselitismo, di diffusioni di documenti di propaganda, di assistenza agli associati, di finanziamento, di predisposizioni o acquisizione di armi o documenti falsi, arruolamento e addestramento. La natura di reato di pericolo presunto, da cui necessariamente deriva l'anticipazione della soglia di punibilità ha, però, richiamato, di recente, l'imprescindibile necessità di guardare con maggiore attenzione le condotte caratterizzanti l'attività terroristica, sotto il profilo della loro concreta offensività. In relazione a un caso avente a oggetto una mera attività di proselitismo e indottrinamento, finalizzata a inculcare una visione positiva del martirio per la causa islamica e ad acquisire una generica disponibilità a unirsi ai combattenti in suo nome, infatti, la Corte di cassazione non ha ritenuto configurabile il delitto di associazione terroristica. L'insussistenza dell'associazione, oltre che per la limitata operatività del gruppo è stata affermata alla luce dell'argomentazione secondo cui l'attività di indottrinamento e proselitismo costituirebbe una precondizione ideologica per la costituzione di un'associazione terroristica, perciò valutabile (solo) ai fini dell'applicazione di una misura di prevenzione (così, nella Cass. pen., 14 luglio 2016, n. 48001). La descrizione dei principali arresti cui la giurisprudenza della Corte di cassazione è pervenuta sulla configurabilità dell'associazione di cui all'art. 270-bis c.p. è parsa opportuna perché significativa del rischio, peraltro avvertito nella sentenza in esame, di sovrapporre i confini tra attività lecite di manifestazione del pensiero e condotte illegittime, esercitate anche in forma collettiva, integranti le differenti ipotesi di reato di istigazione o apologia previste dall'art. 414 c.p. e la condotta di partecipazione

all'associazione con finalità terroristica. Tale preoccupazione è fortemente avvertita dal collegio secondo cui, per non travalicare «la sottile linea di confine fenomenologica» tra le anzidette ipotesi è necessario condurre un'analisi rigorosa con riferimento alle peculiarità caratterizzanti il fenomeno associativo terroristico, che non risponde più alle consuete fasi della ideazione, programmazione ed esecuzione di un attentato stragista, ma che, invece, vede «l'intervento di "cellule, più o meno ricollegabili, direttamente o indirettamente, alla propaganda islamica estremista ed antioccidentale, ma sicuramente ad essa ispirati». Piuttosto, la struttura organizzativa criminale di tipo terroristico si propone flessibile, limitata nel numero, priva di regole formali, così da renderla snella e improntata ad una propaganda di adesione caratterizzata da un modello spontaneo di inclusione. Le moderne organizzazioni terroristiche di matrice islamica radicale, a avviso del collegio, «propongono una formula di adesione alla struttura sociale che può definirsi "aperta" e "in progress", sempre disponibile ad accogliere vocazioni criminali provenienti da singoli e gruppi». Sulla base della prospettata descrizione del fenomeno associativo terroristico di matrice islamica, il Collegio respinge le doglianze difensive, ritenendo che il percorso motivazionale del giudice del riesame sia affidabile e privo di vizi logici in relazione alla configurabilità del reato di cui all'art. 270-bis c.p. In particolare, i giudici di legittimità giungono a ritenere compiutamente assolto l'obbligo motivazionale là dove il tribunale del riesame non abbia ritenuto sussistente tra gli indagati un «consesso velleitario di uomini, incapaci di assumere iniziative incidenti sul mondo esterno e legati solo dal comune sentire ideologico per quanto estremista» ma piuttosto il reato di cui all'art. 270-bis c.p. La condotta associativa sarebbe consistita nel costituire una "cellula" organizzativa di matrice jihadista, attraverso uno schema di aggregazione minimo e avulso da modelli associativi ordinari, in relazione alla quale emergono, non soltanto l'ideologia eversiva di ispirazione ma anche l'adozione della violenza terroristica come metodo di lotta e l'effettiva possibilità di attuare anche una sola delle condotte di supporto funzionale all'attività terroristica di organizzazioni riconosciute ed operanti come tali; tra queste la realizzazione di attentati terroristici contro obiettivi nel territorio dello Stato, la propaganda ed il proselitismo, l'addestramento e l'autoaddestramento dei sodali alla guerra. Pertanto, nel caso di specie – concludono i giudici di legittimità – la cellula di ispirazione jihadista non soltanto costituisce di per sé un'autonoma e sufficiente struttura idonea a configurare il reato di cui all'art. 270-*bis* c.p. ma realizza anche la condotta di partecipazione all'associazione terroristica di riferimento. Con tale pronuncia si afferma, dunque, la possibilità di partecipare a una associazione con finalità terroristiche caratterizzata da modalità di adesione aperte e spontaneiste «che non implicano un'accettazione formale del negozio sociale da parte dell'apparato del sodalizio, bensì propongono l'inclusione *in progress* di individui o "cellule"», ferma la necessità di verificare l'offensività in concreto dell'azione della "cellula" terroristica.

Particolarmente interessante è poi Sez. pen. III, sentenza 8 novembre 2017, n. 50928, la quale si riferisce al caso di taluni soggetti destinatari di Daspo per avere incitato alla violenza al di fuori di un pub e nei confronti di partecipanti ad un corteo religioso, perciò al di fuori di una qualunque gara o competizione sportiva. A seguito della notifica del provvedimento questorile tutti gli interessati, per il tramite dei loro rispettivi difensori, depositavano memorie difensive nelle 48 ore successive e comunque prima del provvedimento di convalida del Gip. Il giudice del merito non motivava sulle difese svolte, neppure per dichiararle infondate, nonché violava la legge nella parte in cui essa limita l'ambito di operatività dell'istituto in disamina agli autori di episodi di violenza su persone o cose "in occasione o a causa di manifestazioni sportive" ovvero

nei confronti di chi nelle medesime circostanze abbia incitato, inneggiato o indotto alla violenza. La Suprema Corte, con la sentenza in esame, ha accolto le difese svolte, escludendo che il Daspo possa essere applicato in caso di esplicazione di episodi di delinquenza comune, perciò al di là delle ipotesi nominativamente previste. Tanto più che, trattandosi di misura evidentemente limitativa della libertà di locomozione della persona, essa non può operare in casi simili, in applicazione analogia. La giurisprudenza di legittimità aveva già avuto modo di esprimersi nei seguenti termini: "In tema di misure volte a prevenire i fenomeni di violenza in occasione di competizioni sportive, per "manifestazioni sportive" devono intendersi le competizioni che si svolgono nell'ambito delle attività previste dalle federazioni sportive e dagli enti e organizzazioni riconosciuti dal comitato olimpico nazionale italiano, sicché esula da tale nozione l'evento di festeggiamento indetto per commemorare la fondazione di una società calcistica" (Cass. pen. Sez. III, 9-11-2011, n. 44431, rv. 251599). La giurisprudenza amministrativa aveva argomentato che la norma dell'art. 6, comma 1, della L. 13 dicembre 1989, n. 401, conferisce al Questore il potere di precludere l'accesso ai luoghi in cui si svolgono determinate manifestazioni sportive (ndr: solamente) a chi abbia preso parte attiva ad episodi di violenza su persone o cose in occasione o a causa di manifestazioni sportive, o che nelle medesime circostanze abbiano incitato, inneggiato o indotto alla violenza (T.A.R. Piemonte Torino Sez. II Sent., 7-5-2007, n. 2051). Giova perciò procedere a breve ricognizione della disciplina dell'istituto in parola, utile a farci comprendere gli ambiti di sua corretta applicazione. La disciplina del Daspo è contenuta nella l. 13-12-1989, n. 401, che prevede "Interventi nel settore del giuoco e delle scommesse clandestini e tutela della correttezza nello svolgimento di manifestazioni sportive", e specificamente nell'art. 6. Il Daspo è misura che comporta la limitazione della libertà di locomozione (tutelata dall'art. 16 Cost.) del soggetto destinatario della misura. Competente ad emettere il Daspo è il Questore. Circa la natura giuridica del Daspo, si è talora classificato tale istituto quale sanzione interdittiva atipica, disposta dall'autorità amministrativa per motivi di tutela della pax publica, ovvero quale misura ante aut praeter delictum, poiché prescindendo dalla realizzazione del reato "da stadio" mira invece a prevenirla. L'art. 6, comma 1, legge n. 401/1989 indica quindi le categorie soggettive cui si rivolge l'applicabilità del Daspo e dell'obbligo di presentazione. Tra questi le persone che risultino denunciate o condannate, anche con sentenza non definitiva, nel corso degli ultimi cinque anni, per uno dei reati tassativamente ivi indicati ovvero per aver preso parte attiva ad episodi di violenza su persone o cose "in occasione o a causa di manifestazioni sportive". Sono ulteriori destinatari della misura preventiva de qua coloro che abbiano incitato, inneggiato o indotto la violenza. Scopo del Daspo è quello di evitare la consumazione di reati attinenti alla tutela dell'ordine pubblico in occasione di manifestazioni di carattere sportivo da parte di soggetti che, per precedenti condotte esplicate, siano ritenuti socialmente pericolosi. Il Daspo può perciò altresì essere disposto nei confronti di chi, sulla base di elementi oggettivi, risulta avere tenuto una condotta finalizzata alla partecipazione attiva ad episodi di violenza in occasione o a causa di manifestazioni sportive o tale da porre in pericolo la sicurezza pubblica in occasione o a causa delle manifestazioni stesse. L'art. 2 bis del DL 20-8-2001, n. 336, convertito in l. 377/2001 2 bis, in tema di "Disposizioni urgenti per contrastare i fenomeni di violenza in occasione di manifestazioni sportive", contiene due norme di interpretazione autentica, la prima delle quali reca: "1. Per manifestazioni sportive ai sensi degli articoli 1 e 2, si intendono le competizioni che si svolgono nell'àmbito delle attività previste dalle federazioni sportive e dagli enti e organizzazioni riconosciuti dal Comitato olimpico nazionale italiano (CONI)". Ne deriva che l'adottabilità del Daspo

deve ritenersi esclusa con riferimento a manifestazioni di qualsivoglia natura che abbiamo un mero collegamento ad attività sportiva o parasportiva. Non è richiesta, ai fini del Daspo, la formulazione di un giudizio di intrinseca pericolosità del soggetto, ma soltanto l'accertamento che il medesimo risulti denunciato o condannato per taluno dei reati indicati dall'art. 6, comma 1, cit. ovvero per aver preso parte attiva ad episodi di violenza su persone o cose "in occasione o a causa di manifestazioni sportive", ovvero che egli abbia incitato, inneggiato o indotto alla violenza: situazioni tutte queste ritenute dal Legislatore di per sé idonee a giustificare tanto il divieto di accesso ai luoghi interessati da manifestazioni sportive quanto l'obbligo di presentazione ad un ufficio o comando di polizia. È così possibile concludere che la denuncia o la condanna devono avere riguardato fatti di violenza commessi ed in stretta connessione spazio-temporale con la manifestazione sportiva. Dunque "a causa della manifestazione-evento sportivo" significa che la condotta scaturisce psicologicamente dalla manifestazione sportiva medesima, come nel caso di una rissa scoppiata tra opposte tifoserie durante la partita e nello stadio. Se le tifoserie o loro adepti si scontrano prima o dopo la gara e fuori dal terreno dello stadio allora la manifestazione può dirsi abbia solamente costituto l'occasione. L'occasione non può essere costituita, invece, da qualsiasi collegamento della condotta con un evento sportivo purchessia, bensì solamente avuto riguardo ad una delle manifestazioni tassativamente elencate nella norma di interpretazione autentica citata.

Ed ancora, va segnalata Sez. pen. V, sentenza 12 dicembre 2017, n. 55418, ove si affronta il caso di un cittadino kosovaro che pubblicava sul proprio profilo di un social network alcune video-registrazioni. In particolare, in quella del 29/1/2015 era ripreso un combattente che predicava "l'unione religiosa dei fratelli" per aiutare la Siria, pregando perché Allah lo accettasse come martire; in quella del 17/07/2015 era filmato un combattente armato, con la divisa del mujahideen, ed erano evocati i massacri in Siria, inneggiandosi ai mujahideen caduti per proteggere i musulmani nella guerra contro i nemici di Allah. Nel video del 20/09/2015 si lodavano i mujahideen che uccidono e sono uccisi per Allah. Per queste condotte, il Gip del Tribunale di Brescia applicava la misura cautelare della custodia in carcere nei confronti dell'indagato per il reato di istigazione o apologia del terrorismo di cui all'art. 414, comma 4, c.p. per aver fatto apologia dello "Stato Islamico" o "ISIS", che, com'è noto, è l'acronimo con il quale viene chiamato l'autoproclamatosi Islamic State of Iraq and Syria, associazione con finalità di terrorismo internazionale, mediante la diffusione sulla rete internet delle video-registrazioni. Il Tribunale di Brescia, sezione riesame, annullava l'ordinanza, escludendo che le trasmissioni audiovisive contenessero materiale di contenuto apologetico riguardante l'organizzazione terroristica di matrice islamica radicale denominata ISIS, in quanto il riferimento alla "guerra santa" o Jihad combattuta in Siria non costituisce un univoco ed esplicito riferimento a detta organizzazione terroristica. A seguito di ricorso del pubblico ministero, la Corte di cassazione annullava il provvedimento con rinvio degli atti al Tribunale affinché fosse condotto un nuovo esame degli elementi probatori acquisiti nei confronti dell'indagato e, in particolare, delle videoregistrazioni pubblicate del Tribunale. La Corte, in primo luogo, affermava che le consorterie di ispirazione jihadista, operanti su scala internazionale, hanno natura di organizzazioni terroristiche ai sensi dell'art. 270-bis c.p. (Cass. pen. n. 24103/2017), perché l'ideologia della Jihad, ispirata alla logica della contrapposizione fedele - infedele, verità - menzogna, giustizia - ingiustizia, legittima l'impiego dei cd. kamikaze, persone disposte a sacrificare la propria vita e quella degli altri per "la causa", ponendo in atto condotte che sono sia atti di violenza in incertam personam, che forme di comunicazione e di "ammonimento" verso i superstiti (Cass. pen. n.

31389/2008). Ravvisava, poi, una incongruenza nel provvedimento del Tribunale consistente nell'esclusione del collegamento logico tra l'ISIS, organizzazione terroristica, e la Jihad combattuta in Siria, osservando, al contrario, come il richiamo a detta Jihad islamica ispiri le azioni belliche condotte in Siria proprio dall'ISIS e costituisse su scala internazionale il collante del terrorismo islamico. Il Tribunale del riesame, in sede di rinvio, annullava nuovamente l'ordinanza del Gip, osservando che il mero richiamo alla Jihad non integra l'apologia punita perché, all'interno della religione islamica, vi sarebbero diversi gruppi religiosi, distinti dall'ISIS, che evocano il martirio religioso, senza, peraltro, concretizzare le predette aspirazioni. Dall'esame dei video, inoltre, non emergerebbero elementi probatori inequivoci secondo i quali l'indagato volesse riferirsi proprio all'associazione terroristica denominata ISIS, in quanto tale organizzazione rappresenta solo uno dei soggetti partecipanti al conflitto siriano. Contro il nuovo annullamento del Tribunale del riesame, il pubblico ministero proponeva ricorso per cassazione, deducendo che il richiamo costante ed esplicito al conflitto bellico in corso di svolgimento sul territorio della Siria e dell'Iraq, contenuto nelle registrazioni pubblicate e condivise sul profilo del social network dell'indagato, rappresentava un evidente riferimento all'ISIS, protagonista non certo secondario di tale conflitto. Il provvedimento di annullamento dell'ordinanza cautelare, pertanto, non aveva tenuto conto delle conseguenze apologetiche del terrorismo che i riferimenti espliciti ed impliciti al conflitto sirio-iracheno erano in grado di provocare rispetto ai frequentatori del social network. Il richiamo alla Jihad, secondo la prospettazione del pubblico ministero, costituirebbe la fonte di ispirazione delle azioni militari dello "Stato islamico" sul territorio siriano ed iracheno e, su scala internazionale, il collante del terrorismo islamico. La Corte ha ritenuto fondato il ricorso, annullando nuovamente il provvedimento del Tribunale del riesame. Il primo vizio ravvisato nell'ordinanza impugnata consiste nella negazione della connotazione terroristica della c.d. guerra santa, laddove invece, secondo l'indirizzo giurisprudenziale dapprima riportato, le consorterie di ispirazione jihadista hanno natura di organizzazioni terroristiche ai sensi dell'art. 270-bis c.p. Il provvedimento impugnato, poi, ha affermato in modo apodittico che il richiamo al martirio religioso non consentirebbe, di ricondurre univocamente i video in questione all'ISIS, data la pluralità dei gruppi religiosi che evocano la Jihad, senza tuttavia aver cura di indicare quali sarebbero le altre organizzazioni jiahdiste che, come l'ISIS, opererebbero parimenti nel conflitto siriano, evocando il martirio religioso nei confronti degli infedeli. In questo modo, ha obliterato una precisa statuizione della precedente decisione di legittimità la quale, peraltro, nel soffermarsi sul tenore di taluni video, non ha inteso escludere la valenza apologetica del terrorismo degli altri, specificamente di quelli del 14/11/2015 e del 25/11/2015, nel corso dei quali è pacifico che l'indagato abbia inneggiato apertamente allo "Stato islamico", alle sue gesta e ai suoi simboli. Al fine di valutare il rischio effettivo della consumazione di altri reati derivanti dall'attività di propaganda, inoltre, i giudici del riesame non hanno tenuto conto dei contatti dall'indagato con altri soggetti, già indagati, a loro volta, per terrorismo islamico, affermando che lo stesso non facesse parte di gruppi religiosi estremisti o valorizzando la circostanza che non avesse frequentazioni religiose. Il Tribunale, infine, ha errato nell'escludere la portata apologetica, e dunque la configurabilità del delitto di cui all'art. 414 c.p., di due video sul rilievo della breve durata della condivisione degli stessi sul profilo del social network o in considerazione della circostanza che uno dei due sarebbe stato pubblicato con la sola opzione "mi piace", cioè con la sola possibilità per gli altri utenti di manifestare l'apprezzamento per il video, senza poter esprimere giudizi o diffonderlo ulteriormente.

Questi elementi, invece, secondo la Corte, non sono in grado di ridurre la portata offensiva della condotta dell'indagato, perché non incidono sulla diffusione del messaggio contenuto nel video. La fattispecie disciplinata dall'art. 414, comma 4, c.p. che punisce l'istigazione al compimento di delitti di terrorismo o di crimini contro l'umanità costituisce un'aggravante ad effetto speciale, che è stata introdotta dal decreto legge n. 144 del 2005, convertito nella legge n. 155 del 2005 e che prevede l'aumento della pena della metà se l'istigazione (o l'apologia) riguarda i crimini riconducibili alle categorie indicate. Con questa disposizione, il legislatore ha inteso adeguarsi alla decisione quadro 2002/475/GAI che, all'art. 4, prevede la repressione delle condotte di istigazione al compimento di atti terroristici. La dottrina, peraltro, ha evidenziato che non era necessario un simile adeguamento, perché l'istigazione era già incriminata dall'art. 414, comma 1, c.p., sicché la modifica normativa ha comportato la mera previsione di una sanzione più elevata, risolvendosi in un messaggio, sostanzialmente simbolico, di contrasto al proselitismo fondamentalista. Nel caso di specie, la Corte, ha ribadito che la diffusione, mediante l'inserimento sul profilo personale di un social network, di video contenenti riferimenti alle azioni militari del conflitto bellico siro-iracheno, alla Jihad islamica e al martirio integra il reato di apologia del terrorismo in considerazione, sia della natura di organizzazioni terroristiche, rilevanti ai sensi dell'art. 270-bis c.p., delle consorterie di ispirazione jihadista operanti su scala internazionale, sia della potenzialità diffusiva indefinita della suddetta modalità di comunicazione. In questa prospettiva, in buona sostanza, è stato ritenuto irrilevante il fatto che il richiamo all'ISIS, cioè ad una specifica organizzazione terroristica, fosse solo indiretto. Piuttosto è stato ritenuto rilevante l'inserimento dei video su un sito internet privo di vincoli di accesso, in quanto tale modalità ha una potenzialità diffusiva indefinita. In questa prospettiva, la breve durata della condivisione di uno dei video con il quale si celebrava la guerra santa e il martirio o la circostanza fosse stato pubblicato con talune "restrizioni" d'uso non è stata ritenuta in grado di escludere l'offensività della condotta. L'idoneità della condotta istigatrice, comunque, va valutata ex ante ed in concreto, dovendo tenersi conto della caratteristiche storico – ambientali del fatto.

Infine, vengono riportate Sez. pen. III, sentenza 15 febbraio 2016, n. 6104 e Sez. pen. III, 18 maggio 2018, n. 21997 (per le quali si rinvia alle note che seguono).

Corte di Cassazione. Sezione Quarta Penale. Sentenza 20 aprile 2017, n. 19029

Omicidio colposo avvenuto in oratorio – Posizione di garanzia del Parroco – Condizioni

La posizione di garanzia derivante dalla relazione di governo intrattenuta con una fonte di pericolo deve essere individuata alla luce delle specifiche circostanze del sinistro che si sia verificato, dovendosi accertare l'effettiva titolarità del potere-dovere di gestione nella sequenza di accadimenti alla quale accede l'evento, senza che possa ritenersi sufficiente una valutazione sul piano astratto (pronuncia su un ricorso proposto avverso la sentenza con cui la Corte d'appello aveva riformato la sentenza che aveva assolto un parroco dal reato di omicidio colposo, commesso ai danni di un ragazzino che, giocando nel campetto di calcio dell'oratorio, si era appeso ad una delle porte che, non essendo ancorata al suolo, si era rovesciata schiacciando il minore, così provocandone la morte, ritenendolo invece responsabile, la Corte di Cassazione ha accolto la tesi difensiva secondo cui sarebbe spettato ad altri soggetti (tra cui il vice parroco) il compito di vigilare sull'uso del campetto).

Corte di Cassazione. Sezione Quinta Penale. Sentenza 3 novembre 2017, n. 50189

Adesione psicologica ad una ideologia estremista – Partecipazione alla associazione terroristica – Sussistenza

Ferma la necessità di verificare l'offensività in concreto dell'azione della "cellula" terroristica, è configurabile il delitto di cui all'art. 270-bis c.p., nell'ipotesi di partecipazione ad un'associazione con finalità terroristiche caratterizzata da modalità di adesione "aperte" e "spontaneistiche" che non implicano un'accettazione formale del negozio sociale da parte dell'apparato del sodalizio, bensì propongono l'inclusione in progress di individui o "cellule" che condividono l'obiettivo terroristico e la sua dimensione di matrice religiosa estremista, attraverso il richiamo e l'ispirazione a disvalori di propaganda, proclamati su scala internazionale ed "attivizzati" mediante diffusione di video, immagini e comunicati diretti a tale scopo, potendosi prescindere da un qualsiasi atto di "investitura formale".

Corte di Cassazione. Sezione Terza Penale. Sentenza 8 novembre 2017, n. 50928

DASPO – Applicabilità in caso di violenza nel corso di manifestazioni religiose – Esclusione

La limitazione di libertà in cui consiste il Daspo non opera al di fuori dei rigidi confini tracciati dalla legge, né per ritrovamento analogico in casi simili, sicchè non è applicabile a chi abbia incitato alla violenza nel corso di un corteo religioso.

Corte di Cassazione. Sezione Quinta Penale. Sentenza 12 dicembre 2017, n. 55418

Condivisione di un video di propaganda Isis su Facebook – Apologia di delitto – Sussistenza

La condivisione di video di propaganda dell'Isis sui social network, rafforzata dall'approvazione dei relativi contenuti attraverso l'opzione mi piace*, è idonea alla configurazione del reato di apologia di terrorismo di cui all'art. 414, comma 4, c.p. Il reato è invece stato escluso relativamente a comunicazioni telematiche meramente private.*

Corte di Cassazione. Sezione Terza Penale. Sentenza 15 febbraio 2016, n. 6104

Registri ecclesiastici - Natura non fidefacente - Valore di prova documentale - Sussistenza - Ragioni

I registri ecclesiastici, quale quello delle sante messe, non hanno natura fidefacente ma devono, comunque, ritenersi prove documentali ex art. 234 c.p.p. in quanto i dati personali contenuti, sebbene possano essere trattati senza il rispetto delle regole generali di cui all'art. 23, comma 1, d.lg. 30 giugno 2003, n. 196, sono soggetti ad un rigoroso regime di elaborazione, conservazione e controllo secondo l'apposita disciplina dettata dalla CEI con il decreto generale del 20 ottobre 1999, n. 1285.

La rilevanza probatoria dei registri ecclesiastici nel processo penale (Nota a Cass. Pen., Sez. pen. III, 15 febbraio 2016, n. 6104)

Pierpaolo Dell'Anno

1. *Premessa*

Con la sentenza in commento, la Suprema Corte ha offerto interessanti precisazioni in ordine ad una tematica di particolare interesse, vale a dire quella del rango probatorio dei registri ecclesiastici nel processo penale[1].

La Corte di Cassazione si pronuncia su un ricorso con cui veniva impugnata la sentenza con la quale la Corte di appello di Palermo confermava quella emessa dal tribunale di Termini Imerese con la quale il ricorrente era condannato alla pena di anni cinque e mesi sei di reclusione per il reato (capo a) previsto dall'art. 61 c.p., n. 9 e art. 609-bis c.p. perchè, durante una giornata trascorsa al mare con il pretesto di insegnargli a nuotare, costringeva un minore di 17 anni, a subire atti sessuali e, segnatamente, toccamenti del pene. Veniva riconosciuta l'aggravante di aver commesso il fatto con abuso dei poteri e violazione dei doveri inerenti alla qualità di ministro di un culto. L'imputato veniva altresì condannato per il reato previsto dall'art. 61 c.p., n. 9 e art. 609-bis c.p. perchè, su un tratto di spiaggia, dopo aver convinto il diciassettenne, affetto da deficit cognitivo lieve, oligofrenia lieve e disturbo affettivo bipolare, a togliersi il costume e farsi fotografare nudo ed avergli avanzato esplicite proposte sessuali, avendo questi opposto un rifiuto allontanandosi, lo afferrava per un braccio e, dopo aver invano tentato di indurlo a praticargli un rapporto orale, trattenendolo per i fianchi lo costringeva a subire un rapporto sessuale di tipo orale. Ed infine per il reato previsto dall'art. 61 c.p., n. 9 e artt. 56-609-bis c.p. perchè, dopo aver convinto un diciannovenne affetto da deficit cognitivo lieve, di oligofrenia lieve e disturbo affettivo bipolare, a seguirlo presso la propria abitazione, gli proponeva di guardare insieme un film di genere pornografico e "di fare come l'altra volta", alludendo al rapporto orale intrattenuto in altra occasione, così compiendo atti idonei, diretti in modo non equivoco ad indurre lo stesso a compiere atti sessuali abusando delle sue condizioni di inferiorità psichica; con l'aggravante di aver commesso il fatto con abuso dei poteri e violazione dei doveri inerenti alla qualità di ministro di un culto.

I motivi di ricorso si fondavano, tra l'altro, sulla violazione del diritto di difesa del ricorrente avuto riguardo alle date dei fatti come incompatibili con la documentazione prodotta dalla difesa.

---

[1] Carlo Bonzano, *I mezzi di prova*, in *Soggetti. Atti. Prove*, Vol. I, a cura di Spangher, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher-Marandola-Garuti-Kalb, UTET, Torino, 2015, pp. 820 ss.; Paolo Ferrua, *La prova nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 2016, *passim*; Alfonso Furgiuele, *La prova per il giudizio nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 2007; Paolo Tonini- Carlotta Conti, *La prova penale*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 123 ss.; Angelo Zampaglione, Bussola *Prova*, in *Il Penalista*, Giuffrè, Milano, settembre 2015, *on line*.

Ed invero, quanto alla documentazione prodotta ed acquisita nel giudizio d'appello, finalizzata nell'ottica difensiva a dimostrare l'estraneità del ricorrente ai fatti contestatigli, la Corte territoriale ha affermato, tra le altre cose, che nessun valore probatorio doveva essere attribuito al "registro delle Sante messe" della chiesa parrocchiale dove prestava servizio il ricorrente, sul rilievo che detto registro relativo all'anno 2003 non aveva le caratteristiche di un documento fidefacente, trattandosi di un atto custodito dalla parrocchia nel quale venivano registrate le messe celebrate da ogni sacerdote, che ivi svolgeva la sua attività, con l'indicazione delle persone per cui la funzione era stata celebrata e con l'indicazione delle offerte ricevute. Affermava la Corte di appello che, nel nostro ordinamento, a tale registro non può attribuirsi la natura di documento che faccia fede fino a querela di falso, poichè, tra l'altro, la firma apposta in relazione ai giorni delle messe da ciascun sacerdote non è nè controllata, nè vergata da un pubblico ufficiale, senza contare, poi, che qualunque soggetto avrebbe potuto apporre la firma di altri in qualsiasi momento, con la conseguenza che la compilazione di detto registro appare rimessa alla libertà di coscienza di ciascun sacerdote senza alcun controllo o verifica.

Partendo da quest'ultima affermazione, la Suprema Corte concorda con la Corte territoriale laddove deve ritenersi fuori discussione la natura non fidefacente delle attestazioni contenute nel "Registro delle Sante messe".

L'assunto non inibisce alla Suprema Corte di precisare che residua la natura di documento dell'atto prodotto e come tale rappresentativo di fatti (art. 234 cod. proc. pen.). Ne consegue "che la veridicità dei fatti riprodotti in un documento non può essere negata sul presupposto della natura non fidefacente dell'atto, che serve per attribuire ad esso una presunzione di genuinità e di veridicità, ma non vale l'inverso, nel senso che un atto non fidefecente, se non può valersi di quella presunzione, non è detto che perciò stesso difetti di genuinità e veridicità".

2. *La prova documentale nel processo penale*

Per poter comprendere il percorso motivazionale della sentenza, è necessario premettere che il la dottrina moderna definisce il documento come "quella rappresentazione di un fatto che è incorporata su di una base materiale con un metodo analogico o digitale" .[2] La peculiarità del mezzo di prova si coglierebbe, dunque, non nella rappresentazione (che può consistere nella riproduzione, comunque effettuata, di un fatto oggetto di prova), bensì nell'incorporamento e nella possibilità di formulare un giudizio circa l'esistenza di un fatto o atto, nonché la possibilità di sussumere il fatto o atto sotto una fattispecie normativa.

I documenti si classificano in diretti e indiretti[3]. Nei primi la riproduzione degli atti o fatti avviene istantaneamente (ad esempio un video o una fotografia), nei secondi occorre il filtro interpretativo dell'uomo (ad esempio una scrittura privata).

Con riguardo ai documenti, si parla di: materia, mezzo e contenuto.

Per materia si intende la res, ovvero il supporto su cui vengono apportati segni, che in un secondo tempo verranno utilizzati per attestare un atto o fatto.

---

[2] Paolo Tonini- Carlotta Conti, *La prova penale*, cit., p. 183.

[3] Pierfrancesco Bruno, *Prova documentale,* in *Dig. disc. pen.,* X, Utet, Torino, 1995, pp. 384 ss.

Con riguardo al mezzo può individuarsi una duplice valenza: o inteso come di modalità di comunicazione (ad esempio verbale), o inteso come strumento con cui il fatto oggetto del documento viene impresso sulla res, (ad esempio una penna).

Con riguardo al contenuto, inteso come fatto documentato, notevole rilievo assumono le dichiarazioni di colui che forma il documento.

A differenza del documento, inteso nella sua tripartizione sopra riproposta, la documentazione è invece l'attività del rappresentare, ovvero la serie di condotte utili a formare il documento[4].

La documentazione può essere posta in essere o da soggetti qualificati[5], dunque fidefacente, come ad esempio notai o altri pubblici ufficiali (in questo caso si parla di documento eterografo, ovvero formato da un soggetto diverso dall'autore) oppure dai soggetti privati (in tale caso può aversi un documento autografo, cioè formato dall'autore, o eterografo).

Il documento è sempre strumentale alla dimostrazione delle vicende di rilevanza giuridica che in esso risultino rappresentate.

Per documento dichiarativo, poi, si intende quello rappresentativo di un particolare fatto, appunto una dichiarazione, proveniente da chi ha formato il documento stesso.

Il documento contenente una dichiarazione, comunque, può costituire prova del fatto narrato e può essere ammesso a norma dell'art. 190 c.p.p., atteso che l'art. 234 non distingue tra rappresentazioni di fatti e rappresentazione di dichiarazioni.

Rimane salvo, comunque, il diritto dell'imputato a confrontarsi con l'autore della dichiarazione contenuta nel documento, mediante eventuale richiesta, a titolo di controprova, dell'escussione del dichiarante; sicché in caso di rigetto della richiesta il documento sarebbe inutilizzabile ai sensi dell'art. 526, comma 1-*bis*.

Nel nostro ordinamento, è ammessa l'utilizzabilità dei documenti dichiarativi, ponendo espresso divieto probatorio soltanto in relazione alle dichiarazioni anonime contenute in un documento.

Al riguardo si è espressa la Corte costituzionale che nella sentenza 17 marzo 1992 n. 142 riguardante l'ammissibilità del cosiddetto documento dichiarativo, ha stabilito che l'art. 234 c.p. individua il documento in funzione della sua idoneità a rappresentare, senza distinzione tra i diversi mezzi di rappresentazione e cose rappresentate, "senza operare una distinzione tra rappresentazione di fatti e rappresentazione di dichiarazioni".

L'art. 234 c.p.p. comprende così nella categoria dei documenti non solo gli scritti rappresentativi di dichiarazioni descrittive (narrazione di un avvenimento) o esecutive (un ordine o la promessa di cui consista un contratto) bensì qualsiasi oggetto idoneo a rappresentare fatti, persone o cose. Indi qualsiasi oggetto rappresentativo[6] purché questo si sia formato fuori dal processo nel quale si chiede o si dispone che ne faccia ingresso.[7]

La Corte di Cassazione ha ritenuto far rientrare nella nozione di documento dichiarativo, ad esempio, il certificato medico rilasciato dal pronto soccorso che, sebbene formato per fini sanitari, raccoglie informazioni rilevanti ai fini della procedibilità[8],

---

[4] Carlo Bonzano, *I mezzi di prova*, cit., pp. 820 ss.

[5] Carlo Bonzano, *I mezzi di prova*, cit., pp. 820 ss.

[6] Cfr. C. Cost., 30 marzo 1992, n. 142, *CP*, 1992, 1986, con nota di Mazza, *Formazione del fascicolo dibattimentale ed acquisizione di documenti dichiarativi*.

[7] V. Cass., Pen., Sez. V, 21 settembre 1992, n. 10654, Bolamperti, *FI*, 1993, II, 1 e *CP*, 1992, II, 392 ss.

[8] Cass. pen., sez. III, 12 gennaio 1998, n. 3259.

ovvero il verbale di ricognizione dei beni pignorati formato dall'incaricato delle vendite giudiziarie che riporta le dichiarazioni rese dal custode o dal proprietario dei beni pignorati e che possiedono valore di confessione extragiudiziale[9], o ancora le relazioni e gli inventari redatti dal curatore fallimentare, costituendo informazioni utili al fine di ricostruire la vita societaria di un'impresa[10].

Ormai consolidato è l'assunto secondo i rilievi satellitari dello stato dei luoghi, posti in essere da un ente pubblico, che ne certifichi l'autenticità e la provenienza sono equiparati ai rilievi fotografici e rappresentano, pertanto, ex art. 234 c.p.p., prove documentali, potendo pertanto essere sempre acquisite e utilizzate dal giudice ai fini della decisione[11].

Con riguardo alle sentenze non definitive, le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno confermato l'orientamento secondo cui la sentenza non ancora irrevocabile è utilizzabile ai fini della prova del fatto storico documentato, con esclusione di ogni ricostruzione e valutazione effettuata dal giudice, dovendosi ritenere documento idoneo a provare i fatti processuali che rappresenta[12].

In coerenza con la previsione concernente la prova testimoniale, è vietata l'acquisizione di documenti concernenti le voci correnti nel pubblico intorno ai fatti o la moralità delle parti e dei testimoni (art. 234, comma 3 c.p.p.), mentre è consentita l'acquisizione di documenti necessari al giudizio sulla personalità dell'imputato ed eventualmente della persona offesa, tra cui quelli esistenti presso uffici pubblici di servizi sociali o presso gli uffici di sorveglianza (art. 236, comma 1 c.p.p.).

Allo scopo di verificare la credibilità dei testimoni possono essere acquisiti, poi, i certificati del casellario giudiziale e le sentenze irrevocabili e le sentenze straniere riconosciute (art. 236, comma 2 c.p.p.).

Altrettanto acquisibili, anche di ufficio, sono i documenti provenienti dall'imputato, benché sequestrati presso altri o da altri prodotti (art. 237 c.p.p.).

I documenti possono essere valutati ai fini probatori solo a condizione che ne sia noto l'autore, per cui i documenti anonimi non possono essere acquisiti né in alcun modo utilizzati a meno che non costituisca corpo di reato (art. 240, comma 1 c.p.p.); nel qual caso devo essere acquisiti qualunque sia la persona che li abbia formati o li detenga (art. 235).

In conseguenza della legge 20 novembre 2006, n. 281, è stata estesa l'area dell'art. 240 c.p.p. con conseguente estensione del concetto di documenti anonimi e della relativa disciplina, con riguardo ai documenti, ai supporti e agli atti concernenti dati e contenuti di conversazioni o comunicazioni, relativi a traffico telefonico e telematico, illegalmente formati o acquisiti, ed ai documenti formati mediante la raccolta illegale di informazioni.

Infatti, nelle suddette ipotesi è prescritta la segregazione e la custodia in luogo protetto da parte del pubblico ministero, il divieto di copia e la non utilizzabilità del contenuto dei documenti, salvo che come notizia di reato e la loro distruzione entro un breve termine, previa instaurazione di udienza camerale da parte del giudice con la

---

[9] Cass. pen., sez. VI, 7 ottobre 2003, Volterrani, in *Arch. Nuova proc. pen.*, 2005, 262.

[10] Cass. pen., sez. V, 5 ottobre 2004, Canavini, in *Arch. Nuova proc. pen.*, 2005, 613.

[11] Cass. pen., sez. V, 11 gennaio 2011, n. 7585, I., in CED Cass. pen. 2011.

[12] Cass., Sez. Un., 20 settembre 2005, Mannino, in *Arch. Nuova proc. pen.*, 2005, 649; Cass. pen., sez. V, 22 gennaio 2010, n. 11905, D. e altro, in *CED Cass. Pen.* 2010.

partecipazione delle parti interessate.

A seguito della pronuncia della Corte costituzionale n. 173/2009, non solo è stato sancito che l'udienza camerale si svolga nel rispetto delle garanzie previste dall'art. 401, comma 1 e 2) c.p.p., ma che il verbale di distruzione, a differenza di quanto previsto costituisce una forma sostituiva del corpo del reato, per deve essere dettagliato, anche mediante la descrizione dell'attività di intercettazione della detenzione e dell'acquisizione del materiale, ma senza alcun riferimento al contenuto delle informazioni assunte in maniera illegale.

Di particolare rilievo è poi, la disciplina prevista per l'ingresso nel processo di verbali di prova di altri procedimenti (art. 238 c.p.p.), ivi compresi quelli stranieri (ai sensi dell'art. 78 disp. att.), quali documenti, attesa la loro provenienza e formazione al di fuori del processo ad quem.

L'acquisizione di tali documenti probatori è ammessa solo quando si tratti di prove assunte nell'incidente probatorio o nel dibattimento (art. 238, comma 1 e 2 c.p.p.), ma non mediante lettura in tale sede, e sempre che, quando si tratti di prova dichiarativa, abbiano partecipato alla sua assunzione gli imputati o i loro difensori, fermo rimanendo il diritto delle parti di ottenere ai sensi dell'art. 190 c.p.p. l'esame diretto dei dichiaranti, salvo che non si proceda per uno dei reati previsti dall'art. 190-bis c.p.p..

I verbali di prova dichiarativa, comunque, salvo il consenso da parte dell'imputato alla loro acquisizione, potranno essere utilizzati esclusivamente per contestazioni dibattimentali nei limiti e con gli effetti previsti dagli artt. 500 e 503 (art. 238, comma 4 c.p.p.).

Infine, è sempre ammessa l'acquisizione della documentazione di atti compiuti in altri procedimenti che per cause sopravvenute non sono più ripetibili (art. 238, comma 3 c.p.p.), sempre che la sopravvenuta irripetibilità sia dovuta a fatti o circostanze che risultino imprevedibili.

Riguardo alla valutazione della prova documentale, per essa sussistono canoni peculiari: infatti, sul documento va effettuata una doppia valutazione, relativa tanto alla base materiale quanto alla rappresentazione in essa contenuta.

Precisamente, la base materiale deve riprodurre fedelmente la rappresentazione, mentre la rappresentazione deve essere attendibile, cioè deve riprodurre fedelmente il fatto storico a cui fa riferimento[13].

Il dibattimento è la fase "privilegiata" di valutazione della prova: infatti, questa operazione è finalisticamente orientata a guidare il giudice nell'emissione della decisione con la quale si conclude il processo. Nella fase dibattimentale si attua la cosiddetta valutazione probatoria complessiva, perché il giudice prende in considerazione l'intero patrimonio conoscitivo che si è formato, in maniera quasi alluvionale, fase dopo fase, nel corso del procedimento. Egli, nell'emettere la sentenza, deve tener conto di tutti i dati disponibili e deve svolgere un ragionamento coerente, il cui esito non contrasti con le prove acquisite.

In quest'affermazione, si può ritenere che emergano le tre funzioni principali dei mezzi di prova: quella di essere strumento di ricerca della verità; quella di costituire il supporto per l'accoglimento dell'ipotesi ricostruttiva del fatto ritenuta più convincente dal giudice; quella di rappresentare il punto di riferimento per la determinazione dell'ipotesi oggettivamente più attendibile.

---

[13] Giulio Ubertis, *Documenti e oralità nel nuovo processo penale*, in *Studi in onore di G. Vassalli*, II, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 303 ss.

Infine, se si guarda la disciplina della prova documentale filtrandola alla luce dei principi del giusto processo così come attuati al momento nel nostro ordinamento, è possibile affermare che essa non si conforma completamente a tutte le componenti del suddetto principio.

Innanzitutto, in quest'istituto manca ogni forma di contraddittorio sia tra le parti sia, soprattutto, nella formazione della prova: infatti, il documento è un'entità preesistente e preformata rispetto al processo, la quale, una volta ritenuta ammissibile, non viene assunta, ma immediatamente acquisita. È palese, quindi, che quanto più ampio è il ricorso a tale mezzo di prova, tanto più lontani si è dal perseguimento di un giusto processo.

Nell'affermare il contraddittorio come metodo, la Costituzione impone il metodo dialogico di formazione della prova[14], il quale, se attuato in maniera conforme alle intenzioni del legislatore costituzionale, lascerebbe ben poco spazio all'utilizzazione della prova documentale.

Tuttavia, la prova documentale rispecchia, in maniera molto più trasparente di quanto possa fare qualunque altro mezzo di prova, un'altra componente fondamentale del giusto processo, cioè la ragionevole durata.

Il contraddittorio, invece, sembra essere garantito, nel rito ordinario, proprio da una corretta utilizzazione dello strumento documentale, che ha un proprio ruolo ben individuato, che non si può semplificare nella mera ausiliarietà alla prova orale. Se non ci fosse la possibilità di servirsi delle prove scritte, si giungerebbe infatti al paradosso di un processo funzionale al perseguimento di tutte le garanzie possibili ed immaginabili, ma dall'andamento farraginoso e lento e, dunque, ad un processo necessariamente non giusto[15].

3. *La decisione della Suprema Corte*

Venendo al merito della decisione in commento, la Suprema Corte ha precisato, che per la Corte di appello, nel nostro ordinamento, ai registri ecclesiastici non può attribuirsi la natura di documento che faccia fede fino a querela di falso, poichè, tra l'altro, la firma apposta in relazione ai giorni delle messe da ciascun sacerdote non risulta nè controllata, nè vergata da un pubblico ufficiale, senza contare, poi, che qualunque soggetto avrebbe potuto apporre la firma di altri in qualsiasi momento, con la conseguenza che la compilazione di detto registro appare rimessa alla libertà di coscienza di ciascun sacerdote senza alcun controllo o verifica.

La Suprema Corte conviene con la Corte territoriale in ordine e dunque ritenersi fuori discussione la natura non fidefacente delle attestazioni contenute nel "Registro delle Sante messe".

Tuttavia – ha cura di precisare la Suprema Corte - rimane la natura di documento dell'atto prodotto e come tale rappresentativo di fatti (art. 234 cod. proc. pen.). Ne consegue che la veridicità dei fatti riprodotti in un documento non può essere negata

---

[14] Così Carlotta Conti, *Contraddittorio*, in *Dig. disc. pen.*, Utet, Torino, 2013, pp. 105 ss.; Mario Chiavario, *Giusto processo (processo penale)*, in *Enc. giur.*, XV, Treccani, Roma, 2001, pp. 16 ss.; Giovanni Conso, *Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale italiano*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, pp. 405 ss.; Giulio Garuti, *Il contraddittorio nelle dinamiche dell'accertamento penale*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di Dean, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 180 ss.

[15] Giulio Ubertis, *Documenti e oralità nel nuovo processo penale*, cit., pp. 303 ss.

sul presupposto della natura non fidefacente dell'atto, che serve per attribuire ad esso una presunzione di genuinità e di veridicità, ma non vale l'inverso, nel senso che un atto non fidefecente, se non può valersi di quella presunzione, non è detto che perciò stesso difetti di genuinità e veridicità.

Sotto tale aspetto, la Suprema Corte evidenzia che la Corte territoriale "avrebbe dovuto perciò meglio indagare sulla natura dell'atto prima di licenziarlo con una motivazione manifestamente illogica".

Ed invero, il registro ecclesiastico rientra nel novero di quelli compiuti sulla base di norme poste da un ordinamento giuridico (quello della Chiesa) diverso dall'ordinamento giuridico italiano e che disciplinano situazioni rilevanti per l'ordinamento canonico, che tuttavia sono state adattate all'esigenza di assicurare garanzia a diritti fondamentali tutelati dallo Stato, come il diritto alla riservatezza ed al trattamento dei dati personali, nei confronti degli appartenenti alle confessioni religiose. Tra i dati sensibili vanno infatti ricompresi quelli di carattere religioso.

Si tratta di dati che possono essere oggetto di trattamento da parte dei soggetti più vari e tra essi naturalmente le confessioni religiose, per le quali tale attività, in alcuni casi, può anche rientrare nell'ambito dell'autonomia confessionale riconosciuta ai sensi degli artt. 7 e 8 Cost.

Proprio per tale motivo, il decreto legislativo 30 giugno 2003, numero 196 "codice in materia di protezione dei dati personali" ha stabilito per esse un regime speciale, prevedendo all'art. 26, comma 3, lett. a), che il trattamento "dei dati relativi agli aderenti alle confessioni religiose e ai soggetti che con riferimento a finalità di natura esclusivamente religiosa hanno contatti regolari con le medesime confessioni, effettuato dai relativi organi, ovvero di enti civilmente riconosciuti, sempre che i dati non siano diffusi o comunicati fuori delle medesime confessioni", possa essere effettuato senza il rispetto delle regole generali di cui al primo comma del medesimo art., ovvero senza il consenso scritto dell'interessato e senza la previa autorizzazione del garante.

Viene comunque precisato che le confessioni religiose "determinano idonee garanzie relativamente ai trattamenti effettuati, nel rispetto dei principi indicati al riguardo con autorizzazione del garante".

La Chiesa cattolica ha ottemperato all'obbligo di munirsi di un apposito strumento normativo di garanzia e, con la promulgazione ad opera della CEI del decreto generale 20 ottobre 1999, n. 1285, ha emanato disposizioni per la tutela del diritto alla buona fama e alla riservatezza.

Lo scopo (art. 1) è quello di garantire che il trattamento dei dati personali relativi ai fedeli, agli enti ecclesiastici, alle aggregazioni ecclesiali, nonchè alle persone che entrano in contatto con i medesimi soggetti, si svolga nel rispetto del diritto della persona alla buona fama e alla riservatezza riconosciuto dal canone 220 del codice di diritto canonico. I successivi artt. si occupano quindi della disciplina relativa ai registri (art. 2), agli archivi (art. 3), agli elenchi e schedari (art. 4), al segreto d'ufficio (art. 7), alla funzione di vigilanza del Vescovo diocesano (art. 9) e infine al risarcimento dei danni e alle sanzioni (art. 10). Con il termine "registro" si intende il volume nel quale sono annotati, in successione cronologica e con indici, l'avvenuta celebrazione dei sacramenti o altri fatti concernenti l'appartenenza o la partecipazione (art. 21).

Il parroco, come pure il rettore di una chiesa o di un altro luogo pio in cui si è soliti ricevere offerte di messe, devono avere un registro speciale (Registro delle sante messe) nel quale annotare accuratamente il numero delle messe da celebrare, l'intenzione, l'offerta data e l'avvenuta celebrazione (can. 958, 1). L'ordinario ha l'obbligo di esaminare ogni anno tali registri, personalmente o per il tramite di altri (can. 958, p. 2).

Perciò, i registri ecclesiastici, quando contengono dati sensibili (come il Registro delle Sante messe che contiene oltre al nominativo del sacerdote celebrante anche l'indicazione delle persone per cui la messa è celebrata e dell'offerta ricevuta), obbligano alla loro elaborazione che "di norma è effettuata direttamente dai soggetti che legittimamente li acquisiscono o li detengono" (art. 5 D.G. CEI 1285 del 1999) e soprattutto alla loro conservazione per cui il "responsabile è tenuto all'osservanza delle norme canoniche riguardanti la diligente custodia, l'uso legittimo e la corretta gestione dei dati personali" (art. 61); "(...) salvo diverse disposizioni del Vescovo diocesano, i registri, gli atti, i documenti, gli elenchi e gli schedari devono essere custoditi in un ambiente di proprietà o di esclusiva disponibilità dell'ente, destinato a questo scopo e sicuro; in mancanza di un ambiente con tali caratteristiche, essi devono essere custoditi in un armadio collocato in locali di proprietà o di esclusiva disponibilità dell'ente, con sufficienti garanzie di sicurezza e di inviolabilità" (art. 62); "il responsabile dei registri deve denunciare quanto prima all'autorità ecclesiastica competente e, se del caso, anche all'autorità civile, ogni incursione nell'archivio che abbia causato sparizione, sottrazione o danneggiamento di registri, atti, documenti pubblici, elenchi e schedar contenenti dati personali" (art. 63). Si tratta dunque di documenti precostituiti, che sono soggetti ad un particolare regime, che trovano fondamento in interessi che trascendono quello del singolo ministro del culto celebrante, che sono sottoposti ad una rigorosa conservazione e protezione per fini di sicurezza ed a un preordinato un sistema di controllo (la stessa Corte d'appello da infatti atto che il registro è custodito dalla Parrocchia e di esse è responsabile il parroco don Z. F.).

Dunque, le affermazioni secondo le quali "la compilazione di detto registro appare rimessa, infatti, alla libertà di coscienza di ciascun sacerdote senza alcun controllo o verifica" e "che qualunque soggetto avrebbe potuto apporre la firma di altri in qualsiasi momento" sono per la Suprema Corte manifestamente illogiche perchè - tenuto anche conto della natura del documento, della sua formazione e della sua tenuta – "*la giustificazione addotta per valutare la prova a discarico è, all'evidenza, priva di qualunque e pur minima plausibilità, valorizza una congettura (cioè una ipotesi non fondata sull'id quod plerumque accidit, insuscettibile di verifica empirica), non si fonda realmente su una massima di esperienza (cioè su un giudizio ipotetico a contenuto generale, indipendente dal caso concreto, fondato su ripetute esperienze ma autonomo da esse, e valevole per nuovi casi)*".

4. *Brevi osservazioni*

Orbene, con la sentenza in commento la Suprema Corte ha affermato che il registro ecclesiastico rientra nel novero di quelli compiuti sulla base di norme poste da un ordinamento giuridico (quello della Chiesa) diverso dall'ordinamento giuridico italiano e che disciplinano situazioni rilevanti per l'ordinamento canonico, che tuttavia sono state adattate all'esigenza di assicurare garanzia a diritti fondamentali tutelati dallo Stato, come il diritto alla riservatezza ed al trattamento dei dati personali, nei confronti degli appartenenti alle confessioni religiose. Non vi è dubbio, infatti, che tra i dati sensibili vanno ricompresi quelli di carattere religioso.

Si tratta dunque di documenti precostituiti, che sono soggetti ad un particolare regime, che trovano fondamento in interessi che trascendono quello del singolo ministro del culto celebrante, che sono sottoposti ad una rigorosa conservazione e protezione per fini di sicurezza ed a un preordinato sistema di controllo.

Sotto un differente profilo, sempre sul tema dei rapporti tra documenti e tutela della *privacy*, la giurisprudenza[16] ha affermato che le videoregistrazioni costituiscono una prova documentale, la cui acquisizione è consentita ai sensi dell'art. 234 c.p.p. ed è irrilevante che siano state rispettate o meno le istruzioni del Garante per la protezione dei dati personali, poiché la relativa disciplina non costituisce sbarramento all'esercizio dell'azione penale. Viene precisato in motivazione come in tale contesto è del tutto irrilevante che le registrazioni siano state effettuate, in conformità o meno delle istruzioni del Garante per la protezione dei dati personali, non costituendo la disciplina sulla *privacy* sbarramento all'esercizio dell'azione penale.

Sulla base di tale parallelismo, ed attribuita ai registri ecclesiastici valenza ex art. 234 c.p.p., è possibile affermare che gli stessi sono soggetti alla doppia valutazione, relativa tanto alla base materiale quanto alla rappresentazione in essa contenuta: la base materiale deve riprodurre fedelmente la rappresentazione, mentre la rappresentazione deve essere attendibile, cioè deve riprodurre fedelmente il fatto storico a cui fa riferimento. Naturalmente, in tale operazione, si dovrà tener conto del rispetto delle norme poste dall'ordinamento giuridico della Chiesa, adattate all'esigenza di assicurare garanzia a diritti fondamentali tutelati dallo Stato, come il diritto alla riservatezza ed al trattamento dei dati personali, nei confronti degli appartenenti alle confessioni religiose.

[16] Cass. pen., Sez. II, 31 gennaio 2013, n. 6812.

Corte di Cassazione. Sezione Terza Penale. Sentenza 18 maggio 2018, n. 21997

Rapporti tra procedimento penale e procedimento canonico – Applicabilità dell'art. 649 c.p.p - Esclusione - Ragioni

In caso di reato commesso nel territorio nazionale da un cittadino membro del corpo ecclesiastico, soggetto anche alla giurisdizione della Santa Sede, con cui non vigono accordi idonei a derogare alla disciplina di cui all'art. 11 c.p., la condanna alle sanzioni previste dal diritto canonico, all'esito del processo celebrato innanzi agli organi giurisdizionali ecclesiastici, non preclude il giudizio innanzi al giudice penale per i medesimi fatti, non costituendo il divieto di bis in idem convenzionale principio generale del diritto internazionale riconosciuto e automaticamente recepito dall'ordinamento interno ai sensi dell'art. 10 Cost. Ne deriva che, in caso di irrogazione della sanzione massima della dimissione allo stato clericale nei confronti di un sacerdote imputato del delitto di violenza sessuale commesso in danno di alcuni minori, non sussiste preclusione processuale per il giudizio penale, non essendo applicabile né l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'accordo Schengen, cui non ha aderito la Santa Sede, né l'art. 4, prot. n. 7 della Convenzione Edu, non essendo la Santa Sede Stato parte della Convenzione ma solo uno dei cinque paesi che godono dello status d'osservatore presso il Consiglio d'Europa, né esistendo, infine, accordi bilaterali tra Italia e Santa Sede che deroghino alle regole indicate dall'art. 11 c.p.

Ne bis in idem, processo penale e procedimento canonico (nota a Cass. Pen., Sez. pen. III, 18 maggio 2018, n. 21997)

Flora Trapani

1. *Il caso, la questione giuridica e la soluzione della Suprema Corte*

Con la sentenza in commento, la Suprema Corte ha offerto interessanti precisazioni in ordine ad una tematica di particolare interesse, vale a dire quella dell'applicabilità del ne bis in idem nei rapporti tra processo penale e procedimento canonico[1].

Ed invero, va subito detto che per la Corte di legittimità nell'ipotesi di reato commesso nel territorio nazionale da un membro del corpo ecclesiastico, soggetto anche alla giurisdizione della Santa Sede, con cui non vigono accordi idonei a derogare alla disciplina di cui all'art. 11 c.p., la condanna alle sanzioni previste dal diritto canonico, all'esito del processo celebrato innanzi agli organi giurisdizionali ecclesiastici, non preclude il giudizio innanzi al giudice penale per i medesimi fatti, non costituendo il divieto di *bis in idem* convenzionale principio generale del diritto internazionale riconosciuto e automaticamente recepito dall'ordinamento interno ai sensi dell'art. 10 Cost.

Ne deriva che, in caso di irrogazione della sanzione massima della dimissione allo stato clericale nei confronti di un sacerdote imputato del delitto di violenza sessuale commesso in danno di alcuni minori, non sussiste preclusione processuale per il giudizio penale, non essendo applicabile né l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'accordo Schengen, cui non ha aderito la Santa Sede, né l'art. 4, prot. n. 7 della Convenzione Edu, non essendo la Santa Sede Stato parte della Convenzione ma solo uno dei cinque paesi che godono dello *status* d'osservatore presso il Consiglio d'Europa, né esistendo, infine, accordi bilaterali tra Italia e Santa Sede che deroghino alle regole indicate dall'art. 11 c.p.

Nel caso di specie, un sacerdote veniva ritenuto responsabile di condotte di abuso su minori, all'esito del processo canonico innanzi agli organi di giurisdizione della

---

[1] Andrea Nocera, *Il divieto di bis in idem non opera nei rapporti tra processo canonico e giudizio penale*, in *www.ilpenalista.it*, 19 giugno 2018. Sulle recenti vicende del ne bis in idem alla luce della CEDU, Alberto Alessandri, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina degli abusi di mercato*, in *Giur. comm*., 2014, I, p. 855 ss.; Ivo Caraccioli, *La progressiva assimilazione tra sanzioni penali e sanzioni amministrative e l'inevitabile approdo al principio del* ne bis in idem, in *Il fisco*, 2014, p. 2374 ss.; Francesco D'Alessandro, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. pen. proc*., 2014, p. 614 ss.; Giovanni Maria Flick, *Giustizia penale ed economia pubblica e provata: profili problematici*, in *Cass. pen*., 2017, p. 3461 ss.; Vincenzo Maiello, *Doppio binario sanzionatorio, ne bis in idem e reati tributari*, in *Giur. comm*., 2018, II, p. 348 ss.; Luca Masera, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018; Francesco Mazzacuva, *Le pene nascoste*, Torino, 2017; Alessandro Tripodi, *Cumuli punitivi,* ne bis in idem *e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2017, p.1065 ss.; Francesco Viganò, *Doppio binario sanzionatorio e* ne bis in idem: *verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in *Dir. pen. contemporaneo – Riv. trim*., 2014, p. 219 ss.

Santa Sede e condannato, con decreto Pontificio, non impugnabile, alla sanzione della riduzione allo stato laicale.

Nei confronti del medesimo soggetto veniva emessa sentenza di condanna, all'esito del giudizio abbreviato, per plurimi episodi di violenza sessuale commessi ai danni di cinque diversi ragazzi, alcuni minori di anni quattordici all'epoca dei fatti e altri minori di anni diciotto, pena rideterminata dal giudice di appello in anni 4, mesi 7 e giorni 10 di reclusione.

La difesa dell'imputato eccepisce la violazione dell'art. 649 c.p.p., in quanto i procedimenti canonico e penale avrebbero riguardato gli stessi fatti e non vi sarebbe dubbio sulla natura sostanzialmente e formalmente penale della sanzione (riduzione allo stato laicale, qualificata come la sanzione massima e più grave che possa essere inflitta a un sacerdote) definitivamente irrogata dal tribunale ecclesiastico (nella specie, dalla Congregazione per la dottrina della fede, all'esito del "processo penale amministrativo ex can. 1720 CIC", cui ha fatto seguito il decreto del Sommo Pontefice)[2].

In particolare, veniva criticata la decisione del giudice di appello che respingeva l'eccezione di preclusione *ex* art. 649 c.p.p., non essendo invocabile per la Corte di Appello l'art. 54 della Convezione di applicazione dell'accordo Schengen non avendovi aderito la Santa Sede, né la Cedu, art. 4, prot. n. 7 non avendovi aderito la Santa Sede, né, infine, essendo in vigore tra Italia e Vaticano accordi bilaterali derogatori alla disciplina di cui all'art. 11 c.p., comma 1.

La prospettazione difensiva evidenziava che lo Stato Città del Vaticano, pur non avendo mai fatto formale richiesta di adesione all'Ue, ne condivide i principi fondamentali, svolgendo un ruolo di alto profilo nella costruzione dell'UE; dall'altro che il divieto di doppio giudizio sancito dall'art. 4, par. 7 Convenzione Edu e dall'art. 54 del T.F.Ue costituisce un principio generale di diritto riconducibile alla categoria delle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, oggetto di ricezione automatica *ex* art. 10 Cost.[3].

Il ricorrente, in buona sostanza, deduceva la violazione dell'art. 649 c.p.p. e del principio del *ne bis in idem* internazionale, oggetto di ricezione automatica *ex* art. 10 Cost., la cui operatività va al di là del singolo ordinamento nazionale, quale principio tendenziale che ispira l'ordinamento internazionale rispondendo a evidenti ragioni di garanzia, sottesa al riconoscimento dell'efficacia preclusiva ad una sentenza straniera che abbia irrevocabilmente giudicato di un reato commesso in Italia da un cittadino straniero.

Viene così ad essere affrontata la questione della "*preclusione processuale ex art. 649 c.p.p. derivante dalla celebrazione del "processo amministrativo penale con rito canonico" nei confronti di appartenenti all'ordine clericale per gravissimi delitti violativi della Legge universale e dei precetti del Decalogo e della cumulabilità delle sanzioni canoniche inflitte e sanzioni penali per il medesimo fatto (nella specie, condotte commesse da un sacerdote sussumibili in "fatti con violenza, o minacce, o pubblicamente, o con minori al di sotto dei sedici anni", di cui al can. 1395, n. 2 e nella ipotesi incriminatrice di atti di violenza sessuale di cui all'art. 609-bis c.p.)"*[4].

---

[2] Andrea Nocera, *Il divieto di bis in idem non opera nei rapporti tra processo canonico e giudizio penale*, cit.

[3] Andrea Nocera, *Il divieto di bis in idem non opera nei rapporti tra processo canonico e giudizio penale*, cit.

[4] Andrea Nocera, *Il divieto di bis in idem non opera nei rapporti tra processo canonico e giudizio penale*, cit.

La Suprema Corte, ritenuta astrattamente prospettabile la questione della preclusione, cui è connessa la potenziale sovrapponibilità della grave sanzione canonica a quelle penali, procede alla preliminare verifica della sussistenza delle condizioni per l'operatività del divieto di *bis in idem*, valutando la medesimezza del fatto oggetto del precedente giudizio (canonico) e, quindi, alla individuazione dei confini applicativi del divieto di doppio giudizio, alla luce della natura convenzionale o pattizia dello stesso, che trova la propria fonte legittimante nell'art. 4, prot. 7, della Convenzione Edu e nel conforme art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[5].

2. *Il ne bis in idem nella giurisprudenza sovranazionale e le ricadute costituzionali*

La pronuncia in esame offre lo spunto per ripercorrere, sia pur sinteticamente, i sentieri della giurisprudenza della Corte Edu nell'ipotesi di contestuale irrogazione, con provvedimento definitivo e non più opponibile, di sanzioni amministrative pecuniarie (per illeciti penali violativi di norme tributarie e per ipotesi di *market* abuse) e di condanna penale per i medesimi fatti.

È noto che il fronte interno della repressione in materia *lato sensu* economica, oggi banco di prova del diritto penale della modernità, viene, da anni, investito da un penetrante *trend* di rafforzamento della tutela in chiave coercitiva, proveniente dal piano sovrastatale.

L'attuazione nazionale di siffatta strategia ha comportato significativi innalzamenti dei limiti edittali delle fattispecie penali ed un parallelo, e cumulativo, apparato di sanzioni amministrative.

Questa versione del *doppio binario*, che si innesta in ambiti cruciali della vita economica del paese (quali quelli relativi agli abusi di mercato ed agli illeciti tributari), non ha tardato a divenire un *problema del diritto vivente* nella dimensione integrata dell'esperienza giuridica sovranazionale; in particolare, essendone stata denunciata una relazione di perplessa compatibilità col principio del *ne bis in idem*, almeno a far data dall'arresto[6] con il quale la Corte EDU ne ha riconosciuto rango e portata di diritto fondamentale, così dando veste di *diritto convenzionale* alla previsione dell'art. 4, Prot. 7 CEDU.

Ed invero, le esigenza di giustizia ed equità, funzionali all'implementazione delle funzioni di prevenzione integrazione del sistema penale, espresso dal divieto del *ne bis in idem sostanziale e processuale*, così come declinato dalle fonti sovranazionali, può fungere oggi e sempre più per il futuro da *limite alla potestà punitiva* arginando non solo il fenomeno del ricorso cumulativo a strumenti caratterizzati da una particolare carica afflittiva sproporzionata (si pensi all'istituto della confisca ovvero delle sanzioni pecuniarie ed interdittive) ma anche la preoccupante moltiplicazione delle contestazioni penali in relazione ad un medesimo fatto storico, avvallata nella prassi attraverso l'adozione di una concezione di *medesimo fatto* vincolata alla fattispecie

---

[5] Andrea Nocera, *Il divieto di bis in idem non opera nei rapporti tra processo canonico e giudizio penale*, cit.

[6] Corte EDU, sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia. Per una prima analisi della pronuncia, nell'amplissima letteratura, Alberto Alessandri, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 855 ss.

astratta anziché alla materialità della condotta posta in essere[7].

Il tema ha suscitato l'interesse di molteplici recenti pronunce delle corti europee in materia di *ne bis in idem*[8], laddove emerge la fondamentale necessità di non attribuire allo stesso soggetto, in relazione ad un unico fatto storico concreto, la violazione plurima di disposizioni sanzionatorie ed afflittive, con la conseguenza di dover celebrare una pluralità di processi, tutte le volte che una di esse sia sufficiente ad esaurire il disvalore complessivo della condotta e laddove l'applicazione congiunta delle sanzioni determini un trattamento che viola il principio di proporzione del carico afflittivo.

Trattasi, in altri termini, di una fondamentale istanza equitativa, che non deve essere fine a se stessa, ma funzionale alla realizzazione dei compiti di orientamento culturale e di 'motivabilità secondo norme' esercitabili dalle istituzioni penali nella cornice pluralistica e 'discorsiva' propria delle democrazie costituzionali.

Tale impostazione, si ricollega al principio del *ne bis in idem* sostanziale e processale penale, che la sottende e, allo stesso tempo, la implementa in una dimensione in cui gli scopi della pena vanno assunti a fondamento del sistema complessivo di giustizia penale, dei suoi principi di riferimento e delle stesse categorie dommatiche aventi funzione esplicativa dei presupposti della punibilità[9].

Un primo ambito in cui il principio ha trovato applicazione è quello del diritto penale dei mercati finanziari, nato da una costola del diritto penale societario, che ha oscillato storicamente tra opposti poli: la penalizzazione diffusa, al principio degli anni '90; l'ampia depenalizzazione con il testo unico della finanza del 1998 (D.lg. 24 febbraio 1998, n. 58).

Il settore è rimasto immune dalla depenalizzazione occulta che caratterizza il diritto penale societario.

Anzi, il legislatore di recente ha inteso "mostrare i muscoli". Non solo con drastici irrigidimenti dell'apparato punitivo, come l'indiscriminato raddoppio delle sanzioni previste dal testo unico della finanza nella legge sulla tutela del risparmio (art. 39 l. n. 262/2005); ma anche con la creazione, per le società quotate, di una serie di illeciti penali – in tema di *corporate governance*, informazione al pubblico, alle autorità di vigilanza e alla revisione contabile – ispirati ad una visione pubblicistica o comunque sovraindividuale dei valori in gioco.

L'inasprimento delle sanzioni penali per l'*insider trading* e per le manipolazioni del mercato ed il loro cumulo con le sanzioni amministrative irrogate dalla CONSOB ha provocato una reazione critica della Corte EDU[10] (cfr. sentenza Grande Stevens del 4 marzo 2014 ed ulteriori pronunzie, anche della Corte costituzionale e della Corte di giustizia), destinata ad assurgere ruolo di vero e proprio *leading case* in materia, la quale ha evidenziato l'incompatibilità tra il sistema del doppio binario sanzionatorio – amministrativo e penale –, sul quale è attualmente basato il sistema legislativo italiano in materia di manipolazione del mercato, e i diritti umani tutelati dalla Convenzione.

Nello specifico, i giudici della Corte Europea hanno denunciato che l'apparato

---

[7] Vincenzo Maiello, *Doppio binario sanzionatorio, ne bis in idem e reati tributari*, cit., p. 348 ss

[8] Alessandro Tripodi, *Cumuli punitivi,* ne bis in idem *e proporzionalità*, cit., p. 1065 ss.

[9] Questo assunto metodologico, a sua volta, implica la ricostruzione in chiave positivo-integratrice i profili preventivi delle finalità della sanzione penale, secondo scansioni di tipo struttural/funzionalistico. Per tale impostazione, Vincenzo Maiello, *Clemenza e sistema penale,* Napoli, 2007, p. 354 ss.

[10] Giovanni Maria Flick, *Giustizia penale ed economia pubblica e provata: profili problematici*, in *Cass. pen.,* 2017, p. 3461 ss.

punitivo delineato agli artt. 185 TUF, quanto alla fattispecie penale, e 187-*ter* TUF, sul piano dell'illecito amministrativo, pone seri dubbi di coerenza rispetto al diritto ad un equo processo (di cui all'art. 6, par. 1 CEDU) e al diritto a non essere giudicati o puniti due volte per lo stesso fatto (art. 4, prot. 7 CEDU).

La Corte, in ossequio al consolidato orientamento di diritto europeo, fornendo una interpretazione sostanzialistica della natura penale delle norme di diritto interno – piuttosto che una "nominalistica" – rileva dunque l'incompatibilità con il divieto convenzionale di *ne bis in idem* del regime del doppio binario sanzionatorio previsto dalla legislazione italiana per gli abusi di mercato.

Nella sentenza "Grande Stevens", i giudici di Strasburgo, richiamando costante giurisprudenza di matrice europea[11], enunciano che, al fine di stabilire la sussistenza di una «accusa in materia penale», è necessario verificare la sussistenza di tre criteri – tra loro alternativi e non cumulativi – noti come "criteri di Engel". Essi sono: 1) la qualificazione giuridica della misura; 2) la natura della misura; 3) la natura e il grado di severità della misura.

La Corte, sul punto, evidenzia però che il primo di questi criteri non è da ritenersi decisivo ai fini della definizione della *matière pénale,* in quanto le indicazioni che fornisce il diritto interno hanno un valore relativo e si deve preferire una valutazione di tipo pragmatico, che guardi, sotto il profilo sostanziale, alla natura della sanzione.

Dei tre criteri originari, la Corte valorizza in particolare il terzo, in considerazione non tanto delle sanzioni amministrative pecuniarie e interdittive irrogate in concreto, quanto piuttosto di quelle astrattamente comminate dal TUF. Tale dato mette in luce, secondo la Corte, la natura prettamente repressivo-punitiva dell'apparato sanzionatorio, con un'evidente funzione dissuasiva che è, per l'appunto, tipica delle sanzioni sostanzialmente penali, indipendentemente dalla loro qualificazione dall'ordinamento nazionale[12].

Appurata in senso positivo la conducibilità delle sanzioni in esame al concetto di materia penale, restava da affermare la violazione del principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 4, prot. 7 CEDU.

In questo settore cruciale del diritto punitivo in ambito economico, nel quale continuano a convivere misure amministrative e penalistiche in un irrazionale "doppio binario" sanzionatorio, si innestano poi le recenti iniziative normative dell'UE, che rivelano chiaramente scelte opposte rispetto alle tendenze riformatrici che la giurisprudenza di Strasburgo vorrebbe contenere. Ci si riferisce al Regolamento 596/2014 ed alla Direttiva 57/2014 dell'UE, che continuano ad alimentare la sovrapposizione tra illecito penale ed illecito amministrativo, con conseguente tutela coercitiva multipla[13].

Restano le preoccupazioni legate alla identificazione della dimensione offensiva degli illeciti di settore, di necessità collegata a sfuggevoli "beni-funzione" a carattere macroeconomico: la correttezza, affidabilità ed efficienza dei mercati finanziari. In

---

[11] Si veda, *in primis,* Sent. Engel e altri c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976; più recentemente, Sent. Corte di Giustizia Europea, Grande Sezione, 5 giugno 2012, C-489/10, Bonda. Per una ricostruzione dei criteri utilizzati dalla Corte, si veda Vittorio Manes, *Art. 7 Cedu,* § 1, in Bartole-De Sena-Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo,* Padova, 2012, p. 259 ss.

[12] Francesco Viganò, *Doppio binario sanzionatorio e* ne bis in idem: *verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?,* cit., p. 225.

[13] Francesco Mucciarelli, *Riforma penalistica del market abuse: l'attesa continua*, in *Dir. pen. proc*., 2018, p. 5 ss.; Federico Consulich, *Manipolazione dei mercati e diritto eurounitario,* in *Le società,* 2016, p. 2013 ss.

questa prospettiva, la carica lesiva della condotta incriminata tende inevitabilmente a sbiadire: giacché il disvalore del fatto si proietta sulle sue conseguenze mediate, riguardate in una dimensione seriale.

Simili preoccupazioni vengono amplificate dal *deficit* di determinatezza – peraltro difficilmente emendabile – di talune fattispecie-chiave: cfr. il requisito dell'idoneità ad influire in modo sensibile sui prezzi degli strumenti finanziari, richiesto per l'*insider trading* e la manipolazione del mercato.

Le conclusioni della Corte CEDU nella vicenda Grande Stevens hanno una valenza che va ben oltre il caso di specie, ma coinvolge sia in generale il sistema del doppio binario fra illeciti, procedimenti e sanzioni di carattere penale ed amministrativo; sia più specificamente l'assetto di questi ultimi nel sistema tributario nazionale.

Ed infatti, dalla sentenza Grande Stevens sono derivati ulteriori sviluppi soprattutto nel campo delle sanzioni del diritto tributario[14], che costituirà un importantissimo banco di prova in subiecta materia.

Si è trattato delle occasioni ove la Corte EDU ha affermato la violazione del *ne bis in idem* in relazione a sistemi scandinavi di repressione degli illeciti tributari, imperniati sul doppio binario sanzionatorio[15]. Per la giurisprudenza europea è il finalismo della sanzione applicata a segnare il momento di svolta nella verifica del doppio binario sanzionatorio: dovranno essere considerate penali "*tutte le sanzioni che manifestano ed esprimono finalità intimidativa, deterrente, con funzioni di prevenzione generale o speciale*".

Nel definire le condizioni in cui può verificarsi un *bis in idem* rilevante, il giudice della CEDU afferma che: 1) il primo procedimento deve aver avuto ad oggetto una materia qualificabile penale, in considerazione della natura e della finalità della sanzione irrogata; 2) i fatti riguardanti il secondo addebito devono essere *identici* o *sostanzialmente i medesimi*, sulla base di ciò che sia ricavabile dal fascicolo procedimentale; 3) la prima pronuncia applicativa della sanzione deve esser divenuta *res iudicata*; 4) i due procedimenti devono correre su binari paralleli e devono avere epiloghi sanzionatori reciprocamente impermeabili: in altri termini, la sanzione applicata dal secondo giudice non deve presentare connessioni di sorta con la prima.

Sennonchè, con la sentenza 15 novembre 2016, A e B contro Norvegia, la Grande Camera della Corte di Strasburgo ha enunciato un principio di diritto lievemente differente, in qualche modo tornando sui suoi passi e affermando che il ne bis in idem non opera quando i procedimenti sono avvinti da un legame materiale e temporale sufficientemente stretto («sufficiently closely connected in substance and in time»), attribuendo a questo requisito tratti del tutto nuovi rispetto a quelli che emergevano dalla precedente giurisprudenza. In particolare la Corte di Strasburgo ha precisato che a) legame temporale e materiale sono requisiti congiunti, che b) il legame temporale non esige la pendenza contemporanea dei procedimenti, ma ne consente la consecutività, a condizione che essa sia tanto più stringente, quanto più si protrae la durata dell'accertamento, che c) il legame materiale fra i due procedimenti dipende: 1) dal perseguimento di finalità complementari connesse ad aspetti differenti della condotta; 2) dalla prevedibilità della duplicazione dei procedimenti; 3) dal grado di coordinamento probatorio tra di essi,; e soprattutto 4) dalla circostanza che nel commisurare la seconda sanzione si possa tenere conto della prima, al fine di evitare l'imposizione di un eccessivo peso per lo stesso fatto illecito, con conseguente violazione

---

[14] Tra le principali pronuncie, Corte EDU, *Nykänen c. Finlandia*, 20.5.2014; Corte eur. dir. umani, *Lucki Dev c. Svezia*, 27.11.2014; Corte eur. dir. umani, *Kiiveri c. Finlandia*, 10.2.2015.

[15] Corte EDU, sez. IV, 20 maggio 2014, *Nykänen c. Finlandia*, cit.

del principio di proporzione della sanzione all'offesa.

Al contempo, sempre secondo la Corte Edu si dovrà valutare anche se le sanzioni, pur convenzionalmente penali, appartengano o no al nocciolo duro del diritto penale, perché in caso affermativo si dovrà valutare con maggiore severità la sussistenza del legame fra i procedimenti e più riluttanti a riconoscerne la ricorrenza in concreto.

Tale decisione, tuttavia, ha trasfigurato la fisionomia genetica del principio, come detto funzionale ad un trattamento sanzionatorio ragionevole e proporzionato.

Una successiva decisione[16], ha effettuato il *test* ravvisando la violazione del principio, senza però dissipare i dubbi e le perplessità generati dal contenuto della verifica.

Nell'occasione, sotto esame era il doppio binario sanzionatorio islandese in materia di violazioni tributarie. Riconosciute natura sostanzialmente penale alla sanzione amministrativa e medesimezza fattuale nei due procedimenti secondo il criterio dell'*idem factum*, la Corte ha applicato il *test* della *connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta* per verificare se i due procedimenti potessero essere considerati parti di un unico procedimento sanzionatorio integrato, vagliando *uno per uno* gli indici individuati nella decisione *A e B. c. Norvegia*.

L'esito negativo del *test* ovvero il riscontro della *formale* e *sostanziale* autonomia dei due procedimenti ha fatto leva sui profili temporali che hanno caratterizzato lo sviluppo degli stessi e sull'indipendenza che ha contraddistinto le corrispondenti raccolta e valutazione delle prove.

Il dibattito normativo, giurisprudenziale e dottrinale sul princìpio del *ne bis in idem*, tuttora irrisolto, si è sviluppato anche nel diritto interno, nella consapevolezza della crisi del principio di stretta legalità, nel confronto fra ordinamenti europei e ordinamento nazionale.

Il riferimento corre ai rapporti fra l'illecito amministrativo di cui all'art. 13, comma 1, d.lgs. 471 del 1997 e gli illeciti penali di cui agli artt. 10-bis e 10-*ter* d.lgs. 74 del 2000, letto altresì alla luce delle recenti riforme delle cause di non punibilità che nel 2015 hanno interessato la materia penale tributaria[17].

Si ricorda che sul tema, la Cassazione assume da sempre un atteggiamento di chiusura negando – con particolare riferimento ai rapporti fra i delitti di omesso versamento di ritenute certificate e di omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto con l'illecito amministrativo di cui all'art. 13, comma 1, d.lgs. 471 del 1997 – la sussistenza di una possibile violazione del *ne bis in idem*, affermando sostanzialmente che si tratta di fatto non identici e non sovrapponibili[18].

Inoltre, in diversi pronunce la Suprema Corte ha sostenuto che di un *ne bis in idem* con riferimento all'applicazione di sanzioni amministrative tributarie e penali per l'omesso versamento degli acconti Iva e delle ritenute non può parlarsi in ragione del fatto che diversi sono i destinatari delle stesse: infatti, assai di frequente, la violazione tributaria è contestata ad una società, mentre, ovviamente, il relativo illecito penale è attribuito al soggetto persona fisica che gestisce le predette imprese ed evidentemente tale circostanza impedisce di affermare che un medesimo soggetto giuridico sia desti-

---

[16] Corte Edu, Jóhannesson e a. c. Islanda, 18.5.2017.

[17] In argomento, Vincenzo Maiello, *Doppio binario sanzionatorio, ne bis in idem e reati tributari,* cit., p. 348 ss.

[18] Cass. pen., Sez. unite, 28 marzo 2013, n. 37425 Favellato e Cass. pen., Sez. unite, 28 marzo 2013, n.37424, Romano; Cass. pen., Sez. III, 22 giugno 2015, n. 25815; Cass. pen., Sez. III, 15 maggio 2014, n. 20266.

natario di una duplicità di sanzioni per il medesimo fatto[19].

A prescindere da tali decisioni, tuttavia, la problematica del *ne bis in idem*, con riferimento al concorso di sanzioni penali e tributarie aventi ad oggetto la medesima vicenda, torna con frequenza all'esame della giurisprudenza, la quale, in assenza - e non potendosene certo ipotizzare una pronta risposta - di un intervento del legislatore ha cercato in più occasioni di individuare alcune possibili soluzioni onde evitare nuove condanne del nostro Paese in sede sovranazionale per violazione dell'art. 4 prot. 7 Cedu.

In alcuni casi, i giudici di merito hanno denunciato la violazione del *ne bis in idem* avanti alla Corte di Giustizia Ue[20], con esiti non soddisfacenti posto che i giudici del Lussemburgo hanno escluso ogni loro competenza sul punto; in altre pronunce[21] si è affermato che la violazione del principio di *ne bis in idem* potrebbe essere riscontrata dallo stesso giudice di merito che dovrebbe quindi adottare una decisione di non luogo a procedere nei confronti dell'imputato che risulti per il medesimo fatto già stato sanzionato – con una pena pecuniaria assolutamente significativa, tanto da assumere natura penale – in sede amministrativa; infine – con soluzione presumibilmente più coerente con il sistema nazionale – si è scelto di adire sulla questione la Corte costituzionale onde verificare se una pronuncia della stessa potesse determinare una soddisfacente soluzione del problema[22].

Dal canto suo, la Corte Costituzionale, adita dal Tribunale di Monza, ha con la recentissima ordinanza n. 43 del 2018 dichiarato inammissibile la questione relativa alla illegittima costituzionale del sistema del doppio binario in materia penale tributaria, sia pure con una maggiore attenzione della Consulta alla tematica in parola[23].

Il giudice delle leggi conferma che, in un'ottica attenta solo alla normativa nazionale, ordinaria e costituzionale, il Legislatore può legittimamente scegliere di punire un fatto, sia con la sanzione penale, sia con la sanzione tributaria (sempre che le risposte sanzionatorie nel complesso palesemente sproporzionate), demandando l'applicazione di tali sanzioni a due diverse autorità – quella giurisdizionale e quella amministrativa – e in tal caso l'eventualità che il processo penale origini dopo che l'esito del procedimento sanzionatorio amministrativo, vertente sul medesimo fatto, è divenuto definitivo, o viceversa, non comporta alcuna violazione del divieto di *bis in idem* processuale ricavabile dalla Costituzione, ma riflette piuttosto l'ampia sfera di reciproca autonomia tra sanzioni amministrative e penali in senso proprio che è tipica dell'ordinamento giuridico nazionale (affermazioni già presenti nelle sentenze n. 109 e n. 43 del 2017, n. 49 del 2015).

Al contempo, però, la Corte costituzionale riconosce che tali affermazioni devono mutare di segno laddove le sanzioni di natura amministrativa rivestano carattere penale

---

[19] Ciro Santoriello, *Il ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Ue: "così è se vi pare" (o almeno se così riterrà il singolo giudice nazionale)*, in www.ilpenalista.it. 23 aprile 2018.

[20] Trib. Torino, Sez. IV, 27 ottobre 2014; Trib. Bergamo, 16 settembre 2015.

[21] Trib. Asti, 5 maggio 2015, n. 717; Trib. Terni, 12 giugno 2015.

[22] Cfr. Corte cost., sentenza n. 102 dell'8 marzo 2016, con riferimento all'art. 187-*bis* comma 1, Testo unico della finanza nella parte in cui la disposizione impugnata prevede *salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato* anziché *salvo che il fatto sia previsto come reato* e all'art. 649 c.p.p. nella parte in cui non prevede «l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale»; entrambe le questioni sono state dichiarate inammissibili.

[23] Ciro Santoriello, *Il ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Ue: "così è se vi pare" (o almeno se così riterrà il singolo giudice nazionale)*, cit.

ai sensi dell'art. 7 della Cedu, sulla base dei criteri di qualificazione enunciati dalla consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera, 8 giugno 1976, Engel e altri contro Paesi Bassi), posto che, una volta riconosciuta la natura penale, in base all'art. 7 della Cedu, di una sanzione amministrativa, deve ritenersi operante il divieto di *bis in idem*, con la conseguenza che la definitività dell'esito del procedimento amministrativo deve precludere l'avvio del processo penale, e viceversa. Con questa affermazione, la Corte costituzionale finalmente riconosce che il *ne bis in idem* cd. convenzionale ha natura processuale e ha carattere tendenzialmente inderogabile, nel senso che la sua efficacia non può essere mediata da apprezzamenti discrezionali del giudice in ordine alle concrete modalità di svolgimento dei procedimenti sanzionatori ma si riconnette esclusivamente alla constatazione che un fatto, colto nella sua componente naturalistica (cosiddetto *idem factum*), è già stato giudicato in via definitiva, con ciò impedendo l'avvio di un nuovo procedimento[24].

In particolare, diversamente da quanto affermato in alcune occasioni dalla Corte di Giustizia Ue[25] – secondo la quale, a fronte di un obbligo a carico dello Stato membro di repressione di certe condotte, l'efficacia del divieto di *bis in idem* basato sull'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è subordinata ad una verifica sul carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo delle sanzioni applicate, per cui qualora la risposta sanzionatoria è da ritenersi inadeguata il giudice potrebbe procedere ad un secondo giudizio anche se il primo è già esaurito – nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, il divieto di *bis in idem* esclude ogni valutazione di tale natura, operando su una sfera esclusivamente processuale, e perciò per la violazione di tale divieto è indifferente l'eventuale eccessiva gravosità della sanzione complessivamente erogata al singolo contribuente infedele.

In questo modo, in sostanza, la Consulta perviene – superando o comunque integrando la sua precedente giurisprudenza – ad una definizione compiuta della problematica del *ne bis in idem*, sostenendo *a*) che la nozione in parola ha natura processuale, il che significa che *b*) il rispetto del divieto di *bis in idem* impedisce che un soggetto sia processato due volte, in due sedi diverse, per il medesimo fatto e ciò *c*) a prescindere che i due diversi processi si concludano con due sanzioni ovvero che uno dei due procedimenti si concluda senza applicazione di sanzione ovvero essendo irrilevante che la sanzione complessivamente irrogata – ovvero la pena risultante dalla "somma" delle sanzioni applicate nei due diversi processi – sia ragionevole o di contro eccessivamente gravosa per l'interessato[26].

Questa conclusione, secondo il giudice delle leggi, incontra una sola limitazione, conseguente alla innovativa giurisprudenza della stessa Corte europea dei diritti dell'uomo con la citata sentenza 15 novembre 2016, A e B contro Norvegia.

Secondo la Consulta, dunque, la sentenza A e B contro Norvegia ha innovato profondamente il divieto di *bis in idem* rispetto al quadro esistente al tempo dell'ordinanza di rimessione, essendosi passati dal divieto imposto agli Stati aderenti di configurare per lo stesso fatto illecito due procedimenti che si concludono indipendentemente l'uno dall'altro, alla facoltà di coordinare nel tempo e nell'oggetto tali procedimenti, in modo che essi possano reputarsi nella sostanza come preordinati a un'unica, prevedibile e

---

[24] Ciro Santoriello, *Il ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Ue: "così è se vi pare" (o almeno se così riterrà il singolo giudice nazionale)*, cit.

[25] Nella pronuncia 26 febbraio 2013, in causa C-617/10, Fransson.

[26] Ciro Santoriello, *Il ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Ue: "così è se vi pare" (o almeno se così riterrà il singolo giudice nazionale)*, cit.

non sproporzionata risposta punitiva, avuto specialmente riguardo all'entità della pena (in senso convenzionale) complessivamente irrogata[27].

Tale mutamento della giurisprudenza sovranazionale, che determina una modifica del significato dell'art. 4 protocollo n. 7 integrativo della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, sopravvenuto all'ordinanza di rimessione per effetto di una pronuncia della grande camera della Corte di Strasburgo che esprime il diritto vivente europeo, impone secondo la nostra Corte costituzionale la restituzione degli atti al giudice *a quo*, ai fini di una nuova valutazione sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale: se, infatti, il giudice *a quo* ritenesse che il giudizio penale è legato temporalmente e materialmente al procedimento tributario al punto da non costituire un *bis in idem* convenzionale, non vi sarebbe necessità ai fini del giudizio principale di introdurre nell'ordinamento, incidendo sull'art. 649 c.p.p., alcuna regola che imponga di non procedere nuovamente per il medesimo fatto.

Pochi giorni dopo tale decisione, sono intervenute tre decisioni della Grande Sezione della Corte di Giustizia[28] in tema di compatibilità con il diritto dell'Unione – con riferimento alla previsione di cui all'art. 50 della Carta dei diritti dell'Unione europea – del sistema italiano del doppio binario penale/amministrativo, profilo riguardato con riferimento al doppio binario sanzionatorio in materia di reati tributario (causa Menci, C-524/15), in tema di abusi di mercato (causa Garlsson Real Estate e a., C-537/16) e infine in materia di *insider trading* (cause Di Puma, C-596/16, e Zecca, C-597/16).

Tali decisioni sicuramente hanno introdotto alcuni punti fermi nel discorso sul divieto di *bis in idem*, soprattutto in materia di manipolazioni di mercato, che potranno utilmente indirizzare il giudice italiano nella sua, non semplice, opera di interpretazione.

Viene ribadito che il concetto di *idem factum* va riferito al fatto storico in sé considerato e non alla sua qualificazione giuridica così come si afferma che una sanzione va qualificata come penale, nonostante sia diversa la sua qualificazione formale, quando la stessa presenti caratteri di afflittività. Ciò posto, secondo la Corte di Giustizia, il cumulo di sanzioni sostanzialmente penali relative allo stesso fatto storico non costituisce *tout court* una violazione del *bis in idem* europeo, potendo rappresentare una semplice limitazione di tale diritto, purché *a*) le sanzioni siano finalizzate – nel rispetto del principio di proporzionalità – a un obiettivo di interesse generale tale da giustificare il cumulo (fermo restando che i procedimenti e le sanzioni devono avere scopi complementari); *b*) siano previste da regole chiare e precise, tali da rendere prevedibile il ricorso ad un sistema di doppio binario sanzionatorio; *c*) garantiscano un coordinamento fra i due procedimenti relativi all'*idem factum*, in modo da limitare il più possibile gli oneri supplementari che il ricorso a tale sistema genera; infine *d*) siano rispettose del principio di proporzione della pena, limitando a quanto strettamente necessario il complesso delle sanzioni irrogate.

La verifica circa il rispetto di tali requisiti spetta al giudice nazionale, per il tramite di un'analisi e un esame delle caratteristiche concrete della vicenda sottoposta al suo esame. Volendo dare esemplificazione di quali siano i compiti del giudice nazionale, ad esempio, la Corte di Lussemburgo esclude la possibilità di censurare il doppio binario

---

[27] Ciro Santoriello, *Il ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Ue: "così è se vi pare" (o almeno se così riterrà il singolo giudice nazionale)*, cit.

[28] Vale a dire le sentenze della Corte di giustizia del 20 marzo 2018 (nelle cause C-524/15, Menci; C-537/16, Garlsson Real Estate; cause riunite C-596/16 e C-597/16 Di Puma e Consob. Sul tema, approfonditamente, Ciro Santoriello, *Il ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Ue: "così è se vi pare" (o almeno se così riterrà il singolo giudice nazionale)*, cit.

previsto dal legislatore italiano in materia tributaria, in quanto l'applicazione di una duplice sanzione sembra limitata ai procedimenti penali inerenti reati di una certa gravità e il complessivo trattamento punitivo risultante dall'applicazione della sanzione penale e di quella amministrativa pare rispettoso dei canoni del minimo sacrificio necessario, mentre di contro la medesima soluzione sanzionatoria assunta con riferimento alle condotte di manipolazioni di mercato viene ritenuta confliggente con il divieto di *bis in idem*, essendo eccessivo il sacrificio dell'imputato, tanto dal punto di vista degli oneri cui il doppio procedimento lo espone , quanto da quello della proporzione della sanzione (in particolar modo, i giudici affermano che la prosecuzione del procedimento formalmente amministrativo ma sostanzialmente penale di cui all'art. 187-*ter* Tuf eccede quanto strettamente necessario per conseguire l'obiettivo che la normativa in materia di manipolazione di mercato si prefigge, essendo la sanzione prevista dall'art. 185 Tuf – salvo verifica del giudice nazionale – sufficientemente severa da reprimere il comportamento in questione in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva).

È evidente che nell'ottica proposta dalla Corte di Lussemburgo gli spazi per una valutazione circa la violazione del divieto di *ne bis in idem* sono decisamente maggiori e costituiranno in futuro interessanti spunti di ricerca. Rispetto a un riconoscimento di un automatico divieto del secondo giudizio, teso a infliggere una sanzione di natura sostanzialmente penale in relazione a un medesimo fatto storico, quando il primo giudizio sia giunto a una pronuncia definitiva di condanna o assoluzione, i giudici della Corte di Giustizia hanno pref*erito rimettere al singolo giudice nazionale l'individuazione dell'eventuale violazione del predetto principio, sulla b*ase degli indici riassunti nei punti di cui alle lett. *a*)-*d*) sopra indicate.

È quindi possibile delineare, in via di prima approssimazione, le possibili vie teoriche da percorrere per il futuro[29]: interpretazione conforme e convenzionalmente orientata dell' art. 649 c.p.p.; questione di legittimità costituzionale dell' art. 649 c.p.p. *ex* art. 117 Cost., utilizzando come norma interposta il *ne bis in idem* nella sua dimensione europea; diretta applicazione dell'art. 50 CDFUE; diretta applicazione dell'art. 4 Prot. n. 7 CEDU; valorizzazione del principio di specialità o, meglio ancora, del principio di assorbimento, dell'illecito penal-amministrativo nell'illecito penale laddove le previsioni normative riguardino la medesima condotta concreta, determinando l'improcedibilità dell'azione amministrativa o la rinuncia alla stessa in favore di quella penale. Il riflesso positivo della scelta in favore della sede penale sarebbe quello di garantire l'effettivo rispetto delle regole del giusto processo nell'accertamento dell'illecito e nella eventuale risposta punitiva statuale improntata alle funzioni complessive del sistema penale[30].

3. *Il divieto del doppio processo penale e canonico*

Una volta delineato il contesto in cui si muove la pronuncia in esame, è possibile scendere in subiecta materia, ricordando come con due recenti pronunce la Suprema Corte[31], sulla base della consolidata giurisprudenza costituzionale[32] ha affermato che il

---

[29] Vincenzo Maiello, *Doppio binario sanzionatorio, ne bis in idem e reati tributari*, cit., p. 348 ss.

[30] Vincenzo Maiello, *Doppio binario sanzionatorio, ne bis in idem e reati tributari*, cit., p. 348 ss.

[31] Cass. pen., Sez. II, 16 febbraio 2018, n. 23043, P.G. c. Gentile; Cass. pen., Sez. II, 20 giugno 2017, n. 43435, P.G. c. Cataldo.

[32] Corte cost., n. 348 del 2007; Corte cost., n. 311 del 2009; Corte cost.,n. 317 del 2009; Corte cost.,n.

giudice nazionale nell'interpretazione delle norme interne, è vincolato dai soli orientamenti consolidati della Corte di Strasburgo e non "*può disapplicare una norma interna per contrasto con una norma convenzionale, ma ha l'onere di sollevare questione di costituzionalità della norma interna da disapplicare, per contrasto con l'art. 117, comma primo, della Costituzione, onde consentire alla Corte costituzionale (unica attributaria del relativo potere-dovere) di verificare se tale interpretazione della norma della Convenzione Edu non si ponga in conflitto con altre norme costituzionali, ovvero di valutarne la compatibilità con il nostro ordinamento costituzionale*"[33].

In altri termini, la norma convenzionale assume rango costituzionale in quanto elemento integrativo dell'art. 117, comma 1, Cost. e, nel sistema delle fonti è soggetta alle operazioni di interpretazione e bilanciamento,della Corte costituzionale, nell'ambito dei giudizi di sua competenza.

Determinato l'ambito applicativo della disposizione, nel caso esaminato la Suprema Corte ha correttamente ritenuto, sulla base dei criteri Engel, che non possa dubitarsi della natura "penale" della sanzione inflitta all'imputato in base all'ordinamento canonico.

La dimissione dallo stato clericale (già prevista dal Codice di diritto canonico del 1917 come "riduzione allo stato laicale") è infatti la pena massima istituita per i chierici colpevoli di gravissimi delitti, ai sensi di can. 290, n. 2, comminabile solo nei casi tassativamente previsti dalla Legge universale (tra questi, gli atti contro il sesto precetto del Decalogo fatti con violenza, o minacce, o pubblicamente, o con minori al di sotto dei sedici anni, di cui a can. 1395, n. 2).

La sanzione viene irrogata dal tribunale ecclesiastico competente, a norma dei cann. 1720-1728, all'esito di un processo simile a quello penale, ciò che rende in astratto prospettabile la questione della violazione del divieto di doppio giudizio, essendo stato giudicato l'imputato, in sede penale dall'autorità giudiziaria penale italiana, per fatti di violenza sessuale.

Senza considerare che si tratta di una sanzione caratterizzata dalla massima afflittività e dunque sostanzialmente penale.

Nel caso concreto, tuttavia, la Corte ha ritenuto corretta la decisione del giudice di merito che ha escluso l'identità tra fatti già giudicati e fatti oggetto del procedimento penale, non essendovi assoluta certezza di corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato rispetto a quanto accertato dalla Congregazione per la dottrina della fede, sia per la genericità della descrizione degli atti sessuali contestati, sia per la diversità delle persone offese, genericamente indicate negli atti del processo canonico.

Si sottolinea al riguardo che la dedotta violazione dell'art. 649, c.p.p. non può fondarsi su un giudizio di verosimiglianza, che necessiti di accertamenti di fatto, non consentiti nel giudizio di legittimità[34].

In ogni caso, trattandosi di sanzione irrogata a seguito di processo canonico, celebrato innanzi ad autorità giurisdizionale della Santa Sede, la Corte ha ritenuto che la preclusione processuale operi comunque[35].

---

113 del 2011; Corte cost., n. 49 del 2015.

[33] Andrea Nocera, *Il divieto di bis in idem non opera nei rapporti tra processo canonico e giudizio penale*, cit.

[34] Cass. pen., Sez. VI, 5 dicembre 2017, n. 598.

[35] Andrea Nocera, *Il divieto di bis in idem non opera nei rapporti tra processo canonico e giudizio penale*, cit.

Ciò in quanto non è applicabile l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'accordo Schengen, cui non ha aderito la Santa Sede, né il citato art. 4, prot. n. 7 Convenzione Edu, non essendo Stato parte della Convenzione la Santa Sede, ma essendo solo uno dei cinque paesi che godono dello status d'osservatore presso il Consiglio d'Europa (a far data del 7 marzo 1970), ed in assenza di accordi bilaterali tra Italia e Santa Sede che deroghino alle regole indicate dall'art. 11 c.p.

In definitiva, la Corte ritiene che il principio del *ne bis in idem* sia vincolante per l'ordinamento solo se espressione di fonte pattizia o convenzionale, escludendo che costituisca principio generale del diritto internazionale riconosciuto ed automaticamente recepito *ex* art. 10 Cost.[36].

Ne deriva che, pur sussistente la astratta qualificabilità della sanzione canonica come "penale", ai fini dell'operatività del principio del *ne bis in idem*, al di là della insufficienza degli elementi certi da cui poter desumere l'identità dei fatti giudicati secondo l'ordinamento canonico e quelli giudicati dallo Stato italiano nel giudizio penale, non consente comunque la possibilità di estendere il divieto all'ordinamento dello Stato Italiano[37].

4. *Brevi osservazioni*

La sentenza in commento fissa i limiti esterni di operatività e rilevanza del principio del *ne bis in idem*, ribadendone la natura convenzionale o pattizia ed escludendone espressamente l'applicabilità in caso di irrogazioni di sanzioni canoniche nei confronti di ecclesiastici, non avendo la Santa Sede aderito alla Convenzione Edu né alla convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen[38].

Pur riconoscendo che si pone "*in astratto un problema di compatibilità tra la grave sanzione della dimissione dallo stato clericale irrogata nei confronti di un sacerdote per fatti di violenza commessi in danno di minori, espressamente contemplati dall'ordinamento della Chiesa quali violazioni della Legge universale, e quelle previste dal codice penale exart. 609-bis, ove sia riconoscibile il presupposto dell'idem factum ex art. 4, prot. 7 della Convenzione Edu, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, tuttavia la Corte nega in radice l'operatività del citato divieto*"[39].

---

[36] Andrea Nocera, *Il divieto di bis in idem non opera nei rapporti tra processo canonico e giudizio penale*, cit. Sul punto si richiama il consolidato indirizzo giurisprudenziale – espresso in relazione a ipotesi parzialmente sovrapponibili a quella in esame – secondo cui in caso di reato commesso nel territorio nazionale da cittadino appartenente ad uno Stato estraneo all'area Schengen, con cui non vigono accordi idonei a derogare alla disciplina di cui all'art. 11 c.p. (da ultimo, Cass. pen., Sez. I, 12 giugno 2014, n. 29664, P.G. in proc. Spalevic,; in senso conforme, Cass. pen., Sez. I, 5 aprile 2013, n. 20464, N.; Cass. pen., Sez. IV, 6 dicembre 2016, n. 3315, Shabani), il processo celebrato in quello Stato non preclude la rinnovazione del giudizio in Italia per i medesimi fatti, non essendo il principio del *ne bis in idem* principio generale del diritto internazionale, come tale applicabile nell'ordinamento interno indipendentemente da disposizioni pattizie tra gli Stati.

[37] Andrea Nocera, *Il divieto di bis in idem non opera nei rapporti tra processo canonico e giudizio penale*, cit.

[38] Andrea Nocera, *Il divieto di bis in idem non opera nei rapporti tra processo canonico e giudizio penale*, cit.

[39] Andrea Nocera, *Il divieto di bis in idem non opera nei rapporti tra processo canonico e giudizio penale*, cit.

La natura convenzionale del divieto non consente di ritenere corretta, ai fini del riconoscimento del principio del *ne bis in idem* nei rapporti tra Santa Sede e l'Italia, la proposta interpretazione dell'art. 23, comma 2 del Trattato lateranense, che "*consentirebbe un pieno riconoscimento della giurisdizione sovrana della Chiesa, attraverso la capacità di punire il responsabile di un delitto, riconoscendo lo Stato gli effetti all'interno del suo ordine; né pertinente l'interpretazione di tale norma fornita dal protocollo addizionale modificativo del Concordato, stipulato il 18 febbraio 1984 (punto 2, lett. c), per il quale «gli effetti civili delle sentenze e dei provvedimenti emanati da autorità ecclesiastiche […] vanno intesi in armonia con i diritti costituzionalmente garantiti ai cittadini italiani»*"[40].

Sennonchè la pronuncia sembra lasciare in ombra, pur con un ragionamento tecnicamente ineccepibile, la sproporzione sanzionatoria che si annida dietro la celebrazione di due procedimenti sostanzialmente volti all'applicazione di sanzioni formalmente e sostanzialmente penali, con conseguente pregiudizio, in un'ottica struttural/funzionalista, per gli scopi complessivi del sistema di giustizia penale, avuto riguardo in particolare alla ragionevolezza del trattamento sanzionatorio e agli scopi di prevenzione integrazione dell'ordinamento penale.

Sarebbe stato così ipotizzabile una attrazione della garanzia del ne bis in idem nel contesto dei principi generali sovraordinati che presiedono al sistema penale, con conseguente applicazione dell'art. 649 c.p.p. e con la prevalenza del rito maggiormente in sintonia con i principi del giusto processo.

La prospettiva risolutiva immediatamente e concretamente praticabile appare dunque quella di riportare la tematica nell'alveo dei principi penalistici di garanzia, mediante la corretta interpretazione del principio di specialità in concreto o, meglio ancora, del principio di assorbimento, funzionale all'attualizzazione delle funzioni di prevenzione integrazione del sistema penale[41].

Sotto questo aspetto, appare difficile negare che la il tipo penale assorba in sé tutto il fatto colpito dalla sanzione canonica, sia sotto il profilo della condotta, frazionata nell'illecito canonico e complessiva in quello penale, sia con riguardo al disvalore dell'azione al quale fornisce una risposta punitiva.

Dunque, facendo ricorso al principio di assorbimento e confrontando gli elementi costitutivi del fatto con i frammenti delle disposizioni incriminatrici e sanzionatorie, è possibile giungere alla conclusione che l'illecito canonico sia completamente assorbito nella previsione del reato.

A questo punto, l'assorbimento dell'illecito penal-amministrativo nell'illecito penale, quando le previsioni normative riguardino la medesima condotta concreta, determina l'improcedibilità dell'azione amministrativa o la rinuncia alla stessa in favore di quella penale.

Il riflesso positivo della scelta in favore della sede penale, come già detto, è quello di garantire l'effettivo rispetto delle regole del giusto processo nell'accertamento dell'illecito e nella eventuale risposta punitiva statuale improntata alle funzioni complessive del sistema penale.

---

[40] Andrea Nocera, *Il divieto di bis in idem non opera nei rapporti tra processo canonico e giudizio penale*, cit.

[41] Vincenzo Maiello, *Doppio binario sanzionatorio, ne bis in idem e reati tributari*, cit., p. 348 ss.

Presentazione

Nella sezione "tributaria" di questo numero della rivista trovano spazio due risoluzioni ministeriali, una sentenza della Cassazione e le massime di due sentenze delle Commissioni tributarie regionali rispettivamente della Puglia e della Sardegna.

La prima delle due risoluzioni tratta una questione apparentemente poco rilevante: la modalità di dimostrazione delle erogazioni liberali effettuate a favore delle confessioni religiose, ai fini della loro deducibilità ai fini fiscali. Il dubbio interpretativo era sorto dalla previsione per i valdesi della possibilità di presentare, con valore probatorio, una ricevuta degli organi confessionali. Tale possibilità non è esplicitamente prevista per le oblazioni a favore delle altre confessioni, per le quali, nella prassi, si riteneva obbligatoria la prova mediante mezzi di pagamento più oggettivamente "tracciabili" (ad esempio, bonifico bancario, bollettino di conto corrente, assegno bancario).

Con la risoluzione *de qua*, il Ministero chiarisce che anche per le erogazioni deducibili a favore di altre confessioni è possibile la prova della liberalità, mediante ricevuta rilasciata dagli organi della confessione. E, invero, più che di un chiarimento, si tratta di un radicale ripensamento da parte dell'Agenzia delle entrate, la quale solo due mesi prima, tramite circolare n. 7/E del 4 aprile 2017, aveva escluso questa possibilità probatoria per le confessioni diverse da quella valdese!

L'intervento ministeriale ha posto fine a una diversità di trattamento tra appartenenti a diverse confessioni religiose, in una materia come la prova delle erogazioni deducibili, che non può subire razionalmente alcuna differenziazione di disciplina. La difficoltà, che ha reso tortuoso il risultato raggiunto dalla risoluzione esaminata, non deriva certamente da dubbi circa la valenza del principio di uguaglianza nel caso concreto, ma, piuttosto dalla generalizzazione (almeno tra le confessioni religiose) di una modalità di prova dei pagamenti, solitamente guardata (a torto o a ragione) con sospetto dagli uffici tributari, ma certamente meno rigorosa rispetto alle altre modalità di attribuzione della liberalità.

Questa vicenda dimostra, ancora una volta, quanta prudenza debba usare lo Stato in sede di negoziazione legislativa con le confessioni religiose; infatti, singole concessioni possono facilmente acquisire valore più generale, e compromettere la coerenza normativa in settori, talora anche delicati, dell'ordinamento giuridico.

La seconda risoluzione ministeriale pubblicata in questa sezione riguarda il problema delle condizioni di deducibilità delle erogazioni liberali effettuate a favore di una parrocchia per la realizzazione di opere di restauro e risanamento conservativo. Si tratta di requisiti particolarmente rigorosi, che includono controlli sulla tipologia di intervento, sul preventivo della spesa e sulla rendicontazione della stessa. Addirittura, la fruizione del beneficio fiscale è subordinata all'invio da parte della Soprintendenza del preventivo dei lavori vistato al soggetto erogatore e al soggetto beneficiario dell'erogazione!

La sentenza della Cassazione si pone in assoluta controtendenza rispetto alla giurisprudenza precedente. Essa ritiene soggetto a Ici un edificio di culto accatastato in categoria B/7 (concernente cappelle e oratori), in mancanza di una specifica prova dell'effettiva destinazione al culto. Si tratta di una decisione alquanto discutibile. La classificazione catastale di un immobile, infatti, costituisce una pubblica certificazione della destinazione dello stesso, con valenza probatoria quanto meno *iuris tantum*. Nel caso in questione, peraltro, l'edificio di culto è collocato in una struttura conventuale, accatastata in categoria B/1, alla quale la stessa vicenda processuale ha riconosciuto

la completa esenzione dall'Ici!

La rassegna si chiude con le massime di due pronunciamenti giurisprudenziali di segno opposto sulla medesima *vexata quaestio* dell'Imu sugli immobili di enti ecclesiastici. In particolare, nelle due sentenze viene valutata in modo diverso la presenza di rette pagate a fronte dell'attività svolta nell'immobile. La Commissione tributaria regionale della Sardegna ritiene che la richiesta di rette non simboliche conferisca carattere commerciale all'attività svolta e risulti ostativa per il godimento dell'esenzione. Di segno opposto la pronuncia pugliese, secondo la quale il pagamento di una retta, nella specie, scolastica, è funzionale all'esercizio del diritto costituzionale di insegnamento e di apprendimento. Si tratta di orientamenti giurisprudenziali diversi, che, se da una parte dimostrano quanto sia complesso definire in modo univoco i requisiti dell'attività di natura commerciale, dall'altra dimostrano che, in materia di esenzione Ici-Imu, si è data forse troppa rilevanza alla modalità di esercizio e troppo poca attenzione alla funzionalità dell'attività svolta al perseguimento di fini meritevoli di tutela.

Antonio Guarino

Agenzia delle Entrate – Direzione Centrale normativa Risoluzione n. 72/E del 19 giugno 2017

Oggetto: Chiarimenti in merito alle modalità di pagamento delle erogazioni liberali a favore di istituzioni religiose deducibili dal reddito complessivo.

Con la circolare n. 7/E del 4 aprile 2017 è stato precisato che, ai fini della deduzione dal reddito complessivo delle erogazioni liberali in denaro a favore di istituzioni religiose, ai sensi dell'art. 10, comma 1, lett. i) ed l) del testo unico delle imposte sui redditi (TUIR), di cui al D.P.R. n. 917 del 1986, tali erogazioni sono effettuate tramite versamento bancario o postale, carta di debito, di credito, prepagate, assegno bancario o circolare. La deduzione non spetta per le erogazioni effettuate in contanti tranne che per quelle in favore della Tavola valdese, organo della Chiesa evangelica valdese, Unione delle Chiese metodiste e valdesi, destinate ai fini di culto, istruzione e beneficenza propri della Tavola valdese stessa.

L'articolo 1 del decreto ministeriale 1° dicembre 1989 (*rectius*: 11 dicembre 1993 [n.d.r.]), di attuazione dell'art. 3, comma 3, della legge 5 ottobre 1993, n. 409, con la quale è stata modificata l'intesa tra il Governo della Repubblica italiana e la Tavola valdese, stabilisce, infatti, che le erogazioni liberali in denaro a favore della Tavola valdese, debbono risultare, ai fini della loro deduzione dal reddito complessivo, dalla attestazione o ricevuta di versamento in conto corrente postale, dalla ricevuta rilasciata dall'azienda di credito in caso di bonifico bancario, dalle attestazioni o certificazioni rilasciate dalla Tavola valdese, su appositi stampati preintestati da questi predisposti e numerati. Gli stampati devono contenere il numero progressivo dell'attestazione o certificazione, cognome, nome e comune di residenza del donante, l'importo e la causale dell'erogazione liberale. L'attestazione o certificazione può essere rilasciata e sottoscritta, oltre che dal legale rappresentante della Tavola valdese, anche da soggetti incaricati dalla Tavola valdese presso le chiese facenti parte dell'Unione delle Chiese metodiste e valdesi.

Come precisato con la circolare n. 21/E del 2010, e confermato con la risoluzione n. 69/E del 2011, le ricevute rilasciate dai responsabili di Chiese e Enti valdesi che contengono i dati richiesti sono idonee a consentire la deduzione delle suddette erogazioni liberali anche se non sono accompagnate dalle ricevute di versamento su conto corrente postale o su conto bancario.

Ad integrazione di quanto indicato nella citata circolare n. 7/E, si fa presente che le precisazioni fornite per le erogazioni liberali a favore della Tavola valdese devono ritenersi valide anche per le erogazioni liberali effettuate a favore di altre istituzioni religiose, deducibili in base alle disposizioni volte a regolare i rapporti tra dette istituzioni e lo Stato sulla base di intese, per le quali i decreti ministeriali di attuazione prevedano le medesime modalità di documentazione. Tali modalità sono previste, in particolare, per le erogazioni liberali a favore dell'Istituto centrale per il sostentamento del clero della Chiesa cattolica italiana (art. 46 legge 20 maggio1985, n. 222 – D.M. 12 dicembre 1988) nonché per quelle a favore dell'Unione delle Chiese Cristiane Avventiste del settimo giorno (art. 29, legge 22 novembre1988, n. 516 - D.M. 1 dicembre 1989).

Si deve ritenere, inoltre, che le medesime istruzioni valgano anche in ordine alle ero-

gazioni liberali a favore delle istituzioni religiose per le quali nelle leggi di regolazione delle intese con lo Stato italiano, è prevista la deducibilità dal reddito complessivo ai fini dell'IRPEF senza che, tuttavia, sia stato emanato alcun provvedimento in ordine alle modalità di documentazione, a fini fiscali, delle stesse, come nel caso delle erogazioni effettuate in favore dell'Unione Cristiana Evangelica Battista d'Italia (UCEBI) (art. 16, legge 12 aprile 1995, n. 116 e della Chiesa Evangelica Luterana in Italia (CELI) (art. 26, legge 29 novembre 1995, n.520).

Per le erogazioni liberali a favore dell'Unione Comunità Ebraiche in Italia (UCEI), si fa presente che l'art. 30, comma 1, della legge 8 marzo 1989 n. 101- espressamente richiamata nel comma 1, lett. e), dell'articolo 10 del TUIR- stabilisce che, a decorrere dal periodo di imposta in corso alla data di entrata in vigore della legge di approvazione dell'intesa, stipulata il 6 novembre1996, integrativa dell'intesa del 27 febbraio 1987, le persone fisiche possono dedurre dal reddito complessivo, agli effetti della imposta sul reddito delle persone fisiche, i contributi annuali versati alle Comunità stesse, relativi al periodo di imposta nel quale sono stati versati, nonché le erogazioni liberali in denaro relative allo stesso periodo. In vigenza della precedente disposizione, che consentiva la deducibilità dei soli contributi versati alle Comunità ebraiche, era stato emanato il decreto ministeriale 25 marzo 1991, con il quale è stato previsto che i predetti contributi annuali dovessero risultare, ai fini della loro deduzione dal reddito complessivo:

dalla attestazione o ricevuta di versamento in conto corrente postale, intestato alla comunità ebraica di appartenenza, contenente la causale del versamento e l'indicazione del periodo d'imposta al quale si riferiscono i contributi versati, dovuti alla comunità a norma del relativo statuto;

dalla quietanza liberatoria rilasciata dalla comunità ebraica di appartenenza su appositi stampati predisposti e numerati dalla comunità stessa, da cui risultino: il numero della quietanza; il cognome, il nome e il comune di residenza del soggetto che, a norma dello statuto della comunità, ha effettuato il versamento; l'importo del contributo versato; la causale della contribuzione e il periodo di imposta al quale si riferiscono i contributi versati.

Si ritiene che, in assenza di successivi provvedimenti, emanati a seguito delle modifiche normative sopra indicate, tale modalità probatoria possa essere estesa anche alle erogazioni liberali a favore delle predette Comunità ebraiche.

Le Direzioni regionali vigileranno affinché i principi enunciati e le istruzioni fornite con la presente risoluzione vengano puntualmente osservati dalle Direzioni provinciali e dagli Uffici dipendenti.

Agenzia delle Entrate – Direzione Centrale normativa Risoluzione n. 89/E dell'11 luglio 2017

Oggetto: Interpello (art.11, legge 27 luglio 2000, n. 212, Erogazioni liberali. Articolo 15, comma 1, lettera h) e art. 100, comma 2, lettera f) del TUIR.

Con l'interpello specificato in oggetto, concernente l'interpretazione dell'art. 15, comma 1, lettera h) e art. 100, comma 2, lettera f) del TUIR, è stato esposto il seguente

QUESITO

La Parrocchia ALFA, ente ecclesiastico civilmente riconosciuto con decreto del Ministero dell'Interno ed iscritto nel registro delle persone giuridiche presso la Prefettura di …, fa presente di avere in corso lavori di restauro e risanamento conservativo della chiesa e di sue pertinenze (campanile e aule parrocchiali soprastanti la chiesa).

Gli immobili oggetto di interventi sono tutti sottoposti al regime vincolistico previsto dal decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42.

Ciò premesso la Parrocchia chiede di:

avere conferma della deducibilità delle erogazioni liberali effettuate in suo favore, per la realizzazione dei suddetti lavori, da persone fisiche e da persone giuridiche ai sensi rispettivamente dell'art. 15, comma 1, lettera h) e art. 100, comma 2, lettera f) del TUIR in linea con la risoluzione n. 133/E del 14 giugno 2007;

avere conferma circa il contenuto e la forma delle convenzioni che si andranno a stipulare con le persone fisiche e con le persone giuridiche, di cui viene allegato un facsimile;

conoscere se a ciascuna convenzione dovrà essere allegato il progetto con l'indicazione dei costi complessivi, delle fonti di finanziamento, i tempi di attuazione dell'iniziativa e copia del decreto della Soprintendenza, o se sia sufficiente la sintesi dei dati all'interno della convenzione;

conoscere se sia obbligatoria la comunicazione alla Soprintendenza delle erogazioni liberali ricevute e i tempi di detta comunicazione.

SOLUZIONE INTERPRETATIVA PROSPETTATA DAL CONTRIBUENTE

La Parrocchia istante ritiene che le erogazioni liberali sopra descritte siano detraibili e deducibili ai sensi rispettivamente dell'art. 15, comma 1, lettera h) e dell'art. 100, comma 2, lettera f) del TUIR e che siano ancora validi i chiarimenti forniti con la risoluzione n. 133/E del 14 giugno 2007.

In particolare l'istante ritiene che alle bozze di convenzione non debba essere allegato l'intero progetto ma che possano essere semplicemente indicati gli estremi del progetto e i costi complessivi stimati.

PARERE DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

L'art. 15, comma 1, lettera h), del TUIR prevede che le persone fisiche possono detrarre dall'imposta lorda un importo pari al 19 per cento delle erogazioni liberali in denaro effettuate a favore di determinati soggetti tra i quali "*fondazioni e associazioni legalmente riconosciute senza scopo di lucro, che svolgono o promuovono attività di studio, di ricerca e di documentazione di rilevante valore culturale e artistico o che*

organizzano e realizzano attività culturali, effettuate in base ad apposita convenzione, per l'acquisto, la manutenzione, la protezione e il restauro delle cose indicate nell'articolo 1 della legge 1° giugno 1939, n. 1089, e nel decreto del Presidente della Repubblica 30 settembre 1963, n. 1409 (…)".

Della stessa detrazione possono fruire anche gli enti non commerciali in virtù del rinvio che l'art. 147 del TUIR opera al medesimo art. 15, comma 1, lettera h), del TUIR.

Analogamente, per quanto riguarda le imprese, l'art. 100, comma 2, lettera f), del TUIR prevede la deducibilità dal reddito d'impresa delle erogazioni liberali in denaro effettuate a favore di determinati soggetti tra i quali "*fondazioni e associazioni legalmente riconosciute senza scopo di lucro, che svolgono o promuovono attività di studio, di ricerca e di documentazione di rilevante valore culturale e artistico o che organizzano e realizzano attività culturali, effettuate per l'acquisto, la manutenzione, la protezione e il restauro delle cose indicate nell'articolo 1 della legge 1° giugno 1939, n. 1089, e nel decreto del Presidente della Repubblica 30 settembre 1963, n. 1409"*.

L'art. 100, comma 2, lettera f), del TUIR ripropone in sostanza, a favore delle imprese, la disposizione recata dall'art. 15, comma 1, lettera h), del TUIR con la differenza che per le imprese le erogazioni liberali effettuate sono deducibili e che non è prevista espressamente per le suddette erogazioni la redazione di un'apposita convenzione.

Nella risoluzione n. 133 del 14 giugno 2007 è stato precisato che anche le parrocchie possono essere destinatarie delle suddette erogazioni liberali in quanto, come già precisato nella risoluzione n. 42/E del 5 aprile 2005:

sono enti riconosciuti che acquistano la personalità giuridica dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del decreto del Ministero dell'Interno che conferisce alle singole diocesi e parrocchie la qualifica di ente ecclesiastico civilmente riconosciuto;

non perseguono fini di lucro;

nell'ambito delle iniziative che promuovono possono realizzare interventi su beni culturali tutelati ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, recante il Codice dei beni culturali e del paesaggio.

Per quanto riguarda le modalità di effettuazione delle erogazioni liberali in argomento, la medesima risoluzione ha precisato che il soggetto erogatore deve avvalersi di uno dei seguenti sistemi di pagamento: banca, ufficio postale o uno dei mezzi previsti dall'articolo 23 del D.lgs. 9 luglio 1997, n. 241, e cioè carte di debito, di credito e prepagate, assegni bancari e circolari.

La citata risoluzione, riguardo agli adempimenti richiesti al fine di fruire dei richiamati benefici fiscali, riportava le precisazioni fornite al riguardo dal competente Ministero per i beni e le attività culturali (ora Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo) con circolari n. 183 del 22 dicembre 2005 e n. 38 del 19 febbraio 2007.

In particolare, relativamente alle erogazioni liberali effettuate ai sensi dell'art. 15, comma 1, lettera h), del TUIR, venivano fornite precisazioni circa il contenuto della convenzione, facendo rinvio alla citata circolare n. 38 del 2007 per le modalità procedurali da seguire per il rilascio delle autorizzazioni e dei pareri dei competenti comitati di settore del Consiglio superiore per i beni culturali e paesaggistici previsti dalla norma in esame.

Per quanto riguarda, invece, le erogazioni liberali effettuate ai sensi dell'art. 100, comma 2, lettera f), del TUIR veniva chiarito che, in luogo della convenzione, doveva essere presentato dal soggetto erogatore alle Soprintendenze di settore competenti, in allegato ad apposita istanza, un dettagliato progetto dell'iniziativa culturale che si intende sostenere finanziariamente, completo di tutti i dati relativi alle previsioni di spesa.

Successivamente, con specifico riferimento agli adempimenti amministrativi, l'arti-

colo 40 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito dalla legge 22 dicembre 2011, al comma 9, ha previsto che: "*la documentazione e le certificazioni attualmente richieste ai fini del conseguimento delle agevolazioni fiscali in materia di beni e attività culturali previste dagli articoli 15, comma 1, lettere g) ed h), e 100, comma 2, lettere e) ed f), del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, e successive modificazioni, sono sostituite da un'apposita dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, presentata dal richiedente al Ministero per i beni e le attività culturali ai sensi e per gli effetti dell'articolo 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445 e successive modificazioni, relativa alle spese effettivamente sostenute per lo svolgimento degli interventi e delle attività cui i benefici si riferiscono. Il Ministero per i beni e le attività culturali esegue controlli a campione ai sensi degli articoli 71 e 72 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445 e successive modificazioni*".

Per chiarire quali siano gli obblighi da rispettare dopo l'emanazione di tale disposizione, la scrivente ha richiesto un parere al competente Ministero dei beni e delle attività culturali (di seguito MIBACT).

Con nota prot. n.… del… 2017, il citato Ministero ha fatto presente di avere emanato, a seguito delle semplificazioni delle procedure amministrative previste dal citato articolo 40, comma 9, del decreto-legge n. 201 del 2011, la circolare n. 222 dell'11 giugno 2012, nella quale, a parziale modifica delle circolari n. 183 del 2005 e n. 38 del 2007, è stato ridisegnato l'iter procedimentale delle erogazioni liberali in esame.

In particolare, il MIBACT ha precisato che le dichiarazioni sostitutive, di cui al citato articolo 40, comma 9, del D.L. n. 214 del 2011, attengono esclusivamente alla fase rendicontativa del procedimento teso ad ottenere gli sgravi di cui agli articoli in questione, ferme restando le prescrizioni indicate dall'articolo 21 del D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 in materia di interventi soggetti ad autorizzazioni.

Resta altresì fermo – precisa il MIBACT - l'obbligo di acquisire il parere del competente comitato di settore del Consiglio per i beni culturali e paesaggistici da richiedersi tramite le direzioni generali competenti per settore, nel caso in cui l'erogazione liberale sia finalizzata ad un'iniziativa culturale.

Con specifico riferimento ai quesiti prospettati dalla Parrocchia istante si fa presente, pertanto, anche in base alle precisazioni fornite dal MIBACT, che:

è confermata la detraibilità e la deducibilità delle erogazioni liberali effettuate in suo favore, per la realizzazione dei lavori di restauro e risanamento conservativo sopra specificati, da persone fisiche/enti non commerciali e da imprese ai sensi rispettivamente dell'art. 15, comma 1, lettera h), art 147 e art. 100, comma 2, lettera f) del TUIR;

la bozza di convenzione che la Parrocchia ha inviato in allegato all'istanza e che dovrà essere stipulata con le persone fisiche ed enti non commerciali, risponde per forma e per contenuto ai requisiti previsti dall'articolo 15, comma 1, lettera h) del TUIR e dalla circolare n. 222 del 2012;

nel caso in cui il soggetto erogatore sia un'impresa o ente commerciale la norma non prevede l'obbligo della stipula della convenzione;

il soggetto beneficiario deve richiedere al competente ufficio del MIBACT l'approvazione del progetto, l'autorizzazione ai lavori o all'avvio dell'iniziativa culturale allegando il relativo preventivo di spesa, con esplicito riferimento al contributo delle erogazioni liberali. Al termine dei lavori o dell'iniziativa culturale deve presentare al medesimo ufficio una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 47 del DPR. n. 445 del 2000, relativa alle spese effettivamente sostenute per lo svolgimento degli interventi o delle attività cui i benefici fiscali si riferiscono;

il soggetto beneficiario deve comunicare alla Soprintendenza le erogazioni liberali ricevute entro il 31 dicembre dell'anno in cui sono state erogate. La Soprintendenza invia il preventivo di spesa vistato al soggetto erogatore e al soggetto beneficiario dell'erogazione.

Come precisato dal MIBACT nella citata nota, l'invio del preventivo di spesa vistato dalla Soprintendenza al soggetto erogatore costituisce l'autorizzazione alla richiesta di detrazione fiscale.

Al termine dei lavori o dell'iniziativa culturale la Soprintendenza, in relazione alle dichiarazioni sostitutive presentate, esegue controlli a campione ai fini della verifica della correttezza di quanto dichiarato ai sensi degli articoli 71 e 72 del DPR 445 del 2000.

L'iter procedimentale delle erogazioni liberali e la circolare n. 222/2012 sono pubblicate sul sito www.beniculturali.it al link "*meno tasse per chi investe in cultura"*.

Le Direzioni regionali vigileranno affinché le istruzioni fornite e i principi enunciati con la presente risoluzione vengano puntualmente osservati dalle Direzioni provinciali e dagli Uffici dipendenti.

Corte di cassazione, Sez. V, 27 gennaio 2018, n. 2098

Immobile di ente ecclesiastico accatastato in categoria B/7 (cappelle e oratori) – Omessa prova della effettiva destinazione al culto - Esenzione ICI – Non spetta.

Ai fini dell'esenzione dall'Ici ex art. 7, comma 1, lett. i), del d.lgs. 504 del 1992, non è sufficiente che un immobile, posseduto da un ente ecclesiastico, sia accatastato in categoria B/7 (cappelle e oratori), ma occorre la prova che lo stesso sia destinato effettivamente a finalità di culto.

Svolgimento del processo

La controversia concerne l'impugnazione di un atto impositivo con il quale la società concessionaria del servizio di riscossione del Comune di Fiuggi - la Tre Esse Italia s.r.l. – accertava a carico dell'ente religioso la "omessa o infedele presentazione della denuncia e contestualmente omesso, parziale o tardivo versamento" per l'Ici dovuta per gli anni 2001 e 2002 relativamente alle unità immobiliari di proprietà dell'ente accatastate in B/1 (categoria nella quale trovano collocazione "Collegi e convitti, educandati; ricoveri; orfanotrofi; ospizi; conventi; seminari; caserme"), B/7 (categoria nella quale trovano collocazione "Cappelle ed oratori non destinati all'esercizio pubblico del culto") e C/1 (categoria nella quale trovano collocazione "Negozi e botteghe"). L'ente religioso reclamava, con riferimento a dette unità immobiliari – salvo che per quella accatastata in C/1 per la quale asseriva aver effettuato il dovuto pagamento dell'imposta – l'esenzione prevista dal d.lgs. n. 504 del 1992, art. 7, comma 1, lett. i), trattandosi di immobili utilizzati esclusivamente per le attività di religione, culto e didattiche svolte da soggetto di cui al d.p.r. n. 917 del 1986, art. 87, comma 1, lett. c).

La Commissione adita in parziale accoglimento del ricorso dichiarava esenti gli immobili classificati nella categoria B/1, rigettando le restanti istanze.

L'appello dell'ente religioso era rigettato, …, lo stesso ente propone ricorso per cassazione … .

Motivi della decisione

(Omissis)

2. Si può peraltro evidenziare come dalla narrativa dello stesso ricorso emerga che il giudice di prime cure abbia escluso dalla pretesa esenzione l'immobile classificato B/7 (il solo rimasto in discussione) sulla base della considerazione che rispetto a tale immobile dovesse ritenersi applicabile la l. 1 agosto 2003, n. 206, …, con la conseguenza che "l'esenzione Ici per gli oratori decorre solo a partire dal 2003": annualità successiva a quelle oggetto di accertamento.

(Omissis)

5. Con il secondo motivo, la parte ricorrente lamenta l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione in ordine ad un fatto controverso e decisivo per il giudizio, che sarebbe costituito "dall'esenzione o meno dall'Ici di un immobile catastalmente identificato nella categoria B/7, cappella o oratorio, e non nell'individuazione rispetto ad altri immobili e dalla classificazione dell'immobile quale cappella o collegio/convitto".

(Omissis)

7. La censura è altresì infondata in quanto il ragionamento della parte ricorrente, senza cogliere nella sua essenza la già ricordata *ratio decidendi* della sentenza impugnata, continua ad insistere sulla erroneità della classificazione catastale dell'immobile come oggetto della decisione del giudice di merito, laddove invece quest'ultimo ha fondato il proprio convincimento sulla mancata prova in atti dell'esclusiva destinazione in fatto al culto dell'immobile in questione, senza che sul punto vi sia alcuna adeguata critica delle argomentazioni sviluppate.

(Omissis)

10. Il ricorso, pertanto, deve essere respinto.

(Omissis)

Commissione tributaria regionale Sardegna, Sez. IV, 19 maggio 2017, n. 154

Immobile di ente ecclesiastico – Attività di assistenza agli anziani – Pagamento di rette – Attività commerciale – Esenzione IMU – Non spetta.

Un immobile, di proprietà di un ente ecclesiastico, utilizzato come casa di riposo per anziani, costituisce attività di carattere commerciale, se svolta dietro il pagamento di rette che non siano di importo meramente simbolico. Pertanto, non può beneficiare dell'esenzione dall'IMU.

Commissione tributaria regionale Puglia, Sez. III, 6 luglio 2017, n. 2332

Immobile di ente ecclesiastico – Comodato a favore di Onlus – Fine di istruzione – Pagamento di rette – Attività non commerciale – Esenzione IMU – Spetta.

Un immobile, di proprietà di un ente ecclesiastico, concesso in comodato a una Onlus per attività di istruzione, gode dell'esenzione dall'IMU. Il pagamento di rette da parte degli alunni non trasforma l'attività svolta in commerciale, ma rappresenta una contribuzione necessaria per l'esercizio effettivo del diritto costituzionale di insegnamento e di apprendimento.

Diritto e religioni

PARTE III

Sistematica, contenuto e proposta del "Corso fondamentale sul diritto nella Chiesa" di Carlos José Errázuriz M.[1]

Premessa

La seguente presentazione, coerentemente con il titolo, di carattere generale, consta di: 1) una breve Premessa; 2) una presentazione degli elementi portanti dell'opera (Sistematica); 3) una schematica presentazione del Contenuto; 4) una conclusione che cercherà di evidenziare la proposta e le scelte del prof. Errazuriz attraverso la presente opera.

Pur correndo il rischio di essere frainteso, nel senso che quanto tra poco affermerò potrà suonare per qualcuno come un'adulazione, ingiustificata e fuori luogo, devo dire onestamente, che la prima cosa che mi è venuta in mente leggendo una dopo l'altra la maggior parte di quest'opera di ben 1.310 pagine, è stato il *Prologo* che san Tommaso scrisse alla sua *Summa Theologica*, dove leggiamo:

"Poiché il dottore della verità cattolica deve istruire non solo gli iniziati, ma anche i principianti, […] l'intento che ci proponiamo in quest'opera è di esporre quanto riguarda la religione cristiana nel modo più adatto alla formazione dei principianti. Abbiamo infatti notato che i novizi in questa disciplina trovano un grande ostacolo negli scritti dei vari autori: in parte per la molteplicità di questioni, articoli e argomenti inutili; in parte anche perché le cose che essi devono imparare non vengono insegnate secondo l'ordine della materia, ma piuttosto come richiede il commento di dati libri o l'occasione delle dispute; e finalmente anche perché quel ripetere sempre le medesime cose produce negli animi degli uditori fastidio e confusione. Cercando quindi di evitare questi e altri simili inconvenienti tenteremo, confidando nell'aiuto di Dio, di esporre la dottrina sacra con la maggiore brevità e chiarezza consentita da tale materia"[2].

Infatti, la prima impressione che ho avuto, confermata man mano che proseguivo con la lettura, è stata proprio quella di trovarmi di fronte ad un vero e proprio Trattato di Diritto canonico, piuttosto che ad un ordinario Manuale ad uso dei soli studenti (cioè, quei "principianti" del *Prologo* alla Summa). Un vero e proprio Trattato che in maniera propria ed originale presenta (soprattutto in alcuni punti e sotto determinati aspetti), tutta la materia/scienza che fa parte della disciplina del Diritto canonico. Quindi per rimanere fedele al *tema* ed al *tempo* che mi sono stati assegnati, cercherò di presentare in modo spero chiaro e sintetico, la sistematica che è alla base e struttura i due volumi e successivamente il loro contenuto, che non è altro, come cercherò di evidenziare,

---

[1] Carlos José Errazuriz M., *Corso fondamentale sul Diritto canonico nella Chiesa*, 2 voll., Giuffrè, Milano, vol. I, 2009, pp. 1-588; vol. II, 2017, pp. 1-722.

[2] San Tommaso, *Somma Teologica*, Prologo, Nuova Edizione in lingua italiana a cura di P. T. S. Centi-A. Z. Belloni, 2009, in http://www.documentacatholicaomnia.eu/03d/1225-1274,_Thomas_Aquinas,_Summa_Theologiae_(p_Centi_Curante),_IT.pdf, consultato in data 7-V-2018.

una declinazione a tutto campo e nei diversi ambiti, dell'idea di Diritto e di Diritto canonico propria dell'A.

Un ultima cosa alla quale vorrei accennare in questa premessa, riguarda il fatto, senza dubbio significativo, che ci troviamo di fronte ad frutto di un concepimento affatto singolare: 'un parto gemellare' distanziato nel tempo, dove il I volume (588 pp.), ha visto la luce nel 2009 ed il II (722 pp.), solo nel 2017, quindi dopo otto anni! Segno di una redazione ponderata e meditata nel tempo.

Sistematica

Il primo aspetto che mi è stato chiesto di presentare riguardo al presente Trattato di Diritto canonico, riguarda, come appena detto, la sua sistematica. Ovviamente il termine è preso in senso traslato dal suo significato originale, quindi qui è inteso nel senso dell' "… insieme dei fondamenti teorici e dei principî metodologici di una scienza o di una disciplina; […], il metodo di ordinamento delle conoscenze, delle dottrine, delle verità in un complesso organico o sistematico"[3]. A ben vedere, però, queste esigenze proprie di ogni scienza o di ogni disciplina, acquistano una valenza propria e ne aiutano la comprensione, soprattutto alla luce del fine che ci si propone. In altre parole, tenendo presente che *il fine è il primo nell'intenzione e ultimo nella realizzazione*[4], risulterà di grande importanza per comprendere la sistematica di tutto il Trattato, riuscire a cogliere anche *l'idea centrale* dalla quale nasce, ovviamente, questo insieme all'*obiettivo* che l'A. si è prefissato nello sviluppare la sua *tesi*.

Però, prima di proporre, quello che a mio sommesso avviso, sono l'*idea centrale*, il *fine* e la *sistematica* della presente opera, mi sembra opportuno dire subito qualcosa riguardo all'importanza di uno studio inserito in un contesto ed orizzonte il più ampio possibile e non relegato alle mere specializzazioni. Lo faccio citando un grande amico e già collega del prof. Errazuriz, il Card. Péter Erdő, attuale Arcivescovo di Esztergom-Budapest. Egli, parlando del progetto culturale e della prassi in molti centri di studio di andare subito e direttamente alle fonti degli autori famosi, notava: "Ravviso infatti un certo pericolo di fondamentalismo, perché prima di leggere i grandi autori bisogna disporre delle categorie: occorre cioè frequentare un corso sistematico sulla teologia dogmatica, poi nel contesto di un seminario scientifico si può dire: 'Quest'anno leggiamo una certa opera …' […] senza un corso sistematico di patrologia, leggere i testi dei Padri non è molto produttivo, perché non possiamo collocarli nel loro contesto. Il lavoro sulle fonti va quindi affiancato ai corsi istituzionali"[5]. Questo ovviamente vale anche, se non ancora di più, per la disciplina del Diritto canonico se non vuole ridursi a mera esegesi[6]. Questa attenzione, che alcune volte sembra quasi essere una

---

[3] In *http://www.treccani.it/vocabolario/sistematica/*, consultato in data 11-V-2018.

[4] "… finis motus, est prior in intentione, sed posterior in executione …" (S. Thomae, *Summa Theologica*, I-II, 25, 1).

[5] Robert Moynihan, Viktoria Somogyi, *La fiamma della Fede. Un dialogo con il cardinale Petér Erdő*, Prefazione del Card. Angelo Sodano, LEV, Città del Vaticano, 2015, p. 136.

[6] "Questo manuale copre le materie principali del *Codex iuris canonici* del 1983 (con brevi riferimenti anche al *Codex canonum ecclesiarum orientalium* del 1990, nei punti più caratteristici della disciplina orientale). Si è adottato però un metodo sistematico, non esegetico, evitando di considerare il Codice come un testo scientifico-didattico" (vol. I, p. VI).

preoccupazione, da parte dell'A., di 'contestualizzare' il dato normativo, pervade tutta l'opera. Detta contestualizzazione si concretizza, a seconda dei casi, prendendo in considerazione vari orizzonti o livelli: filosofico, Rivelazione (Scrittura-Tradizione), teologico, storico, magisteriale, dottrinale, ecc.

Ma allora qual è l'idea di Diritto che è presupposta ed allo stesso viene usata in tutta l'opera? Essa è quella propria della cosiddetta 'Scuola di Navarra" o come preferisce chiamarla Javier Hervada, la 'Scuola di Pedro Lombardía'[7], Maestri *del* e *per* il prof. Errazuriz. *Ius est obiectum iustitiae*: il Diritto è ciò che giusto e per il Diritto canonico, ciò che è giusto nella Chiesa di Cristo ed è, quindi, *vero diritto*. Lo stesso A. l'afferma chiaramente già nella Premessa o poi nell'Introduzione. "In questi autori si è verificato un interessante processo di chiarificazione ed approfondimento del diritto nella Chiesa. Discostandosi da ogni positivismo giuridico […], essi hanno dapprima preso coscienza dell'indole veramente giuridica del diritto divino […], come aspetto integrante assieme al diritto umano l'unico ordine giuridico della Chiesa. Poi si sono resi conto che il diritto canonico non è solo disciplina e autorità, ma anche legittima libertà dei fedeli. I diritti fondamentali dei fedeli si fondano sulla verità della Chiesa, e perciò non si contrappongono alla disciplina e all'autorità. Negli ultimi anni Hervada ha proposto di rivedere il diritto canonico alla luce del classico concetto di diritto come oggetto della giustizia. Su tale traccia si pone l'esposizione che segue, poiché la riteniamo un presupposto fondamentale per trovare un rinnovato senso del diritto che, evitando tanti malintesi, riesca a potenziare l'attuazione della dimensione della giustizia all'interno del Popolo di Dio"[8]. Ovviamente l'A., a sua volta riconosciuto maestro, non si è limitato a ripetere quanto elaborato nel tempo dai suoi maestri, ma è arrivato a produrre in modo affatto originale una sua propria visione che copre tutti gli ambiti (*ad intra* ed *ad extra*) del Diritto canonico.

Quindi alla luce di un tale concetto centrale di Diritto, si evidenziano tutta una serie di elementi costitutivi e principi che pervadono e sostengono tutta la sistematica dell'opera. Per ragioni di tempo ne menziono solo alcuni, quelli che a mio avviso sono i più importanti e soprattutto i più attuali.

Il Diritto canonico non è un Diritto "diverso" o "analogo" al Diritto secolare, anche se ci sono differenze a motivo delle caratteristiche che le sono proprie e che ne tratteggiano l'identità che permette di non confondersi con le altre realtà. Quindi: "Essere canonista è essere giurista"[9]

Nel Diritto canonico, inteso come ciò che è giusto nella Chiesa, è vitale distinguere ciò che appartiene al livello essenziale/costituzionale, e quindi fa parte di quel cosiddetto giuridico-dommatico, che in quanto tale non può cambiare, e ciò che invece, appartiene allo storico/contingente e che quindi può ed anzi in alcuni casi deve cambiare, per adattarsi alle esigenze ed alle dinamiche della vita (ma non dei gusti o delle emozioni del momento!).

Il Diritto canonico non è l'Ordinamento giuridico della Chiesa cattolica, né tanto

---

[7] Cfr. Javier Hervada, *Coloquios propédeuticos sobre el derecho canónico*, Universidad de Navarra, Pamplona-Navarra, 2002, pp. 88. Pedro Lombardía, membro dell'*Opus Dei*, conseguì nel 1952 il Dottorato in Diritto canonico presso la Facoltà di Diritto Canonico dell'allora Pontificio Collegio Angelicum (elevato ad Università solo nel 1963 dal Papa Giovanni XXIII con il M. P. *Dominicianus Ordo*), difendendo la tesi *Los matrimonios mixtos en España hasta la caída de la monarquía Visigoda*.

[8] Vol. I, pp. 14-15.

[9] Javier Hervada, *Pensieri di un canonista nell'ora presente*, Marcianum Press, Venezia 2007, p. 57.

meno può essere identificato con il *Codice di Diritto Canonico*. Infatti, viene ribadito più volte e chiaramente in tutta l'opera, presentando i vari ambiti del Diritto canonico, *che al centro del Diritto ci sono i rapporti intraecclesiali di giustizia e non le varie norme canoniche*, i canoni (il *diritto norma*). Il Diritto non come espressione di potere o mero insieme di norme e leggi, è già chiaramente indicato dall'A. nella scelta significativa nel titolo di questo Trattato in due volumi (*Corso fondamentale sul diritto* ***nella*** *Chiesa*) della preposizione articolata *nella* al posto dell'usuale *della* Chiesa a proposito del Diritto. Indicazione chiara che il Diritto non è il semplice prodotto del potere o del consenso[10] della maggioranza, ma è qualcosa che lo precede e che l'autorità stessa è chiamato a riconoscere e tutelare se vuole essere fedele alla sua funzione e venir, alla fine, essa stessa rispettata. Alla luce di questa importante puntualizzazione, si capisce quello che per me può esse indicato come approccio/metodo sistematico-esegetico scelto dall'A. nello studio e nella presentazione del Diritto canonico[11] (e non di quello meramente esegetico o esegetico-sistematico).

Essendo il Diritto ciò che è giusto ed il Diritto canonico ciò che è giusto nella Chiesa: "… il diritto è inseparabile dalla giustizia, in quanto è precisamente il suo oggetto, vale a dire ciò che è giusto. Agire secondo giustizia significa dare a ciascuno ciò che è il suo diritto. Di conseguenza questo diritto precede la giustizia, la quale si

---

[10] "Ma è evidente che nelle questioni fondamentali del diritto, nelle quali è in gioco la dignità dell'uomo e dell'umanità, il principio maggioritario non basta: nel processo di formazione del diritto, ogni persona che ha responsabilità deve cercare lei stessa i criteri del proprio orientamento [oggettivi!]" (Benedetto XVI, *Discorso al Reichstag di Berlino*, 22-IX-2011, in *http://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/it/speeches/2011/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20110922_reichstag-berlin.html,* consultato in data 11-V-2018). Già in precedenza la questione del consenso era stata presa in considerazione in relazione alla politica: "Se i principi morali che sostengono il processo democratico non si fondano, a loro volta, su nient'altro di più solido che sul consenso sociale, allora la fragilità del processo si mostra in tutta la sua evidenza. Qui si trova la reale sfida per la democrazia" (Benedetto XVI, *Discorso alle autorità civili alla Westminster Hall*, 17-IX-2010, in *http://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/it/speeches/2010/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20100917_societa-civile.html,* consultato in data 11-V-2018).

[11] Cfr. vol. I, p. 47. Già nella Premessa, l'A. scrive: "… occorre assolutamente rifuggire dall'identificazione del diritto ecclesiale con il Codice, e non solo perché esistono norme universali e particolari extracodiciali, ma soprattutto perché ciò che si trova al centro dell'attenzione del canonista è la realtà giuridica della Chiesa, i rapporti reali di giustizia intraecclesiale, non il Codice né le altre norme canoniche, per quanto preziose e rilevanti esse siano come strumenti di giustizia nella Chiesa" (vol. I, p. VII). Riguardo il rapporto Diritto-legge notava sempre Hervada, che la legge non s'identifica con il Diritto. La legge è chiamata Diritto per analogia di attribuzione, per via dell'intima relazione che ha con il Diritto. In genere per legge s'intende la causa e la misura del Diritto. Per san Tommaso la legge è una *ratio iuris*, regola del Diritto (cf *Summa Theologica*, II-II, 57, 1, 2um). È causa perché attribuisce le cose, creando diritti (anche se non l'unica causa: v. il contratto). È misura perché regola i diritti e il modo di usarli, segnala i limiti, prescrive i presupposti di capacità e di garanzie.
Quindi, la funzione della scienza giuridica non si esaurisce e non deve esaurirsi con l'interpretazione della legge (metodo esegetico), ma ha prima di tutto il fine ed il compito di porsi al servizio del giusto, quindi della sua determinazione. Per queste ragioni è evidente che il concetto base della scienza giuridica non è la legge, ma la relazione giuridica, cioè la relazione di giustizia tra due o più soggetti in relazione ad un "*debitum*".
Perciò, l'Ordinamento giuridico non deve vedersi primariamente come insieme di norme, ma come complesso di relazioni giuridiche. La legge non è giuridica per sé, ma per la sua relazione al Diritto e nella misura in cui lo salvaguardia! (cf *Coloquios propédeuticos* …, p. 49).

definisce in funzione di tale presupposto" (p. 16). In concreto questo significa il costante rinvio al Diritto divino, naturale e positivo e che l'uomo non è legge a se stesso[12]. Per questo, giustamente, Erich Kaufmann, scrisse che lo Stato non crea Diritto, lo Stato crea leggi, e Stato e leggi stanno sotto il Diritto[13]. Questo, ovviamente, vale anche per quell'istituzione che è la Chiesa cattolica[14].

Un altro punto da segnalare, riguarda la peculiarità dell'Ordinamento giuridico canonico. "La giustizia intraecclesiale s'inserisce, come una dimensione intrinseca, nell'insieme della vita della Chiesa. Questa vita non si può concepire senza diritto, non già nel senso delle norme umane (che peraltro sono sempre esistete), bensì in quello di ciò che è giusto nella Chiesa. Una vita ecclesiale sulla terra senza diritto costituisce semplicemente un impossibile, un'utopia contraria alle esigenze della stessa vitalità cristiana, personale e comunitaria, e che può celare ogni genere di ingiustizia. Ugualmente, sarebbe del tutto fuorviante voler limitare la vita ecclesiale ai soli aspetti giuridici. Il difetto del giuridismo proviene proprio da una esagerazione del diritto [nell'assegnarle una funzione che non le conviene e non le compete!], che dimentica le altre dimensioni della Chiesa, a cominciare da quella prioritaria dalla carità. Tale esagerazione si traduce nella pretesa di risolvere i problemi pastorali con i soli mezzi del sistema giuridico il che è assai pericoloso, perché spesso porta per reazione all'estremo opposto, alla pretesa cioè di risolverli senza tener conto della giustizia. La carità deve informare tutto, anche il vivere la giustizia, la quale però è presupposto indispensabile per poter

---

[12] Sempre Benedetto XVI ha evidenziato con forza che: "Anche l'uomo possiede una natura che deve rispettare e che non può manipolare a piacere. L'uomo non è soltanto una libertà che si crea da sé. L'uomo non crea se stesso. Egli è spirito e volontà, ma è anche natura, e la sua volontà è giusta quando egli rispetta la natura, la ascolta e quando accetta se stesso per quello che è, e che non si è creato da sé. Proprio così e soltanto così si realizza la vera libertà umana" (Benedetto XVI, *Discorso al Reichstag …*).
L'A. al riguardo afferma chiaramente che: "Nessuna soluzione giuridica è puramente umana, poiché è legata alle esigenze di giustizia della realtà umana e, trattandosi del diritto canonico, della realtà della Chiesa di Cristo" (vol. I, p. 125). Questo aspetto è vitale: prescindere significa perdere l'essenziale referente oggettivo per valutare cosa è bene e giusto, per risolvere con giustizia qualsiasi problema. Hervada, sempre in *Coloquios propédeuticos …*, si domanda: viene prima il Diritto o la Giustizia? Se l'atto di giustizia consiste nel dare a ciascuno il suo, affinché esista questo atto di Giustizia deve preesistere il "suo" del Diritto. Quindi l'atto di costituzione del Diritto deve precedere l'atto di Giustizia. La Giustizia segue il Diritto e, per questo, la distribuzione, l'attribuzione che crea il Diritto, è anteriore alla Giustizia (cf pp. 43-44). La costituzione del Diritto non è un atto di Giustizia, lo precede: la Giustizia segue sempre il Diritto (cf p. 45). Sempre un atto di Giustizia ha un Diritto preesistente. L'atto di Giustizia è un atto secondo. Dire che il Diritto deve essere giusto o che il Diritto positivo umano è opera di giustizia, ha senso se si ha un Diritto preesistente in relazione al quale deve essere giusto. Questo Diritto preesistente è il Diritto divino, naturale e positivo! Infatti, la questione del Diritto giusto è comprensibile, solo supposta l'esistenza del Diritto divino, naturale e positivo. Solo rispetto ad esso si dà vera Giustizia! (*Ius est obiectum iustitiae*) (cf p. 46).

[13] Cfr. Erich Kaufmann, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer,* 3 (1927), p. 4.

[14] Interessante, al riguardo quanto scritto dal giureconsulto Paolino: "Regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat: non ut ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. (PAU. L. 16, *ad Plaut*.). È *Regola* quella che brevemente espone la cosa qual è, non già perché dalla regola si tragga il diritto, ma invece, perché dal diritto qual è sorga la regola" (Luigi De Mauri, *Regulae Juris*, Hoepli, Milano, 1990, p. 192).

andare generosamente oltre nel servizio della Chiesa e delle anime"[15]. Quindi, "… ciò che il canonista, in quanto giurista, cerca di sapere è quali siano i rapporti di giustizia esistenti nella Chiesa, e pertanto quale sia la soluzione giusta da dare alle questioni poste dalla vita ecclesiale. A questo fine serve certamente molto la dimestichezza con le norme canoniche, poiché esse sono per l'appunto regole di giustizia, che dichiarano il diritto divino e determinano quello umano (cfr. cap. III). Tuttavia, non va dimenticato che il punto di riferimento fondamentale per l'interpretazione delle stesse norme è la giustizia intrinseca ai rapporti intersoggettivi. Tale realismo consente di comprendere il vero significato delle regole, e di accertare i limiti propri di ogni norma umana, dinanzi ai quali la stessa giustizia consiglia di separarsi dal testo per meglio identificarsi con la sostanza del diritto canonico: la giustizia intraecclesiale (sull'interpretazione delle leggi, cfr. nn. 53-55)"[16]. È importante sottolineare che detto *realismo giuridico*, è l'unico che ha le potenzialità e le capacità di contrastare non solo quello che è una vera e propria patologica degenerazione della giuridicità, il giuridismo, ma anche quella "antigiuridicità" di matrice ideologica, che in questi ultimi tempi sembra più diffondersi ed imporsi sempre più a tutti i livelli nelle varie società.

Un ultimo aspetto che mi preme evidenziare, lasciando i molti altri alla scoperta dei lettori, tocca proprio l'interpretazione. L'A. invita a non scambiare il *sistema giuridico* per il *Diritto*, rendendo di fatto impossibile una vera interpretazione giuridica. Infatti, quando questo avviene: "Al suo posto subentra, da un lato, un mondo teorico, quello dei testi legali e delle altre fonti giuridiche intesi come autoreferenziali, e dall'altro l'arbitrarietà nella risoluzione dei problemi giuridici concreti, cui le norme sembrano offrire soprattutto degli strumenti al servizio degli interessi soggettivi delle parti. Il realismo giuridico implica l'ammettere che nella realtà umana c'è un'intrinseca dimensione di giustizia, e che concretamente nei rapporti di giustizia intraecclesiali tale dimensione proviene anzitutto dall'essere stesso della Chiesa. Ciò implica tener conto in modo effettivo del diritto divino nel lavoro giuridico, non quale mero limite o fondamento remoto, bensì come orizzonte costante dell'ermeneutica. L'ermeneutica giuridica, per essere veramente giuridica, deve superare gli schemi del positivismo, che nel limitarsi alle sole norme positive impediscono la comprensione delle stesse norme positive. […] Nella prospettiva realistica l'interpretazione della legge s'inserisce necessariamente nel contesto più vasto dell'insieme di conoscenze di cui il giurista deve disporre per risolvere una questione di giustizia"[17].

Contenuto

Essendo fuori luogo il solo pensare di poter presentare qui, anche sommariamente il contenuto del Trattato, rinvio agli schemi riassuntivi in Appendice al presente scritto, per averne una visione d'insieme. L'unica cosa che mi sembra importante sottolineare, è che la tesi propria dell'A., cioè lo *Ius est obiectum Iustitiae*, è declinata a 360°, con differente modulazione, in tutti gli ambiti del Diritto ecclesiale: filosofico, teologico, storico; riguardo i soggetti ecclesiali del Diritto: i beni giuridici ecclesiali, il ricono-

[15] Vol. I, p. 41.

[16] Vol. I, p. 44.

[17] Vol. I, pp. 148-149.

scimento e la tutela dei diritti nella Chiesa a livello procedurale e penale, ed infine, nei rapporti tra la Chiesa e la Società civile (denominazione che l'A. preferisce a quella usuale di Comunità politica). Ognuno nei singoli sedici capitoli, alla fine ha una bibliografia ragionata ed aggiornata, utile per ulteriori approfondimenti da parte del lettore.

Qui mi limito solo a segnalare, per la loro originalità, il contenuto dei capp. XII: il servizio della carità, e XVI: I rapporti tra la Chiesa e la Società civile.

Cap. XII: il servizio della carità[18].

Dopo aver esaminati i beni quali: la parola, la liturgia, i sacramenti, in modo particolare il matrimonio e la famiglia (Libri III e IV del CIC/83) e prima di trattare i beni temporali (Libro V), l'A. affronta con originalità il tema della carità. Questo dopo aver accennato ad un'altra categoria: i beni culturali della Chiesa (necessari per svolgere liberamente la sua missione). Riguardo la carità, l'Enciclica di Benedetto XVI, *Deus caritas est* (2005:DCE) ed il successivo M.P. *Intima Ecclesiae natura* (= sul servizio della carità: 2012), che hanno messo più in evidenza il bene giuridico ecclesiale del servizio della carità. Questa è presentata da *DCE* 25 in una triade insieme alla parola di Dio ed i sacramenti: L'intima natura della Chiesa si esprime in un triplice compito: annuncio della Parola di Dio (*kerygma-martyria*), celebrazione dei Sacramenti (*leiturgia*), servizio della carità (*diakonia*). Sono compiti che si presuppongono a vicenda e non possono essere separati l'uno dall'altro". Sottolinea il servizio alla carità e la sua dimensione giuridica essenziale (v. can. 1254): le opere di carità tra i fini del patrimonio economico ecclesiale, ma è riduttivo concepire il servizio della carità quale mera distribuzione di beni materiali ai poveri[19].

Detto "servizio della carità" deve essere correttamente compreso. Con ciò non si vuol dire che l'annuncio della parola e la celebrazione dei sacramenti, non siano anch'essi un'espressione del servizio della carità nella Chiesa. D'altra, da essa non si deve dedurre la negazione "… della distinzione strutturale tra giustizia e carità all'interno della Chiesa, né in generale né per quel che riguarda l'ambito specifico del servizio della carità. È vero che, come insegna il Concilio Vaticano II, il Popolo di Dio 'ha per legge il nuovo precetto di amare come lo stesso Cristo ci ha amati (cfr. Gv 13, 34)' (LG, 9b), per cui anche i doveri di giustizia in senso giuridico derivanti dall'esistenza di quel Popolo costituiscono esigenze dell'amore cristiano. Ciò non vuol dire che nell'ambito canonico si verifichi una sorta di identificazione tra giustizia e carità, contraria alla reale complessità dell'esperienza interpersonale ecclesiale, che distingue tra ciò che è dovuto a qualcuno come suo diritto e ciò che viene dato gratuitamente come dono. [… in ogni caso si dà sempre la] priorità operativa della giustizia come primordiale manifestazione di carità, e la medesima priorità etica e salvifica della carità"[20].

Cap. XVI: I rapporti tra la Chiesa e la società civile

In nota l'A. spiega la scelta usare società civile al posto di comunità politica[21]. Questo per mettere in evidenza che la questione giuridica fondamentale riguarda la dimensione civile dei diritti ecclesiali delle persone e delle istituzioni legate alla Chiesa. Alla tutela

---

[18] Cf vol. II, pp. 427-441.

[19] Cf vol. II, pp. 439-441.

[20] Vol. II, p. 441.

[21] Cf vol. II, p. 683, nota 1.

e promozione di tali diritti nella società civile servono i rapporti istituzionali tra Chiesa e soggetti politici di vario livello, eventualmente con accordi. La sostanza di questa materia è giuridica e solo secondariamente politica, in quanto il bene comune tanto della Chiesa quanto della società civile richiede il concorso delle autorità rispettive per attuare il riconoscimento e la tutela di quei diritti.

Secondo il liberalismo laicista più rigoroso, la Chiesa non ha un vero ordinamento giuridico, non potendosi dire in nessun senso giuridicamente sovrana o indipendente nel suo ambito. "Infatti, sotto il profilo giuridico, che tende ad essere identificato con quello delle norme del diritto statale, la Chiesa appare come un'associazione, cui lo Stato riconosce ed attribuisce personalità giuridica. Viene naturalmente negata ogni competenza veramente giuridica dell'autorità ecclesiastica, anche nei riguardi dei propri fedeli"[22]. Quindi, si sostiene la sola validità del matrimonio civile e rifiuto di riconoscere qualsiasi forma di quello religioso.

Ugualmente interessante l'annotazione circa la differenza tra sana autonomia e la separazione tra Stato e Chiesa frutto dell'impostazione laicista. Diverso il modello USA al momento dell'indipendenza nel 1776 e nel I emendamento del 1791 che vieta allo Stato di assumere una religione o di proibirla[23].

Conclusione

Alla luce di quanto ho tentato di evidenziare, mi sembra chiara la scelta dell'A. nel redigere questo organico e sistematico Trattato di Diritto canonico[24]. La scelta di *ripensare* tutto il Diritto canonico, e di conseguenza di presentarlo essenzialmente, come *ciò che è giusto nella Chiesa*! Questo con l'intento di riuscire a suscitare l'interesse di coloro che si accostano, per varie ragioni, al Diritto canonico. In altri termini, di riuscire a toccare la corda giusta nella personalità del lettore: dello studente prima di tutto, ma, per le ragioni presentate, a nostro avviso anche per il cultore ed operatore del Diritto che sia. Qual è questa corda? La passione per la persona/fedele (cf can. 96). Il vero giurista, ci ricorda il prof. Errazuriz con questo Trattato, non ama il Diritto e la Giustizia per se stessi, ma per il bene delle persone e dei fedeli, e per questo è chiamato a vivere con passione quello che gli antichi romani sentivano come una funzione ed un ruolo sacri. Perciò non mi sembra fuori luogo ricordare quanto leggiamo nel *Digesto* ed attribuito ad Ulpiano: "1.Qualcuno, meritatamente, potrebbe chiamarci sacerdoti del diritto: infatti, coltiviamo la giustizia e professiamo la conoscenza del buono e dell'equo separando l'equo dall'iniquo, discernendo il lecito dall'illecito, desiderando rendere buoni gli uomini non solo con il timore delle pene ma anche con l'esortazione dei premi …"[25].

---

[22] Vol. II, p. 694.

[23] Cfr. vol. II, pp. pp. 695-696.

[24] Lo stesso A. l'afferma subito nella Premessa: cfr. vol. I, pp. V-VII.

[25] "Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter celsus definit, ius est ars boni et aequi. 1.Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes (D.1.1.1pr. [Ulp. 1 inst.]). Quindi, Giustiniano, artefice del Digesto inteso quale *templum iustitiae*, aveva un'alta considerazione della sua opera e per conseguenza attribuiva a se stesso la funzione sacerdotale di cultore e garante

Di conseguenza si capisce la proposta dell'A., non solo a livello didattico per gli studenti, ma per quanti s'interessano o devono applicare il Diritto canonico, cioè quella di far *recuperare* a tutti il senso ed il significato più profondo del Diritto canonico per la vita della Chiesa, del Popolo di Dio. Un aiuto ad accostarsi al Diritto canonico, non come strumento di potere o di mortificazione della libertà dei figli di Dio, ma invece come ciò che può contribuire a vivere nella verità e quindi pienamente la libertà che Dio ci ha data. L'opera di Errazuriz è uno significativo contributo ad uscire da una visione normativista/positivista del Diritto canonico, ed a maturare nel nostro vivere quotidiano la dimensione ecclesiale, rendendosi conto che l'unico vero problema non è quello di avere o non avere norme giuridiche, ma solo quello di avere *buone norme giuridiche*, norme giuste che riconoscano il *suum* di Dio, della Chiesa e dell'altro. Un concreto aiuto, quindi, a maturare un atteggiamento di fronte la normativa ecclesiastica che ricerca ed accoglie le ragioni dell'obbedienza alle leggi (*ratio legis*) e non si arresta alla materiale loro esecuzione, scoprendo che bisogna obbedire, per esempio, a quanto è contenuto nei canoni dei Codici del 1983 e del 1990, non perché è lì scritto, ma proprio perché è vero, giusto e buono che è stato scritto nei Codici ed esige di essere accolto e realizzato.

Riguardo il rapporto Diritto-forza e la loro relazione con l'obbedienza, scriveva cinicamente Rousseau che: "Il più forte non è mai abbastanza forte da essere sempre il padrone se non trasforma la sua forza in diritto e l'obbedienza in dovere[26]. Il positivismo giuridico sembra aver respirato a pieni polmoni quest'area o meglio "ventata" illuministica, finendo, paradossalmente, a non sostenere le ragioni della *forza del diritto*, ma piuttosto quelle del *diritto della forza* di chi detiene il potere, quel potere che, specialmente oggi, ha multiformi modi di venir esercitato, alcuni dei quali non appariscenti, ma non per questo meno pericolosi, come quello dei *mass madia*[27]. Ragioni che sempre più si sono trasformate in irriflesse convinzioni da parte di chi, anche nella Chiesa, è chiamato a svolgere il servizio di governare[28].

---

della coppia concettuale *ius / iustitia*, che dominava appunto il frammento di apertura dell'opera. Uno degli aspetti qualificanti di un progetto di monarchia universale fondata sulla forza delle armi e del Diritto. Progetto antico che segnò tutta la storia di Roma, ma che si evince dalla seguenti parole di Virgilio (70-19 a. C.): "Altri plasmeranno meglio le statue palpitanti, lo credo proprio, trarranno dal marmo volti vivi, tratteranno meglio i processi e descriveranno con lo strumento le strade del cielo e prediranno gli astri nascenti: tu, Romano, ricordati di guidare i popoli col potere. Tu avrai queste arti: imporre usanze di pace, perdonare ai vinti ed abbattere i superbi". ("Excudent alii spirantia mollius aera credo equidem, uiuos ducent de marmore uultus, orabunt causas melius, caelique meatus describent radio et surgentia sidera dicent: tu regere imperio populos, Romane, memento hae tibi erunt artes, pacique imponere morem, parcere subiectis et debellare superbos") (*Eneide*, L. VI, 851).

[26] Jean- Jacques Rousseau, *Il contratto sociale*, trad. it. di Roberto Gatti, Rizzoli, Milano, 2005, p. 59.

[27] Cfr. Sergio Cotta, *Perché la violenza? Una interpretazione filosofica*, L'Aquila 1978, pp. 90-98.

[28] Al riguardo sottolineava acutamente Benedetto XVI: "Il successo può essere anche una seduzione e così può aprire la strada alla contraffazione del diritto, alla distruzione della giustizia. 'Togli il diritto – e allora che cosa distingue lo Stato da una grossa banda di briganti?' ha sentenziato una volta sant'Agostino. [*De civitate Dei* IV, 4, 1]. Noi tedeschi sappiamo per nostra esperienza che queste parole non sono un vuoto spauracchio. Noi abbiamo sperimentato il separarsi del potere dal diritto, il porsi del potere contro il diritto, il suo calpestare il diritto, così che lo Stato era diventato lo strumento per la distruzione del diritto – era diventato una banda di briganti molto ben organizzata, che poteva minacciare il mondo intero e spingerlo sull'orlo del precipizio. Servire il diritto e combattere il dominio dell'ingiustizia è e rimane il compito fondamentale del politico. In un momento storico in

Al di là di tutte le teorie sulla Giustizia, l'opera del prof. Errazuriz aiuta a prendere coscienza che si comprende veramente cos'è la Giustizia e quanto sia necessaria nella vita della Chiesa, solo quando si è vittime d'ingiustizia perché ci si vede negato ciò che oggettivamente è dovuto!

Per i suddetti motivi, sinceramente ringrazio il prof. Errazuriz per questa opera di alto profilo scientifico ed allo stesso tempo di grande utilità didattica e pastorale, ma soprattutto perché manifesta la sua passione per Dio, il suo Popolo ed ogni singolo fedele! Con questa sua fatica, egli in qualche modo ricorda a tutti noi, quanto santa Caterina ha dettato nel suo *Dialogo*:

"Neuno Stato si può conservare nella legge civile e nella legge divina in stato di grazia senza la santa giustizia, [*Pr* 16,12; *Let* 123: "Per la giustizia si regge il trono…"] però che colui che non è corretto e non corregge fa come il membro che è cominciato a infracidare, che se'l gattivo medico vi pone subitamente l'unguento solamente e non incuocie [= cauterizza/brucia] la piaga, tutto il corpo imputridisce e corrompe"[29].

P. Bruno Esposito, O. P.

---

cui l'uomo ha acquistato un potere finora inimmaginabile, questo compito diventa particolarmente urgente. L'uomo è in grado di distruggere il mondo. Può manipolare se stesso. Può, per così dire, creare esseri umani ed escludere altri esseri umani dall'essere uomini. Come riconosciamo che cosa è giusto? Come possiamo distinguere tra il bene e il male, tra il vero diritto e il diritto solo apparente? La richiesta salomonica resta la questione decisiva davanti alla quale l'uomo politico e la politica si trovano anche oggi" (Benedetto XVI, *Discorso al Reichstag* ...).

[29] S. Caterina da Siena, *Il Dialogo della Divina Provvidenza ovvero Libro della Divina Dottrina*, a cura di G. Cavallini, Siena, 1968, Capitolo 119, p. 291.

Giovanni Emidio Palaia, *La stazione di arrivo dell'uomo. La persona e il suo destino nel pensiero filosofico-politico di Giorgio La Pira*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 1-315

Il libro di Giovanni Palaia si presenta come un intarsio fra i diversi aspetti del pensiero e dell'opera di Giorgio La Pira. Nei cinque capitoli di cui si compone ("Fonti filosofiche e teologiche e l'origine della nozione di persona", "La profezia di La Pira: il fine della storia", "Il valore della persona umana di fronte alla società nelle sfide dell'età contemporanea", "La visione giuridico-politica negli scritti di La Pira", "L'impegno politico e i suoi fondamenti religiosi"), l'A. restituisce la ricchezza di contributi di una personalità così poliedrica, e nello stesso tempo così intrisa di una fede capace di illuminare l'intero suo percorso umano. Perché, si domanda subito Palaia, "parlare di Vangelo, di fede all'interno di una ricerca di antropologia politica? Perché la vita di fede e il rapporto con il Vangelo hanno determinato l'esistenza di La Pira: egli ha portato l'Evangelo non soltanto nelle brevi allocuzioni della Messa di San Procolo, lo ha fatto pure dentro Firenze, tanto all'Università quanto come primo cittadino; all'Ateneo Lateranense, nell'Assemblea Costituente, come diplomatico in Russia e in Vietnam" (36).

Mi soffermerò sull'ispirazione che guidò il La Pira Costituente, ma per quanto ora detto non potrò prescindere dagli stretti collegamenti di questo aspetto della sua opera con gli altri. Come mostra il libro, bisogna risalire alle concezioni che consentirono a La Pira di fornire il suo contributo alla stesura del testo costituzionale: la concezione dell'uomo, del diritto e dello Stato, e dell'ordine sociale.

Palaia mette in luce, anzitutto, la lettura che La Pira dà di Tommaso intorno alla concezione dell'uomo, che lo discosta molto da altre che erano e sarebbero state alternative ad essa. Questa concezione, scrive La Pira in *Premesse alla politica* (1945), è basata sul principio per cui "Non vi è una sostanza unica di cui tutti gli esseri individuali non sarebbero che accidentalità o 'momenti': no, vi sono tante sostanze diverse quanti sono gli individui. Ogni individuo esaurisce una sostanza: queste sostanze sono fra di loro collocate in una relazione gerarchica e dipendono tutte da Dio (la sostanza Creatrice) dal quale, per creazione, derivano. La trascendenza di Dio è garanzia della sostanzialità – e quindi dell'intrinseca solidità e dell'intrinseco valore – di ogni essere" (140).

Sta qui la distanza incolmabile del pensiero di La Pira tanto dalla visione, propria degli antichi, degli esseri individuali come proiezione di una medesima sostanza, quanto dalle concezioni idealistiche di matrice rousseauviana od hegeliana che giungono a risolvere l'individuo nella società o nello Stato.

Ma a rendere incolmabile quella distanza c'è un secondo passaggio cruciale: la centralità del concetto di persona umana, in luogo di quello di individuo, nel pensiero lapiriano. Una persona, scrive ne *Il valore della persona umana* (1947), che si trova "in rapporto con tre differenti ordini di realtà: la realtà sensibile (l'universo sensibile), sotto di sé; la realtà spirituale (la totalità degli esseri aventi una realtà spirituale), dentro di sé; e la realtà divina, sopra di sé…Il primo rapporto è ordinato al secondo ed il secondo al terzo. Il rapporto diretto con la realtà sensibile, infatti, ha per scopo ultimo quello di costituire una introduzione al rapporto indiretto con la realtà spirituale; e quest'ultimo ha per scopo ultimo quello di costituire una lontana introduzione al rapporto con la realtà divina" (149). Opera al riguardo, scrive Palaia seguendo l'itinerario concettuale di La Pira, una "legge di attrazione dei valori", che porta l'uomo come essere spirituale a tendere a Dio, e che La Pira, in uno scritto del 1961, applicherà anche alle nazioni: "Le nazioni nelle quali, malgrado le loro colpe politiche, è profondamente iscritta e come incorporata la storia della civiltà giudeo-cristiana (strutturata con le strutture

dell'intelligenza greca e della giurisprudenza romana) possono ancora (a causa dei valori storici, spirituali e culturali di cui sono portatrici) essere un centro valido di attrazione e di integrazione per questi popoli nuovi e per queste nuove nazioni?" (154).

L'accenno alla giurisprudenza romana mi consente di passare al secondo aspetto che mi sono ripromesso di trattare. La Pira fu allievo di Emilio Betti, romanista, e giurista a tutto campo, all'Università di Firenze, e, come attesta il carteggio raccolto da Giuliano Crifò, gli restò legato per quaranta anni, dai primi anni '20 al 1960. Betti è stato uno dei più profondi giuristi italiani del secolo scorso, e il suo pensiero, come è proprio dei grandi Maestri, è tuttora al centro di vivaci dibattiti scientifici non solo in Italia.

Palaia illustra molto bene l'influsso di Betti nella formazione di La Pira e in particolare nella sua visione del diritto romano (31-35), ma anche la distanza fra i due sui temi della Costituzione e dello Stato (182).

Scrive Palaia che La Pira "nel tempo si distaccò più che dal suo professore, dagli impianti pandettistici ed idealistici di quest'ultimo e privilegiò il valido fondamento della fisolosofia aristotelico-tomista, senza rinnegare peraltro la sua formazione romanista"; e riporta la recente opinione di Mario Primicerio secondo cui quella di La Pira era "una mentalità geometrica", alimentata su San Tommaso, ma anche forgiata dallo studio del diritto romano attraverso Betti (35).

Si può aggiungere che Betti sposava l'idea, che veniva dalla grande tradizione romanistica, secondo cui sono i giuristi, più ancora dei legislatori e dei giudici, a fare il diritto, specialmente per quanto riguarda l'enucleazione dei princìpi destinati a guidare la convivenza umana, e difendeva una concezione storicistica del diritto e dei concetti giuridici, avversando, corrispondentemente, il positivismo giuridico dominante fra i giuristi della sua epoca. In La Pira traspare una concezione del diritto che, sulla scorta della sua lettura di Tommaso, vedeva nel diritto naturale non qualcosa di statico e precostituito, una sostanza unica rispetto alla quale le persone sono pura derivazione, ma qualcosa di storicamente dinamico e di aperto.

Non si può dire, per questo verso, che fra i due vi fosse una vera distanza. In un passo de l' *Architettura di uno Stato democratico* (1948), La Pira considera la costituzione come "l'assetto giuridico di una data società in un dato momento storico", che "deve rispecchiare sul piano del diritto la struttura essenziale del corpo sociale", e dunque "deve essere *proporzionale all'uomo* (*hominum causa ius costitutum est*, dicevano i Romani) e alle essenziali strutture sociali che l'uomo crea ed i cui lineamenti sono configurati in parte dalla sua stessa natura ed in parte dalle condizioni economiche, politiche, sociali, culturali e spirituali di un determinato periodo storico" (179). Sono tesi che il suo Maestro avrebbe senz'altro sottoscritto. Giustamente osserva Palaia che La Pira, "più che affrontare in modo tematico la distinzione tra ius e lex, si concentra piuttosto sul fondamento dell'ordinamento giuridico positivo, il quale deve fondare la propria giuridicità e la propria costruzione in sistema, sui princìpi del diritto naturale. Emerge qui anche la formazione romanista di La Pira, secondo cui i giuristi romani hanno dato al diritto una veste scientifica, organizzando la giurisprudenza secondo princìpi e metodo logico-deduttivo" (201).

In cosa, dunque, egli si distaccava da Betti? Più ancora che nell'idea di costituzione, nelle modalità della sua formazione nell'epoca storica che essi stavano attraversando. Betti era stato fascista e non aveva rinnegato il fascismo nemmeno dopo la caduta del regime. Ma questo elemento, che va ovviamente tenuto presente, non spiega del tutto le forti riserve di Betti verso una Costituzione alla cui stesura La Pira partecipò invece attivamente e fiduciosamente.

La radice di questa diffidenza si coglie ne *L'interpretazione della legge e degli atti*

giuridici (1949), dove Betti osserva che solo "una legislazione geniale sa trovare e apprezzare i veri valori della civiltà nel momento storico in cui entra in vigore", e "non meno importante della sensibilità per i valori è l'idoneità dei mezzi scelti per assicurarne la tutela: e qui entrano in gioco canoni attinenti alla tecnica dell'attività legislatrice, che questa non può trascurare senza rendere illusoria l'efficacia impegnativa delle proprie enunciazioni". E aggiunge: "Così, ad es., non poche enunciazioni della recente 'costituzione' italiana, ove siano esaminate alla luce di quella tecnica, si palesano o mere enunciazioni programmatiche, carenti di contenuto precettivo e quindi tali da lasciare il tempo che trovano, o illusorie formule di compromesso fra partiti, concordi solo su certi demagogici atteggiamenti, che si denunziano come epifenomeni della disfatta".

Come si vede, il giudizio di ordine tecnico si salda con quello di ordine politico, fino a decretare una condanna dell'operato dei Costituenti. La Pira, all'opposto, era animato dalla speranza che proprio la Costituzione avrebbe potuto realizzare quella "proporzione" del diritto rispetto all'uomo e al corpo sociale che era nelle sue aspettative dopo che, scrive nelle *Premesse alla politica*, era crollato "non solo il tipo di costituzione che il fascismo aveva frammentariamente, ma non senza una unità logica, elaborato, ma anche il tipo di costituzione anteriore rappresentato dallo Statuto del '48" (180).

La convinzione che la crisi costituzionale italiana non fosse dovuta soltanto al totalitarismo, e che occorreva anche rendersi conto perché il totalitarismo aveva potuto attecchire, così ponendo in discussione lo stesso sistema liberale prefascista, era assai diffusa fra i Costituenti. Meno diffusa, e certo estranea all'ideologia della sinistra, era la convinzione che la crisi avesse travolto anche quella versione rousseauviana del costituzionalismo che scommetteva sulla libertà come assoluta capacità di autodeterminazione dell'uomo dotato di ragione, e sul diritto come puro artificio umano in grado di trasformare la società. Questa convinzione conduceva alcuni Costituenti di parte cattolica, fra cui La Pira spiccava per l'elaborazione filosofica che aveva maturato, a ritenere che le tragedie del passato italiano ed europeo avessero mostrato il limite della ragione umana.

La stessa scrittura costituzionale non poteva più basarsi su quel costruttivismo integrale che era stato l'orgoglio del costituzionalismo illuministico (e su questo la posizione di Betti non era affatto diversa). Ma, al contempo, occorreva pure immaginare una concezione costituzionale dell'uomo fondata sull'idea di persona e sul valore della dignità: la libertà non poteva esaurirsi nell'autodeterminazione individuale, ma incorporare l'idea, proprio in virtù del carattere intrinsecamente relazionale della persona, che non c'è libertà senza una misura di responsabilità nei confronti degli altri. Lo attesta un articolo proposto da La Pira nel dibattito alla Costituente, secondo cui "I diritti di libertà sono garantiti a tutti. Il loro esercizio trova i suoi limiti […] nelle supreme norme morali. La libertà, infatti, è ordinata per natura e deve servire per elezione al bene supremo e personale di ciascuno e a quello comune, solidale e fraterno di tutti. La libertà, perciò, è fondamento di responsabilità".

In questa formulazione, in particolare nell'idea di una libertà "ordinata per natura", si avverte l'inclinazione "geometrica" di La Pira nel disegnare l'ordine sociale, terzo punto della mia breve ricognizione.

La società di La Pira non è una società di individui ma di gruppi. Alla Costituente, richiamando una frase di Proudhon, secondo cui "Tra gli individui e lo Stato io vorrei costruire un mondo", auspica "una revisione integrale del diritto di proprietà, una revisione integrale della struttura economica e della struttura politica, governata da questo principio che è fondamentalmente rispettoso di questa espansione libera ma coordinata ma sorvegliata della persona umana" (177). E nell'*Architettura di uno Stato*

democratico, ritiene che, oltre ai classici diritti di libertà civile e politica, "il quadro integrale dei diritti della persona" debba comporsi dei "diritti sociali fondati sugli *status* che la persona possiede: in quanto cioè, essa è membro di una comunità familiare, di una comunità religiosa, di una comunità territoriale, di una comunità di lavoro e di classe (sindacati, corpi professionali), della comunità nazionale ed internazionale: e di conseguenza anche i diritti di queste medesime comunità (pluralismo giuridico) che hanno, ciascuna, il loro fine ed il loro statuto giuridico" (188).

La costituzionalizzazione del pluralismo rifletteva dunque, nel suo pensiero, un'architettura molto precisa dell'ordine sociale, fondata su tre elementi fra loro necessariamente correlati: una specificazione diretta, nel testo, delle comunità intermedie fra individuo e Stato; una concezione dei diritti sociali come diritti da *status* di ciascuna persona; una visione dell'intervento pubblico nella sfera dei rapporti economico-sociali fondata sul principio di sussidiarietà, che fu prospettata alla Costituente da Giuseppe Dossetti.

Questa concezione, che presentava affinità più o meno strette con le concezioni del pluralismo diffuse fra le due guerre da filosofi cristiani quali Maritain e Mounier, ma anche liberalsocialisti come Gurvitch, non trovò seguito fra i Costituenti. Nell'art. 2 della Costituzione ("La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale") il riconoscimento delle formazioni sociali non si accompagna alla loro puntuale individuazione, anche se il testo riconosce e disciplina ampiamente quelle cui pensava La Pira. La visione dei diritti sociali prevalsa alla Costituente privilegiò la loro accezione di diritti a prestazione pubblica su quella di diritti fondati su *status*, pur non escludendola, segnatamente per quanto riguarda la famiglia e il lavoro. E, conseguentemente, non venne accolto il principio di sussidiarietà, nella formulazione precisa che Dossetti e La Pira avrebbero voluto inserire.

Nel libro sono riportati i confronti di La Pira con i Costituenti di altre parti politiche. Egli parlava loro di Tommaso con la naturalezza di un grande conoscitore del suo pensiero, lasciandoli stupiti, come ha giustamente ipotizzato Possenti (208). In effetti, era un altro mondo, perché La Pira, osserva Palaia, "parla, scrive e opera da profeta" (209). Così non può dirsi di altri Costituenti di parte cattolica, quali Moro, Fanfani, lo stesso Dossetti, il cui dialogo con gli esponenti di altri partiti avveniva lungo il comune registro della politica costituzionale.

Tuttavia, osserva Palaia (220), le intuizioni più fertili e più durature di La Pira lasciarono traccia, dall'anteriorità della persona umana e dei suoi diritti rispetto allo Stato, al pluralismo delle formazioni sociali, che connota, aggiungo, lo stesso carattere della nostra democrazia, infine alle disposizioni internazionalistiche della Costituzione (artt. 10 e 11), le quali sanciscono il superamento del dogma della sovranità statale esclusiva in vista di un'apertura alla comunità internazionale e di un espresso impegno a promuovere la pace e la giustizia fra le nazioni.

Sono tracce che persistono nel tempo. Le tracce dell'opera e del pensiero di chi, approfondendo il valore della persona in Tommaso, l'aveva collocata in "questa zona di confine fra l'eternità e il tempo" (148). È merito del libro di Giovanni Palaia l'aver ricostruito quell'opera e quel pensiero con instancabile scrupolo e con finezza argomentativa.

Cesare Pinelli

Pier Paolo Piergentili, *«Christi nomine invocato». La Cancelleria della Nunziatura di Savoia e il suo archivio (secc. XVI-XVIII)*, Città del Vaticano, Archivio Segreto Vaticano, 2014 (Collectanea Archivii Vaticani 97), pp. 1149

Il volume è il frutto delle ampie e approfondite ricerche che l'Autore ha condotto nell'«oceano» inesplorato dei documenti della Cancelleria della Nunziatura di Savoia, oggi conservati nell'Archivio Segreto Vaticano.

La storia della Nunziatura e le vicende del suo archivio sono tracciate nel capitolo iniziale (pp. 9-25). Quando l'ultimo nunzio apostolico presso la corte sabauda fu richiamato a Roma nel 1850, a seguito dell'emanazione delle leggi Siccardi, le relazioni diplomatiche furono affidate a un incaricato d'affari, Benedetto Roberti. Alla sua morte (1856) subentrò l'abate Gaetano Tortone, che fu protagonista delle ultime vicende della Nunziatura fino alla sua soppressione, nonché custode del suo preziosissimo archivio. Secondo le disposizioni date da Tortone, alla sua scomparsa (1891) le carte furono depositate presso la Curia arcivescovile di Torino. La Segreteria di Stato della Santa Sede, dopo avere compiuto una ricognizione del materiale, ordinò che esso fosse trasferito a Roma (1892). L'Archivio preserva il complesso documentario connesso con l'attività giurisdizionale svolta dai nunzi apostolici in Savoia dall'istituzione della Nunziatura (1560) fino al 1753, anno in cui tale giurisdizione fu definitivamente soppressa. Le vicende settecentesche mostrano la direzione irrevocabile degli avvenimenti: dopo una chiusura quarantennale cominciata nel 1701 e la conseguente interruzione delle relazioni diplomatiche, la successiva riapertura del 1741/42 non fu che l'anticamera della soppressione. L'ultimo nunzio, Ludovico Merlini, era giunto in Piemonte nel 1741 come commissario apostolico *pro componendis controversiis* con la Corte sabauda. Egli si rese subito conto dell'ostilità dell'ambiente quanto alla prospettiva del ristabilimento della giurisdizione papale nelle terre di un sovrano che ormai si fregiava del titolo di Re di Sardegna. Le resistenze provenivano sia dalle autorità civili, restie a privarsi delle funzioni acquisite durante il quarantennio di chiusura, sia dall'episcopato locale. Dalle trattative dirette alla riapertura scaturì una Nunziatura fortemente ridimensionata nelle sue competenze, sia quanto ai limiti territoriali (per esempio con l'esclusione della Sardegna e dei territori recentemente acquisiti e prima appartenenti al Ducato di Milano e alle terre dell'Impero, per tacer d'altro), sia nell'ampiezza delle facoltà. Con due concordati stipulati nel 1741 Carlo Emanuele III si era premurato di rafforzare le prerogative della Corona. I plenipotenziari sabaudi, inoltre, rivendicarono per l'arcivescovo di Torino il diritto di giudicare in appello le cause delle diocesi suffraganee, lasciando al nunzio la giurisdizione in terza istanza. Pur senza dissimulare le proprie lamentele, la Santa Sede ridimensionò le sue aspettative, e il breve con le facoltà concesse al nunzio, aggiustato secondo le richieste sabaude, fu spedito da Roma il 7 aprile 1742. Il confronto con il passato rendeva chiaro ai protagonisti di tali vicende quale fosse il senso degli avvenimenti: la riduzione delle prerogative della *longa manus* romana negli Stati sabaudi si accompagnava al recupero di potestà giurisdizionali da parte del potere civile e delle Chiese locali, in un processo che trovava sostegno teorico nella cultura del giurisdizionalismo subalpino. Nel novembre 1741 lo stesso Merlini aveva inviato una relazione alla Segreteria di Stato, nella quale dava conto di quanto ampia e pervasiva fosse stata nei precedenti secoli la giurisdizione dei nunzi. Merlini portava come esempio l'esperienza del nunzio Alessandro Castracani (1629-1634), che aveva nei fatti esercitato una giurisdizione sostanzialmente ordinaria cumulativa con quella dei prelati degli Stati sabaudi (si veda la *Serie de' nunzi ed internunzi et*

altre notizie appartenenti a questa Nunziatura di Torino, ricavata dall'archivio della medesima e da diverse parti, citata con efficaci stralci alle pp. 204-206).

La documentazione della Cancelleria della Nunziatura è ripartita nelle due serie di *Acta* e *Registra*, alla cui analisi sono dedicati il secondo e il terzo capitolo del volume. La serie degli *Acta* (pp. 27-158) consta di 1807 unità, il cui rilievo storico è illustrato attraverso l'approfondimento di alcune vicende giudiziarie particolarmente significative. Gli *Acta* sono suddivisi in ulteriori sottoserie, che in qualche misura presentano sovrapposizioni tematiche, poiché l'inserimento dei diversi documenti in ciascuna sottoserie, a monte, non corrisponde a una rigorosa distinzione fra tipologie di atti o competenze della Nunziatura.

Gli *Acta Appellationis* comprendono i processi svolti in secondo o terzo grado di giudizio dinanzi al nunzio apostolico, che, in virtù delle facoltà a lui concesse o di specifiche deleghe apostoliche, godeva della potestà di riformare le sentenze dei diversi tribunali ecclesiastici nonché dei podestà dei feudi pontifici del Ducato. I casi trattati sono estremamente vari nella tipologia (dalle materie beneficiali alle questioni ereditarie, dalle cause matrimoniali a quelle per delitti quali concubinato, stupro, omicidio, infanticidio, etc.) e, sebbene presentino sempre elementi che li attraggono sotto un titolo di competenza della giurisdizione ecclesiastica, allo stesso tempo mostrano i frequentissimi intrecci nonché i conflitti con la giurisdizione delle autorità secolari. In altra direzione, la giurisdizione del nunzio poteva entrare in conflitto con quella delle Congregazioni romane, come emerge in un caso riguardante la rimozione del confessore delle Clarisse di Asti, analizzato alle pp. 29-47: circostanza che conduce l'Autore a più ampie considerazioni circa le relazioni tra Curia Romana, Nunziatura ed episcopato nella promozione della legislazione tridentina relativa alla riforma della disciplina ecclesiastica.

La serie degli *Acta cameralia* comprende documenti riguardanti procedimenti avviati dal procuratore fiscale della Camera Apostolica presso la Nunziatura circa questioni concernenti il patrimonio della stessa Camera (decime, spogli dei benefici ecclesiastici, ma anche cattiva amministrazione e appropriazione indebita), la violazione delle immunità ecclesiastiche, ma anche trasgressioni nella disciplina del clero e persino delitti quali l'omicidio e il tentato omicidio. Alle pp. 57-64, per esempio, è esaminato un processo avviato, su mandato della Congregazione del S. Uffizio, contro l'inquisitore di Mondovì, accusato di crimini e condotte scandalose (1683).

Tra gli *Acta Civilia* troviamo procedimenti, introdotti per istanza di parti laiche o ecclesiastiche, relativi alla materia contrattuale (recuperi di crediti, inadempimenti, frodi), ma anche a questioni ereditarie coinvolgenti laici e persone o enti ecclesiastici, alla materia beneficiale e a questioni matrimoniali.

Gli *Acta Criminalia* presentano un amplissimo campionario di procedimenti relativi a delitti delle più varie specie, dalle ingiurie e minacce alle percosse e all'omicidio, dai crimini di usura e falso a un ampio ventaglio di delitti relativi alla sfera sessuale.

Altra importante serie è quella degli *Acta reductionis et spolii*, che contiene i procedimenti avviati dalla Camera Apostolica concernenti i benefici vacanti e diretti a evitare indebite appropriazioni dei beni ecclesiastici da parte di soggetti ecclesiastici o laici. Su questo terreno si misurano numerosi conflitti tra il nunzio, i vescovi e i capitoli, anche a causa delle pretese di alcune diocesi di godere delle "libertà gallicane" (esemplare è il caso di Saluzzo, pp. 115 s.).

La serie delle *Informationes* ricomprende quelle informazioni, per così dire, preliminari, raccolte dai soggetti agenti per conto della Nunziatura relativamente a vicende che non sempre sfociarono in procedimenti ordinari.

Vi sono infine gli *Acta miscellanea*, che comprendono documenti non prodotti dalla Nunziatura ma da essa acquisiti nel corso dei vari procedimenti. L'importanza di questa serie è illustrata dallo studio di un procedimento inquisitoriale, celebrato a Vercelli nel 1560/61, a carico di una donna accusata di eresia e stregoneria (pp. 148-158). Qui fra l'altro notiamo che l'inquisitore è assistito da un giudice laico competente per territorio. La sentenza offre interessanti spunti di analisi, perché documenta la consapevole distinzione tra i provvedimenti presi dal giudice «in foro penitentiali» (assoluzione da scomunica e altre censure e imposizione di penitenze), la condanna «in foro contentioso canonico» (confisca dei beni), il provvedimento di remissione al giudice secolare per altre imputazioni (*maleficia*) (pp. 157 s.).

Il terzo capitolo esamina la serie dei *Registra* (pp. 159-217), nella quale si rispecchia l'attività giurisdizionale dei nunzi sia negli aspetti contenziosi che in quelli della volontaria giurisdizione. Anche qui vi sono diverse sottoserie. I *Registra causarum* documentano l'attività del tribunale registrando quotidianamente i singoli provvedimenti relativi ai diversi processi. La loro analisi permette di ricostruire la prassi del tribunale documentando anche i profili quantitativi della sua attività. Vi sono poi i *Registra instrumentorum*, contenenti strumenti notarili redatti dal personale della Cancelleria relativamente ai differenti procedimenti, soprattutto con riferimento alle funzioni fiscali (decime e spogli). I *Registra introitus et exitus* documentano i conti relativi all'attività della Collettoria della Camera Apostolica presso la Nunziatura. Tra i *Registra litterarum* (I e II) – che offrono preziose informazioni sulle biografie e sulle carriere del personale della Cancelleria nonché sulle facoltà loro concesse dalla Santa Sede – troviamo raccolti documenti di varia natura (decreti, scomuniche e assoluzioni, dispense, nomine, etc.). I *Registra sententiarum* documentano gli esiti dei procedimenti contenuti negli *Acta*, anche se risulta che non tutte le sentenze venivano regolarmente registrate. Nella sottoserie dei *Registra miscellanea*, infine, confluiscono registri prodotti o acquisiti a vario titolo dalla Nunziatura.

Questa prima parte del libro si conclude con una sequenza di appendici che offrono utili strumenti di consultazione: la serie dei Nunzi, internunzi apostolici e luogotenenti della Nunziatura (1560-1753); il prospetto cronologico degli *Acta* (1560-1754) e dei *Registra* (1572-1746); abbreviazioni e sigle; un'ampia bibliografia (pp. 281-327); l'indice dei manoscritti. A questi fa da corona, a conclusione del volume, l'indice dei nomi di persona e di luogo che, anche solo per la sua lunghezza (pp. 999-1149), dà piena prova della mole della ricerca condotta.

La seconda corposissima parte del volume contiene, per oltre 650 pagine, l'inventario, redatto con la collaborazione di Marco Maiorino, delle 1807 unità comprese nella serie degli *Acta* (pp. 341-942) e delle 231 unità comprese nei *Registra* (pp. 943-997). Ciascuna unità archivistica è presentata col suo titolo originale, quando esistente, è descritta nei pezzi che la compongono, e i contenuti del procedimento sono esposti nei lineamenti essenziali e in modo idoneo a dare una buona idea della vicenda processuale. Una lettura distesa dei documenti è estremamente interessante e offre un vivacissimo quadro di un particolare settore della giustizia ecclesiastica in uno Stato di Antico Regime. I materiali messi a disposizione del lettore sono idonei a soddisfare i più diversi interessi di ricerca riguardanti sia la storia sociale che, più specificamente, le dinamiche della giustizia ecclesiastica anche nei suoi rapporti con le potestà civili. Presento qualche spigolatura tratta dalle serie degli *Acta*, confidando di poter così offrire qualche traccia significativa della grande ricchezza di spunti offerta dal libro di Piergentili.

Nell'ambito delle questioni matrimoniali, per esempio, vediamo che nel 1586 una donna si appella alla Nunziatura affinché sia annullata la sentenza pronunciata dal tri-

bunale arcivescovile di Torino, che l'aveva condannata a proseguire la coabitazione con il marito affetto da lebbra già prima di aver contratto matrimonio (*Acta appellationis*, n. 5). Nel 1587 un tale si appella alla Nunziatura al fine di ottenere l'annullamento di una sentenza di condanna per concubinato pronunciata dal podestà di Lemie e confermata dal tribunale arcivescovile di Torino, sentenza viziata, a suo dire, dall'indebita intromissione di un giudice secolare in una questione di carattere spirituale (*Acta Appellationis*, n. 10). Al controllo della moralità pubblica si collega un processo del 1681, nel quale una donna presenta appello alla Nunziatura per l'annullamento della condanna al bando dalla diocesi di Torino, che le era stato imposto per causa di meretricio e sfruttamento della prostituzione (*Acta Appellationis*, n. 129). Negli *Acta Appellationis* (n. 183, 1692) leggiamo anche dell'appello presentato da un tale contro la sentenza del tribunale episcopale di Acqui che lo aveva condannato per stupro e procurato aborto. Per rimanere nel genere di reati sessuali (di cui la documentazione offre ampia casistica), aggravati dalla condizione clericale del reo, leggiamo ad esempio di un processo intentato dai fiscali del tribunale vescovile di Vercelli e della Nunziatura contro un canonico della cattedrale di Vercelli, accusato di incesto con la moglie del padre, poiché «havendo in casa la madregna giovane, di quella se ne serve a suo beneplacito, usando con essa copula carnale» (*Acta Criminalia*, n. 1006, 1636/37). E ancora, negli *Acta Criminalia* (n. 990, 1607) leggiamo gli atti di un processo mosso dal procuratore della Camera Apostolica contro l'abate e il priore del monastero benedettino di Savigliano, il secondo dei quali era accusato di sodomia nei confronti di due fanciulli. Altre vicende processuali hanno a che fare con le ordinarie vicende che coinvolgono i potenti e i prepotenti di turno, con particolari che nulla hanno da meno rispetto alle note rappresentazioni tramandate dalle opere letterarie. Al 1587, per esempio, risale il processo svolto a Magliano da Cesare Loseo, arciprete della cattedrale di Torino e commissario apostolico, contro un prete e un sergente, noto bandito, e altri loro complici, tra i quali Cesare Alfieri, signore di Magliano e protettore dei banditi, tutti accusati di furto, rapina, omicidio e altri delitti ancora (*Acta Criminalia*, n. 976). Profili analoghi emergono dal processo del 1685 mosso da Carlo Antonio Crivelli Scarampi, marchese di Canelli, contro il procuratore della Curia vescovile di Acqui, al fine di trasferire davanti al tribunale della Nuziatura la causa istruita nel tribunale vescovile contro il podestà di Canelli e altri sodali, accusati di avere assaltato e devastato *manu armata* la chiesa della medesima cittadina (*Acta Civilia*, n. 802: viene da chiedersi cosa sperasse il marchese dal trasferimento presso la Nunziatura). Le vicende processuali lasciano trasparire il frequentissimo intreccio tra questioni patrimoniali e profili di natura criminale. Di un prete prestatore di denaro e probabilmente usuraio si legge nell'appello promosso da una donna contro il parroco di Almese, suo creditore, che non voleva restituire alla richiedente gli oggetti da questa dati in pegno, nonostante la donna avesse pagato il debito (*Acta civilia* n. 904, 1697). Al 1616/17 risale un processo mosso dal fiscale della Camera Apostolica contro l'elemosiniere di S. Maria Maggiore a Susa, nonché rettore dell'ospedale annesso alla chiesa: uomo rissoso e bestemmiatore, accusato di soverchierie sia nei confronti del personale di servizio (non pagava la loro mercede) sia verso i malati e i pellegrini ricoverati nell'ospedale, lasciati privi di assistenza, e per di più sospettato di avere una concubina che manteneva a spese dell'ospedale (*Acta criminalia*, n. 997). Verso temi di fiscalità ecclesiastica ci conduce un processo del 1692 celebrato dinanzi al succollettore e commissario apostolico per il Principato di Oneglia su istanza di alcuni ecclesiastici della diocesi di Albenga, contro il vescovo Giorgio Spinola che, a loro dire, aveva indebitamente preteso il *subsidium caritativum* da loro, che invece avrebbero goduto dell'esenzione riservata ai beneficiari poveri (*Acta*

Civilia, n. 832). Aspetti quasi da commedia (al di là di quelli riguardanti i conflitti tra diverse autorità ecclesiastiche) presenta una vicenda trattata in un processo del 1648, nel quale il rappresentante del procuratore della Camera Apostolica agisce contro un monaco benedettino, accusato di avere affisso alle porte di alcune chiese e altri edifici di Torino un "contracedulone", col quale dichiarava essere nulla la scomunica che un commissario apostolico aveva inflitto a donna Eleonora, vedova di Leonardo Galleani (*Acta criminalia*, n. 1013; anche qui occorre chiedersi, quale sarà stato l'interesse del monaco nel difendere in modo tanto plateale la vedova?).

Non è il caso di andare oltre. Vi è una duplice ragione che rende il libro di Pier Paolo Piergentili meritevole di pieno apprezzamento. I risultati della ricerca racchiusi in questo monumentale volume costituiscono in sé un eccellente contributo storiografico, per quanto ci raccontano della storia della Nunziatura di Savoia e dei due secoli di vita del suo tribunale a partire da una massa di documenti che per la prima volta è stata riordinata e valorizzata. L'opera si caratterizza per un'esposizione chiara e precisa dei temi e per la straordinaria ricchezza di dati e di particolari che illustrano la rilevanza di questo fondo dell'Archivio Segreto Vaticano. I saggi di approfondimento di specifiche vicende emergenti dalle carte mostrano quanto fruttuosa possa essere l'analisi di siffatta documentazione. Qui risiede l'ulteriore pregio del volume, consistente nel suo straordinario potenziale storiografico – ciò che qui è bene sottolineare riguardo alle ricerche sulla storia della giustizia ecclesiastica e alle relazioni tra autorità spirituale e potestà civile –, derivante dall'aver dischiuso una preziosissima massa di materiali inesplorati alla conoscenza degli studiosi che vogliano trarne profitto. In conclusione, si tratta di un'opera che fa onore all'Autore e all'istituzione, l'Archivio Segreto Vaticano, che ha promosso questa ricerca.

Orazio Condorelli

MATTEO NACCI, *Storia del diritto e cultura giuridica. La scienza canonistica del Novecento*, Aracne, Roma, 2017, pp. 1-365

Da sempre canonisti ed ecclesiasticisti coltivano la ricerca storica e lo fanno con elevato profitto tanto che gli esiti di questo impegno superano quanto prodotto nei rispettivi ambiti di ricerca dagli studiosi di altri rami del diritto. Ciò è dovuto all'attenzione che da sempre viene riservata allo studio dell'antico retaggio del diritto della Chiesa, oltre alla convinzione che la conoscenza del passato sia necessaria per la comprensione del presente. Tale interesse si è concretato sia in ricerche relative alla storia degli istituiti che in approfondimenti di storia delle relazioni tra lo Stato e la Chiesa.

Si tratta di un campo tutt'altro che statico e, quindi, quella che prese avvio a partire dagli anni Trenta del Novecento e che fu l'età matura per gli studi storico-giuridici sui rapporti tra società civile e società religiosa, oggi è invece al tramonto. Per contro di recente si è consolidata l'attenzione per la storia della cultura giuridica e, in particolare, come nel caso in recensione, per la cultura canonistica italiana nel suo sviluppo storico, con una centralità per gli anni '30 e '40.

A questo proposito risulta condivisibile l'affermazione (che possiamo leggere a pag. 18 del volume in recensione), che grazie all'approccio storico «è possibile comprendere un'esperienza giuridica nella sua complessità, valutare le scelte del legislatore, analizzare la portata della norma e l'effetto prodotto sulla comunità, in un modo che sarebbe estraneo al cultore del diritto positivo».

In questo nuovo filone di indagine - di cui ricordo due contributi soltanto perché miscellanei (*La costruzione di una scienza per la nuova Italia: dal diritto canonico al diritto ecclesiastico* (a cura di), Macerata, EUM, 2011; *Gli insegnamenti del diritto canonico e del diritto ecclesiastico dopo l'Unità d'Italia*, Bologna, Il Mulino, 2015) – si colloca a pieno titolo il volume di Matteo Nacci, giovane ma già affermato studioso, cattedratico nella Pontificia Università Lateranense, che investiga gli sviluppi della scienza canonistica italiana del XX secolo.

Originale è il suo taglio metodologico, perché compie la ricerca attraverso l'esame dell'operato di alcune figure rappresentative, come Pio Fedele, Orio Giacchi, Pietro Agostino d'Avack, come pure della rivista *Archivio di Diritto Ecclesiastico*. Si tratta di una analisi che viene compiuta nelle due parti in cui si articola il volume (la seconda decisamente più corposa); parti che ad un primo esame potrebbero apparire slegate tra loro, ma che stanno ad indicare come, per mehglio contribuire alla lettura di un profilo giuridico del Novecento, il medesimo oggetto possa essere avvicinato partendo da differenti prospettive.

Aggiungo che la cura con cui la ricerca è stata condotta diventa il presupposto per l'analisi delle "persone" e "cose", come pure, in un mosaico ancora in gran parte da comporre, questo lavoro ha posto alcune tessere di non trascurabile centralità. Di qui l'auspicio che presto giungano ulteriori approfondimenti per affiancarsi a questo lavoro.

Osservando in dettaglio la prima parte del volume incontriamo la ricostruzione del dibattito scientifico intorno al diritto della Chiesa, anzi «Il rinnovamento metodologico del diritto canonico e la sua conseguente costruzione sistematica è il minimo comun denominatore che lega d'Avack, Fedele e Fedele» (p.68, nota 101), tutto questo con "metodi diversi" per un "obiettivo comune" (p.97). Dunque se l'obiettivo è comune e consiste nell' «elevare il diritto canonico, dopo averlo dotato di una salda architettura sistematico-scientifica, a

"protagonista" nel panorama del dibattito culturale della scienza giuridica» (pp.53-54), soprattutto è diverso il metodo di Fedele rispetto a quello di Giacchi.

Nella seconda parte di quest'opera, definita dall'Autore «Il "cantiere della scienza canonistica del Novecento italiano» (p.101), troviamo una analitica ricostruzione dell'avventura scientifica di un periodico: l'*Archivio di Diritto ecclesiastico*, che fu attivo dal 1939 al 1943 e che nel 1942 assunse la dicitura di *Rivista di dottrina, giurisprudenza e legislazione di diritto ecclesiastico e canonico* (cfr. pp.279-281). Si tratta di un sottotitolo che specifica «i tre canali conoscitivi – dottrina, giurisprudenza e legislazione – per i cui tramiti il diritto canonico e il diritto ecclesiastico possono essere compresi e apprezzati, nelle diverse espressioni, dai cultori delle altre scienze giuridiche» (p.279).

Il "progetto" del periodico «consisteva nel valorizzare il dibattito scientifico della dottrina intorno al diritto canonico», mentre il "programma" «si sostanziava nel promuovere il confronto fra il diritto canonico e le altre scienze giuridiche» (p.104).

La rivista ebbe una durata piuttosto breve – soprattutto condizionata dalle contingenze belliche – ma risulta ugualmente importante e meritevole di essere studiata per l'incidenza scientifica e per il periodo storico (a dieci anni dalla Conciliazione) in cui sorse, una stagione vivace per la nostra disciplina e ricco fermenti di studi e di ricerche. Fu soprattutto il Concordato del 1929, molto più del Trattato, a collocare il diritto ecclesiastico nel contesto del diritto positivo, inserendolo nelle discipline fondamentali per la formazione del giurista e facendogli superare l'orientamento laicista e anticlericale fino ad allora prevalente nel pensiero degli studiosi che operarono tra Otto e Novecento.

Inoltre la nuova pubblicazione fu palestra di incontro e spesso anche di confronto polemico tra canonisti, specialmente sul metodo di studio del diritto canonico. In effetti con la codificazione il diritto della Chiesa accetta quanto del positivismo è insito nel processo di codificazione, facendo cadere la preclusione esistente tra gli storici del diritto romano e di quello medioevale per la conoscenza del diritto della Chiesa. Quindi è proprio il Codice del 1917 che renderà fecondo il collegamento tra canonisti e cultori delle altre scienze giuridiche; un interesse per la dimensione culturale del diritto canonico che oggi l'attuale pontificato sta demolendo.

In conclusione, a quanto sopra aggiungo soltanto che, dopo «aver tratteggiato le principali linee di pensiero di tre grandi protagonisti della scienza canonistica novecentesca», il proposito del ricercatore è stato quello di provare «a verificare in che modo la sollecitazione scientifica da essi provocata si sia innestata all'interno delle pagine di una rivista la cui durata temporale è inversamente proporzionale alla "traccia" culturale che è stata in grado di lasciare» (p.103).

Giovanni B. Varnier

ROGER WILLIAMS, *La sanguinaria dottrina della persecuzione per causa di coscienza (1644)*, a cura di MASSIMO RUBBOLI, Edizioni GBU, Chieti, 2017 (Collana "Orizzonti del Pensiero cristiano" 6), XLIV, pp.339

Nel 1994 l'editore Giappichelli di Torino diede alle stampe, nella collana "Classici sulla libertà religiosa" diretta da Mario Tedeschi, il volume di Sergio Ferlito dal titolo: *Separazione fra Stato e Chiesa e libertà religiosa nel pensiero di Roger Williams*. Si tratta della versione italiana (contenente non una selezione ragionata ma l'opera completa) del *Bloudy Tenent of Persecution for Cause of Conscience*; versione preceduta da un

ampio inquadramento e condotta sull'edizione critica pubblicata a Londra nel 1848. Esaurito quel testo la traduzione è stata ripresa nel volume in recensione, curato da Massimo Rubboli e che si avvale di una postfazione di Mario Micheletti.

In tal modo l'opera del teologo e pastore Williams, vissuto tra il Vecchio (dove nacque nel 1603) e il Nuovo Mondo (dove morì nel 1683), viene ripresentata con il titolo in italiano: *La sanguinaria dottrina della persecuzione per causa di coscienza discussa in dialogo fra Verità e Pace che, in tenero affetto, presentano all'Alta Corte del Parlamento, come risultato del loro discorso, fra altri passaggi, questi, del più alto interesse*. Ed è proprio la ricchezza di quel pensiero che consente che esso sia studiato e valutato da diversi piani di indagine.

Come sappiamo l'autore manifesta posizioni tali da essere qualificato come uno dei più coraggiosi sostenitori della libertà religiosa e di coscienza, e, in particolare, presentata (in forma di dialogo) i termini della controversia con le autorità religiose della Nuova Inghilterra, sul tema della libertà di coscienza e, principalmente, sui problemi connessi al rapporto tra Stato e Chiese.

A questo, che rappresenta il nucleo del suo pensiero politico-religioso, è unito l'impegno per il riconoscimento dei diritti dei nativi americani nel mondo anglosassone transatlantico del Seicento: è un intervenendo contro l'occupazione delle terre degli indiani, occupazioni (definite come peccato di usurpazione ingiusta di proprietà altrui) che trovarono il loro fondamento nelle concessioni regie (in base alla dottrina legale del *vacuum domicilium* o *terra nullius*), per cui gli europei erano legittimati ad appropriarsi delle terre dei nativi con l'asserzione che non fossero occupate o non adeguatamente sfruttate.

Tutti questi obiettivi implicano non solo la separazione dello Stato dalle Chiese, ma anche la presa d'atto del fatto che, anziché continuare a difendere i principi del Vecchio Mondo, Roger Williams insieme a pochi altri come lui, scelse di lottare per creare una società ispirata ai princìpi della libertà di coscienza e della convivenza pacifica basata sul rispetto reciproco. Per perseguire questo intento e cercare di realizzare il tentativo di "creare una società fondata sulla legge del Signore", nel 1630 lasciò Londra e nel 1631 si stabilì nella colonia del Massachusetts, dove espresse l'opinione che le Chiese locali avrebbero dovuto separarsi dalla Chiesa d'Inghilterra.

Ricordiamo che con l'Atto di supremazia del 1534 il sovrano d'Inghilterra si auto proclamò capo supremo della Chiesa anglicana (*established Church*) e ciò ebbe come conseguenza che il dissenso religioso non rivestisse soltanto una valenza nell'ambito ecclesiale, ma venne considerato un grave reato, capace di avere risvolti anche sul piano sociale e politico.

Entrato pertanto in polemica con le posizioni ufficiali delle gerarchie ecclesiastiche, nell'estate del 1644 durante un viaggio a Londra (dove si era recato per difendere i diritti della colonia americana) pubblicò anonimamente lo scritto di cui sopra, in forma di dialogo fra Verità e Pace.

Tale dialogo si apre con tre prefazioni: nella prima si dichiara che la tolleranza deve essere superata dalla libertà, estesa a tutti senza condizioni; nella seconda si afferma che la violenza spirituale è molto più grave della violenza fisica; nella terza si ricorda che la fede cristiana è un bene troppo prezioso per forzare qualcuno a credere tutto quanto crede la Chiesa. Proseguendo poi la lettura ciò che risalta in primo piano è il contributo recato da questo scritto allo sviluppo teorico di quel sistema di rapporti tra Stato e Chiese, che ha

come fondamento l'asserzione che la comunità civile e la comunità spirituale non sono incompatibili e possono quindi coesistere, benché indipendenti l'una dall'altra: una valutazione che ha prodotto un enunciato di grande rilievo, che sarà successivamente codificato nel primo Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti d'America e che, ancora oggi, costituisce un modello di separatismo non laicista.

Tuttavia si tratta di un passaggio tutt'altro che scontato perché, dopo la Riforma, circolarono nell'Europa del XVII secolo una quantità di scritti che presentavano una serie di argomenti a favore o contro la tolleranza religiosa; questo perché non tutti i movimenti di pensiero allora presenti furono a favore della libertà religiosa. Ad esempio ci fu chi sostenne che i magistrati devono reprimere con la pena di morte i dissenzienti per motivi religiosi, mentre altri affermavano che Dio non ha mai nominato i magistrati come difensori della fede cristiana e che le armi spirituali sono efficaci soltanto in questioni spirituali; inoltre i ministri di Dio non devono incitare i governanti a perseguitare gli anticristiani e neppure possono infliggere pene, o tollerare che siano inflitte, a causa di delitti contro la fede.

Siamo quindi in presenza dell'affermarsi dell'idea di libertà religiosa, considerata come fondamento di tutte le libertà, e tale diritto risulta così strettamente connesso agli altri diritti fondamentali, che si può sostenere che il rispetto della libertà di religione è un elemento rilevatore per l'osservanza di diritti fondamentali. L'espansione dei diritti della personalità assegna centralità al soggetto, così da ampliarne la tutela delle garanzie, anche a discapito della sua dimensione collettiva. Da ciò consegue che l'attenzione per la libertà delle confessioni religiose si può esercitare solo nella sfera privata; ciò in base al principio giacobino dello Stato come primo etico e unico ordinamento in cui la nazione deve identificarsi. Siamo così alla svolta decisiva: lo Stato agisce nella sfera pubblica e le Chiese in quella privata e questa è la sola possibilità per consentire ad esse di essere libere all'interno dello Stato.

Al contrario per Roger Williams una vera religione non può reggersi con le armi civili perché avere una certezza non implica il diritto di imporla e perché la condizione è diversa da quella religiosa, mentre una religione nazionale che sia imposta come pure una guerra civile di religione sono i più grandi ostacoli alla conversione degli uomini. Inoltre, la spada civile e quella spirituale non possono essere gestite dalla stessa persona e, anzi, il danno provocato dalla spada civile in questioni dell'anima rende il magistrato temporale colpevole di tutti i mali che egli intende sopprimere. Dunque la coscienza non deve essere ostacolata nel proprio culto né essere costretta a seguirne un altro e nessun uomo deve essere indotto a praticare un culto e a mantenerlo contro la sua coscienza. Da ciò deriva che la libertà di religione e di coscienza deve essere garantita a tutti gli esseri umani, mentre il male è sempre tale, ma qualche volta la sua tolleranza può essere un bene, perché la costrizione delle coscienze è un furto dell'anima e la Chiesa persecutrice non può definirsi cristiana.

Come osserva Massimo Rubboli: "dobbiamo ricordare che quella di Roger Williams "non fu soltanto un'elaborazione teorica del principio di pieno rispetto delle differenze razziali, culturali e religiose ma anche la creazione di una società civile nella quale questo principio potesse essere applicato e vissuto" (p. XLIV).

In un contesto di profonda religiosità fondata su di una incrollabile fede nelle scritture, Roger Williams rappresentò la linea individualista, libertaria e razionalista della cultura americana. Abbracciò il credo battista e protesse i dissenzienti,

attaccando il congregazionismo teocratico denunciando l'intromissione dei governi nelle questioni religiose e definendo lo Stato una istituzione puramente laica e riaffermò le idee separatiste, contribuendo a gettare le basi della società statunitense, laica, democratica e tollerante, fondata sulla distinzione tra potere religioso e potere politico, tanto da essere considerato alla base del separatismo statunitense. Negli USA, però, la lotta contro le differenze religiose si è trasformata in lotta contro la schiavitù e quindi contro le differenze di colore. Successivamente sono state superate anche le differenze di genere ma tutto questo non ha portato alla lotta per l'abbattimento delle differenze sociali dovute al censo.

Se il diritto pubblico soggettivo di libertà religiosa è accolto dalle moderne costituzioni del mondo occidentale tra i principi fondamentali, ciò si deve al fatto che tale riconoscimento fu il punto di arrivo di un articolato percorso che ha come momento di svolta anche le affermazioni secondo il quale la dottrina delle persecuzioni per causa di coscienza è palesemente contraria alla volontà di Cristo.

Oggi la libertà religiosa occupa ampi spazi negli ordinamenti giuridici nazionali e sovranazionali e, in quanto libertà fondamentale, è annoverata tra i diritti naturali dell'individuo, anche se la tutela normativa risulta diversa e, nonostante la proliferazione dei diritti umani, la lotta per la libertà religiosa non è ancora conclusa, perché deve comprendere anche il diritto di cambiare religione, senza per questo cadere nel delitto di apostasia.

Giovanni B. Varnier

Giancarlo Anello, *Teologia linguistica e diritto laico*, Edizioni Mimesis, Milano-Udine, 2015, pp. 219

"Il nesso tra religione e linguaggio è ancestrale e profondissimo. Il linguaggio e la sua imminente sacralità costituiscono il nucleo centrale della tradizione religiosa, sia nella primordiale forma di rivelazione orale, sia nella trasposizione o redazione scritta in compilazioni, lettere e libri canonici" (p.7). Questo l'incipit del bel volume di Giancarlo Anello, che costituisce un importante tentativo di ricomposizione del rapporto tra la religione e la società contemporanea, caratterizzata dall'avvento della multireligiosità associata alla multiculturalità, che in qualche modo costituiscono una crisi della modernità politica e giuridica.

Il libro si snoda attraverso quattro ambiti d'indagine, contenuti nei quattro capitoli in cui è suddiviso il lavoro.

Il primo è incentrato su uno studio fenomenologico della religione nella società multiculturale, che muove però dall'analisi del rapporto tra la soggettività giuridica 'moderna' e la religione, ed in particolare sul concetto di libertà religiosa come libertà giuridica, che mette in luce i limiti in qualche modo dell'approccio 'moderno' al fenomeno religioso, riguardato essenzialmente come fenomeno istituzionalizzato e separato dall'ambito della politica e del diritto, piuttosto che invece come fenomeno collegato alla "cultura individuale e intesa come esperienza cognitiva e personale in grado di riflettersi sull'interpretazione dei diritti e dei doveri insiti nei cataloghi dei diritti umani, fondamentali, civili e penali dei vari ordinamenti" (p.20).

La tesi è che la modernità, culminata nel grande evento rivoluzionario francese, ha in qualche modo relegato la religione nella sfera "confessionale" e fideistica, ignorando la caratura antropologica della stessa. Ciò è avvenuto

contemporaneamente alla costruzione di una nozione di soggettività giuridica tutta interna ai sistemi giuridici formali, ignorando gli effetti antropologici della soggettività umana e con essi quelli religiosi. La neutralizzazione della religione dalla sfera pubblica ha obliterato, cioè, l'importanza della categoria dell'*homo religiosus*, della caratura cognitiva e semiotica della religione come agenzia di produzione di significati e di formante normativo in senso lato della persona umana.

La formalizzazione della soggettività giuridica è avvenuta essenzialmente attraverso la categoria dello *status* che "passò dall'essere un fattore *a posteriori* all'essere un elemento costituito *a priori*" (p. 33). Questa netta cesura tra la soggettività umana e quella giuridica opera della costruzione del diritto moderno va ricomposta e, nota l'Autore, per far questo "pare necessario riflettere sullo statuto epistemologico che la religione può assumere nella società multiculturale contemporanea, nella sua proiezione giuridica basata sul codice semiotico della soggettività dei diritti umani" (p.40).

Molto interessanti le pagine sul civilista italiano Giuseppe D'Aguanno, sull'applicazione alla scienza giuridica degli studi antropologici e, soprattutto, quelle dedicate alla svolta "analitico linguistica" di un grande ecclesiasticista come Cesare Magni. Magni teorizzò la distinzione tra la persona, nozione artificiale dell'ordinamento giuridico, e l'individuo, il suo "costituente reale", ed affermò che lo "schematismo giuridico era necessario per tradurre la potenza insita nell'individuo in una serie di poteri giuridici determinati, attraverso l'opposizione tra lecito e l'illecito … Il varco era aperto: nella riflessione circa la rilevanza giuridica del religioso, l'autore conduceva a itinerari inediti e a oggi ancora poco battuti" (p. 61).

Il secondo ambito d'indagine è dedicato ad uno studio del diritto e più in generale della soggettività occidentale nel periodo coloniale, riletto, in un'interessante prospettiva di comparazione con l'attuale società multiculturale, attraverso il rapporto tra la soggettività antropologica e quella giuridica. Un tema che attraversa tutto l'impianto del lavoro e che muove dalla necessità di non trascurare quanto accaduto nei contesti coloniali, di non sottovalutare cioè la crisi che la soggettività giuridica occidentale incontrò in contesti culturali alieni, come le colonie.

La digressione storica all'interno dell'esperienza coloniale costituisce senza dubbio un esempio del fallimento degli ideali illuministici e da un altro punto di vista può offrire materiale utile alla riflessione sull'elaborazione di una "nuova formula di cosmopolitismo … intesa come il punto di orizzonte di una ricerca giuridica in tema di soggettività" (p. 68).

Il capitolo affronta poi il caso dei musulmani francesi (pp. 89-94) e l'esperienza del colonialismo italiano, all'interno della quale spunti di un certo interesse si traggono dal pensiero del pubblicista italiano Arnaldo Cicchitti, dal quale "emergeva una rilevanza giuridica della religione da desumere dalla cifra esperienziale e interiore degli individui piuttosto che dai principi apicali in materia concordataria" (p.101). Una visione, cioè, che guardava alla soggettività non come uno schema omogeneo predefinito, bensì come "schema di sintesi dei rapporti giuridici significativi per l'individuo" (*Ibidem)*. Emerge, a parere dell'autore, un dato rilevante in riferimento alla riflessione dei giuristi dinanzi al mondo coloniale e cioè che questo potesse essere una "piattaforma fenomenica sulla quale riflettere le diffrazioni della soggettività dell'uomo al cospetto della sua caratura antropologica" (p.104).

Il tema relativo alla relazione tra

le politiche linguistiche e le religioni nel contesto coloniale svela in tutta la sua gravità le pratiche di dominio e di annichilimento linguistico all'interno degli stati coloniali. Queste pratiche furono attuate attraverso un giudizio di valore che contrapponeva il binomio religione/lingua a quello superstizione/dialetti. Nelle politiche linguistiche, cioè, le "esigenze di governo finirono per prevalere sugli indirizzi politici e giuridici liberali e il diritto, a causa di una eterogenesi dei suoi fini, rappresentò lo strumento deputato a produrre gli effetti o a ignorare le premesse di omogeneità cognitiva necessari alla piena realizzazione della soggezione/soggettività giuridica" (p.109). Considerazioni molto importanti e assolutamente condivisibili, che introducono al paragrafo conclusivo del capitolo, titolato in modo emblematico: *decolonizzare il presente attraverso la memoria coloniale*. Torna quindi la chiave di lettura dell'analisi del contesto coloniale, la necessità cioè di non ripetere al giorno d'oggi nella società multiculturale gli errori commessi nelle colonie e, quindi, di superare il confinamento della cultura nell'ambito dell'irrazionale e la visione etnocentrica del razionalismo occidentale. Nel mondo coloniale, nota Anello, "soggettività e soggezione finirono per scambiarsi le vesti" (p. 113).

Il terzo ambito d'indagine è dedicato alla relazione tra la libertà religiosa e l'uso della lingua. Attraverso un esame dei profili socio – linguistici e cognitivi del linguaggio Anello si propone di approfondire il rapporto tra la semiotica del linguaggio e la soggettività giuridica. In questa parte viene analizzata la distinzione, importante ai fini della relazione tra la soggettività giuridica, la cultura e la religione, tra un profilo socio linguistico e un profilo semiotico del linguaggio religioso. Occorre cioè "discernere tra una pragmatica superficiale della sociolinguistica rituale, che attiene alla rilevanza della lingua ai fini di culto, e una grammatica profonda della semiotica che attiene all'importanza della lingua per l'esperienza di se, per la conoscenza esteriore, per la socializzazione" (p.119). Quello che emerge in maniera evidente da questo libro è la necessità che lo studio del fenomeno giuridico abbandoni sempre più le catene del formalismo giuridico, si apra alla contaminazione con le altre scienze, quali quelle del linguaggio. Occorre, poi, in tema di soggettività recuperare il senso autentico della lezione kantiana, secondo cui il soggetto del diritto è soggetto passivo ma anche attivo delle norme, "sia legislatore e creatore della legge sia assoggettato ad essa, per il fatto stesso di aver partecipato alla sua elaborazione. In questa costruzione teorica, il riconoscimento di una volontà morale volta all'azione era un passaggio essenziale, integrando la ragione astratta con quella pratica e ponendo l'individuo al centro di ogni processo di autodeterminazione giuridica" (p. 14).

È necessario affermare che la costruzione della soggettività giuridica nella cultura occidentale si è nutrita di un processo di astrazioni e generalizzazioni che non è stato culturalmente e religiosamente neutro. Che oggi tutto ciò al contatto con la diversità antropologica dei soggetti «al» diritto emerge, ed emerge soprattutto il limite della giuridificazione della soggettività umana, perché impedisce al linguaggio religioso e culturale degli individui culturalmente diversi di inscrivere la propria umana soggettività all'interno del circuito della legalità.

La distinzione tra uso rituale della lingua tutelato attraverso la libertà religiosa e l'uso identitario della lingua connesso "all'autodeterminazione, tendenzialmente ostile ai processi di integrazione pluralista e democratica delle comunità culturali odierne" (p. 119) è un aspetto fondamentale di questa parte del lavoro.

La tutela rituale del linguaggio religioso può essere assunto, quindi, come estrinsecazione del diritto di una determinata comunità religiosa all'uso della lingua, come strumento diretto a conseguire gli effetti sacri della celebrazione e da questo punto di vista le lingue "possono accedere a uno statuto speciale, in relazione alla funzionalità degli usi e scopi religiosi" (p.133). Ma quando invece la lingua assume le vesti del marcatore identitario utilizzato al fine di preservare e riprodurre l'identità di una determinata comunità, allora in questo caso non deve essere oggetto di tutela specifica, anche se, nota l'Autore esprimendo un pensiero assolutamente condivisibile e che apre ad una prospettiva interculturale del rapporto tra lingua, culture e diritto, tra teologia linguistica e diritto laico, la "cognizione culturale eterolinguistica incorporerebbe un altro punto di vista sulle cose, una prospettiva aliena ma pur sempre costitutiva di un frammento di realtà. In tal senso, la molteplicità delle lingue sarebbe la condizione irriducibile per uno *sguardo dall'altrove*, e pertanto … darebbe corpo non più a una maledizione divina, quanto a una apertura di prospettiva verso una forma di sapienza diffusa e collettiva … le lingue possono sganciarsi dalla prospettiva esclusivista diventare uno strumento di integrazione tra gruppi culturali e religiosi" (pp. 136-137). Importante il riferimento ad Antonio Gramsci e alla relazione tra il linguaggio e la costruzione del concetto di egemonia, nel paragrafo relativo ai profili semiotici del rapporto tra soggettività giuridica, interazioni istituzionali ed ermeneutica dell'agire giuridico.

La tesi è che la soggettività giuridica possa essere considerata come una nozione semiotica complessa, aperta a "nuovi significati incorporati da attori stranieri" (p. 143). Qui torna l'esperienza del diritto coloniale che operò "attraverso pratiche implicite di subalternità come quelle legate alle politiche di assimilazione culturale e alla (ri)"educazione totale" del soggetto indigeno" (p. 144).

Quale lo strumento per operare la ricomposizione della frattura tra la soggettività antropologica e quella giuridica? I diritti umani, considerati come strumenti segnici, interpretati pragmaticamente: "la loro potenzialità semiotica nominalmente universale li rende idonei a sostanziare processi di riposizionamento degli individui all'interno dei diversi ordinamenti statali" (p. 147).

Si passa così al quarto capitolo, che rappresenta il quarto ambito di indagine, relativo alla proposta di una rideterminazione concettuale della soggettività giuridica in una società cosmopolita e multiculturale. In questa parte del libro, Anello indica la via per una ricomposizione della frattura tra soggettività umana e soggettività giuridica nella società multiculturale: "il punto nodale della questione …è la distanza concettuale tra soggettività intesa in senso antropologico, come costruzione relativa e contestuale dell'essere umano, rapportato alle sue caratteristiche e capacità storicamente e culturalmente determinate, e la soggettività giuridica intesa, dalla modernità in poi, come sistema di unificazione normativa" (p. 180). La soluzione la trova nella costruzione di una soggettività interculturale, che attraverso il linguaggio del diritto e delle culture e delle religioni dei soggetti di nuovo insediamento nelle comunità nazionali occidentali lavori verso la creazione di significati, ibridazioni concettuali e trasformazioni ermeneutiche "che rappresentano inedite forme di articolazione della soggettività in una società cosmopolita" (p. 173).

La parte conclusiva del volume è dedicata all'analisi di una griglia simbolica composta da parole "come uomo, persona, individuo, capacità, status, e nelle loro estensioni oppositive, vale a dire donna, cosa, gruppo, incapacità e

… uguaglianza" (p. 188). Tutto ciò con l'obiettivo di tornare al fine ultimo del diritto, "l'essere umano quale agente culturale e, quindi, generatore di (nuovi) significati meritevoli di tutela" (p. 190).

È un libro che costringe il lettore ad una riflessione profonda sul diritto, sui fondamenti ontologici ed epistemologici del diritto, almeno per come lo ha rappresentato sino ad oggi la cultura occidentale, dentro tutto il percorso storico della modernità. Il processo di astrazione e generalizzazione dei significati normativi del linguaggio giuridico ha in qualche modo posto in ombra l'importanza di altri linguaggi, quali quello religioso e culturale. Eppure, questi linguaggi riempiono di significati e di codici normativi l'esistenza di quell'essere "interpretante" (di qui l'importanza dei riferimenti semiotici) che è l'uomo. La neutralizzazione del fattore religioso come fattore culturale, esito della secolarizzazione occidentale, e la sussunzione della soggettività umana all'interno dello schema rigido della soggettività giuridica appare oggi un limite alla capacità del diritto di rispondere ai bisogni delle persone in una società multireligiosa e multiculturale. Un *vulnus* al concetto stesso di soggettività giuridica, poiché, nota giustamente l'Autore, un "soggetto giuridico potrà dirsi tale solo quando sarà in grado di utilizzare il linguaggio e le parole del diritto, sia quelle della propria tradizione sia quelle degli ordinamenti d'azione, come «strumenti sociali», vale a dire come mezzi per espandere il proprio spazio operativo, modificando la relazione tra la propria condizione e la propria capacità psicologica" (p. 217).

Paolo Stefanì

Stampato da
Pellegrini Editore - Cosenza

ISSN 1970-5301