diritto & religioni

Semestrale
Anno X - n. 2-2015
luglio-dicembre

ISSN 1970-5301

20

LUIGI PELLEGRINI EDITORE

Diritto e Religioni

Semestrale
Anno X - n. 2-2015
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
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, 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
Giurisprudenza e legislazione canonica	P. Stefanì
Giurisprudenza e legislazione civile	L. Barbieri, Raffaele Santoro, Roberta Santoro
Giurisprudenza e legislazione costituzionale e comunitaria	G. Chiara, R. Pascali
Giurisprudenza e legislazione internazionale	S. Testa Bappenheim
Giurisprudenza e legislazione penale	V. Maiello
Giurisprudenza e legislazione tributaria	A. Guarino

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. Orazio Condorelli - Prof. Pierluigi Consorti - Prof. Raffaele Coppola - 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. Salvatore Prisco - Prof. Patrick Valdrini - Prof. Gian Battista Varnier - Prof. Carmela Ventrella - Prof. Marco Ventura.

Direzione:
Cosenza 87100 - Luigi Pellegrini Editore
Via Camposano, 41 (ex via De Rada)
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

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

Parte I

Diritto canonico

Domenico Bilotti
Filiazione e genitorialità. La prospettiva canonistica alla prova delle riforme civilistiche e della scienza medica 17

Pietro Lojacono
Considerazioni canonistiche sul divieto di bis in idem. *(La conformità equivalente sopravvive alla riforma del processo di nullità matrimoniale)* 61

Marco Fiorenzo Nogara
Il Consiglio presbiterale: un esempio di sinodalità in regimine dioecesis 85

Diritto Ecclesiastico

Fabio Balsamo
Integrazione sociale e lotta alla discriminazione: il contributo dell'associazionismo religioso 119

Marco Canonico
Le limitazioni giurisprudenziali al riconoscimento delle nullità matrimoniali canoniche 135

Orazio Condorelli
Attualità di Francesco Scaduto. Riflessioni a margine di uno scritto del 1914 in tema di libertà religiosa e uguaglianza 163

Paolo Di Marzio
Famiglia minori e matrimonio nella giurisprudenza della Corte di Cassazione nel 2014 207

Carmela Elefante
Il sistema dell'otto per mille al vaglio della Corte dei Conti: prime valutazioni e spunti ricostruttivi 231

Luigi Lacroce
In tema di finanziamento pubblico dell'edilizia di culto cattolico, tra istanze di libertà ed esigenze di contenimento della spesa pubblica 253

Giovanni Luchena
Le esenzioni fiscali alle scuole paritarie e il dibattito sulla clausola costituzionale «senza oneri per lo Stato» 266

Sara Scala
Le vaccinazioni nell'Unione Europea tra la tutela del diritto alla salute e libertà di coscienza 299

Fabio Vecchi
La Bosnia ed Erzegovina post-Dayton, emblema balcanico di una transizione costituzionale sine die*, e la libertà religiosa* 321

Diritti confessionali
Carlo De Angelo
È possibile per un musulmano risiedere in occidente? La risposta salafita 398

Argomenti, dibattiti, cronache
Maria d'Arienzo
Dialogo interculturale, mediazione giuridica e integrazione sociale 420
Margaret Cornelia Găşpărel
The woman, an ethical argument of sacredness and sovereignty 438
Luigi Mariano Guzzo
Il contributo alla scienza canonistica del filosofo Antonio Lombardi 453
Jacopo Moretto
La religione in Giappone 474
Raffaele Pascali - Michelangelo Pascali
Mafia e scomunica. (I. Latae sententiae) 499
Emanuele Rossi
Costituzione e "natura": qualche considerazione su un tema antico 529
Mario Tedeschi
Libertà di informazione e fattore religioso *559*
Aldo Rocco Vitale
Appunti per una teologia del contrappasso secondo la prospettiva cristiana 561

Parte II

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
- Presentazione 583
- Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sez. II di Milano, 2° gennaio 2015 n. 216 584
(Edificio destinato a luogo di culto della religione islamica)
- Consiglio di Stato, Sez. V, 31 agosto 2015, n. 4031 587
(Retrocessione beni ex art. 8 l. n. 848/1929)

Giurisprudenza e legislazione canonica
- Presentazione 591
- Lettera Apostolica in forma di «Motu proprio» del Sommo Pontefice Francesco Mitis et Misericors Iesus 592
Sulla riforma del processo canonico per le cause di dichiarazione di nullità del matrimonio nel codice dei canoni delle Chiese Orientali

- Lettera Apostolica in forma di «Motu Proprio» del Sommo Pontefice Francesco Mitis Iudex Dominus Iesus 601
Sulla riforma del processo canonico per le cause di dichiarazione di nullità del matrimonio nel codice di diritto canonico
- Rescritto del Santo Padre Francesco sul compimento e l'osservanza della nuova legge del processo matrimoniale 610

Giurisprudenza Rotale
- Tribunale Apostolico della Rota Romana, Sententia, 2 marzo 2010, coram Bottone Ponente (difetto di discrezione di giudizio; Timore) 612

Giurisprudenza e legislazione costituzionale e comunitaria
- Presentazione 621
- Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sentenza 21 luglio 2015, n. 18766-36030/11, Caso Oleari e altri v. Italia 623
Possibilità di un riconoscimento legale per coppie omosessuali
- Corte Europea dei Diritti dell'Uomo - Seconda Sezione, Sentenza 27 agosto 2015, n. 46470/11, Caso Parrillo v. Italia 624
Proibire ad una donna di donare alla ricerca scientifica embrioni ottenuti a seguito del ricorso a metodiche di fecondazione in vitro non è contrario al principio di cui all'art. 8 della CEDU
- Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sentenza 26 novembre 2015, n. 64846/11, Caso Ebrahimian c. France 629
- Corte Costituzionale, Sentenza 09 ottobre 2015, n. 195 630
Illegittimità costituzionale della legge della Regione Calabria 16 ottobre 2014, n. 27 (Norme in tema di donazione degli organi e tessuti), per violazione dell'art. 117, comma 2, lett. i), g) ed l) e comma 3, Cost.
- Corte costituzionale, Sentenza 05 novembre 2015, n. 221 631
Infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso)
- Consiglio Europeo, Conclusioni del 15 ottobre 2015 in tema di migrazioni 642
Migrazioni, Integrazione, Diritto di asilo, Cooperazione, Paesi Terzi, Unione Europea, Gestione delle frontiere, Rifugiati, Rimpatri, Accoglienza, EASO, Rifugiati.
- Parlamento europeo, Risoluzione 08 settembre 2015, Situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea (2013-2014) 645
- Decreto Legislativo 18 agosto 2015 n. 142, Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, re-

cante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale 684

Giurisprudenza e legislazione civile

- *Presentazione* 707
- *Legge 19 ottobre 2015 n. 173* 708
Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare
- *Corte di Cassazione. Sezione Sesta Civile, Ordinanza 24 settembre 2015, n. 19016* 710
Istituto religioso - Attività alberghiera - Locazione - ICI (oggi IMU) - Società di capitali - Immobile non destinato esclusivamente allo svolgimento di attività non commerciali - Frazionamento
- *Corte di Cassazione. Sezione Prima Civile, Sentenza 6 luglio 2015, n. 13883* 711
Matrimonio canonico civilmente riconosciuto - Delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale - Grave difetto di discrezione di giudizio - Ordine pubblico - Tutela dell'affidamento - Buona fede del coniuge - Convivenza coniugale protrattasi per oltre un anno - Incapacità psichica
- *Corte di Cassazione. Sezione Seconda Civile, Sentenza 21 maggio 2015, n. 10481* 712
Leggi eversive - Chiesa ex conventuale - Fondo Edifici di culto - Complesso conventuale - Enti ecclesiastici - Pertinenze - Rettoria - Edifici di culto - Chiesa aperta al culto - Esercizio delle funzioni religiose
- *Corte d'Appello di Roma, Sentenza 23 dicembre 2015* 712
Minori - Procreazione medicalmente assistita eterologa - Unioni tra persone dello stesso sesso - Adozione - *Stepchild adoption*

Giurisprudenza e legislazione internazionale

- *Presentazione* 713
Laicità
I) CAA Nantes, n. 15NT01542, del 27 novembre 2015, inedita sul Massimario Lebon – CAA Nantes, n. 14NT02533, del 12 giugno 2015, inedita sul Massimario Lebon (Francia) 714
II) CAA Marseille, n. 5MA02074, del 2 luglio 2015, inedita sul Massimario Lebon (Francia) 714
III) CE, n. 374601, del 14 ottobre 2015, citato nel Massimario Lebon (Francia) 715
IV) CAA Paris, n. 14PA00378, del 3 dicembre 2015, inedita sul Massimario Lebon (Francia) 715

V) CAA Paris, n. 14PA03653, del 3 dicembre 2015, inedita sul Massimario Lebon (Francia) 715
VI) United States District Court, S.D. California, Roybal vs Davis, del 2 dicembre 2015 (Stati Uniti d'America) 716
VII) U.S. 9th Circuit Court of Appeals, Fazada vs FBI, del 7 dicembre 2015 (Stati Uniti d'America) 716

Libertà religiosa
VIII) Tribunale di Mosca, n. 3-001/2015, del 23 novembre 2015 (Russia) 717
IX) CAA Bordeaux, n. 15BX00690, del 23 giugno 2015, inedita sul Massimario Lebon (Francia) 717
X) Cour de Cassation, Ière chambre, n. 14/15354, del 10 giugno 2015 (Francia) 718
XI) Federal Court of Australia, Gaynor v Chief of the Defence Force, del 4 dicembre 2015 (Australia) 718

Chiesa cattolica
XII) Cour de Cassation, IIème chambre civile, n. 14/20766, del 18 giugno 2015 (Francia) 719
XIII) Cour de Cassation, Ière chambre civile, n. 14/23724, del 23 settembre 2015 (Francia) 719
XIV) VG Koblenz, n. 5/K71028-14.KO, del 21 agosto 2015 (Germania) 720
XV) VG Aachen, n. 9/L/661-15, dell'11 agosto 2015 (Germania) 720

Ebraismo
XVI) Cour de Cassation, chambre criminelle, n. 14/80021, del 20 ottobre 2015 (Francia) 721

Chiesa evangelica
XVII) BVwG, sentenza 6/C/21-14, del 25 novembre 2015 (Germania) 722

Giurisprudenza e legislazione penale
- *Presentazione* (Vincenzo Maiello) 723
- *Corte di Cassazione, Sez. pen. III, sentenza 24 giugno 2015, n. 38613* (Offesa ad una confessione religiosa mediante offesa non rivolta a fedeli determinati) 725
- *Corte di Cassazione, Sez. pen. I, sentenza 8 luglio 2015, n. 39542* (Esimente di cui all'art. 384 c.p. e motivi religiosi) 725
- *Corte di Cassazione, Sez. pen. III, sentenza 15 settembre 2015, n. 41821* (L'elemento oggettivo del delitto di offese alla religione cattolica mediante vilipendio di cose) 726
- *Corte di Cassazione, Sez. pen. III, sentenza 13 ottobre 2015, n. 41044* (Manifestazione del diritto di critica della religione cattolica) 726

- *Corte di Cassazione, Sez. pen. V, sentenza 28 ottobre 2015, n. 43488* 727
(L'imputazione soggettiva dell'aggravante della discriminazione religiosa)

Giurisprudenza e legislazione tributaria
- *Presentazione* 728
- *Commissione tributaria regionale per la Liguria, Sez. IV, 18 giugno 2015, n. 734* 729
Immobile adibito al culto - Irrilevanza reddituale -Attribuzione di rendita catastale - Legittimità
- *Commissione tributaria provinciale di Genova, Sez. X, sentenza 15 ottobre 2015, n. 2100* 729
Ici - Immobili di una parrocchia - Mancata prova in concreto della natura non commerciale dell'attività svolta -Esenzione - Non compete
- *Commissione tributaria regionale per la Campania, Sez. XVIII, 22 settembre 2015, n. 8399* 730
Contributo per giardinaggio, nettezza e decoro delle aree cimiteriali - TARSU - Cappelle cimiteriali gestite da una confraternita - Non configurabile come tassa sui rifiuti solidi urbani - Carenza di giurisdizione tributaria - Giurisdizione del giudice amministrativo

Parte III

Letture
- Magdi Cristiano Allam, «*Il Corano*», Elledici Leumann, Torino, 2008, edizione speciale per *Il Giornale*, Biblioteca delle libertà, 2015 (**Fabio Vecchi**) 735
- *Codice Civile della Repubblica Islamica dell'Iran*. Promosso dall'Istituto Culturale della Repubblica Islamica dell'Iran a Roma. Introduzione di Massimo Papa. Traduzione dal persiano di Raffaele Mauriello. Eurilink Edizioni, Roma 2015 (**Agostino Cilardo)** 743

Recensioni
- E. Bani , P. Consorti (a cura di), *Finanze vaticane e Unione europea. Le riforme di papa Francesco e le sfide della vigilanza internazionale*, il Mulino, Bologna, 2015, pp. 171.(**Fabio Balsamo**) 748
- L. Declich, *L'Islam nudo. Le spoglie di una civiltà nel mercato globale*, Jouvence, Milano, 2015, p. 147. (**Miriam Abu Salem**) 750
- V. M. Donini - D. Scolart, *La shari'a e il mondo contemporaneo*, Carocci editore, Roma, 2015, pp. 1-359 (**Vasco Fronzoni**) 753
- P. Gherri, *Introduzione al diritto amministrativo canonico. Fondamenti*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. XXI-318 (**Giovanni Parise**) 755

- H. Kelsen, *Religione secolare. Una polemica contro l'errata interpretazione della filosofia sociale, della scienza e della politica moderne come "nuove religioni"*, Raffaello Cortina, Milano, 2014. (**Luigi Barbieri**) 759
- S. Lariccia, *Arturo Carlo Jemolo. Un giurista nell'Italia del Novecento*, Carocci, Roma, 2015, pp. 1-207 (**Mario Tedeschi**) 764
- Chiara Minelli, *Rationabilitas e codificazione canonica. Alla ricerca di un linguaggio condiviso*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 210 (**Patrick Valdrini**) 765
- A. Perego, *La Chiesa cattolica e la questione della sovranità*, Vita e Pensiero, Milano, 2015, pp. 160 (**Giovanni B. Varnier**) 767
- G. Rivetti, *Stato Città del Vaticano. Normativa antiriciclaggio. Armonizzazione del diritto vaticano alle direttive UE in materia di riciclaggio e finanziamento del terrorismo*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. XIV-199 (**Matteo Carnì**) 769
- J.-P. Schouppe, *La dimension institutionnelle de la liberté de religion dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Pedone, Paris, 2015, pp. 498 (**Stefano Testa Bappenheim**) 772

Diritto e religioni

PARTE I

Filiazione e genitorialità. La prospettiva canonistica alla prova delle riforme civilistiche e della scienza medica

Domenico Bilotti

1. *Le connessioni tra la filiazione e il matrimonio. L'opportunità di rileggere in modo più articolato i rapporti (e le differenze) tra la legislazione civile e il diritto canonico*

I lineamenti per una comparazione tra la nozione di filiazione nel sistema civile e in quello canonico non sono né esigui, né occasionali. Ciò è la conseguenza di almeno due ragioni che sono state adeguatamente individuate dalla dottrina e, sostanzialmente sino ad oggi, comprovate dalla stessa legislazione. In primo luogo, le affinità tra le due diverse accezioni di filiazione discendono dalle convergenze riscontrabili nella regolamentazione del matrimonio. Gli ordinamenti civili muovono, sempre più spesso, verso un riconoscimento di forme di unione familiare distinte da quelle originatesi a seguito e per effetto del matrimonio[1]. Esso ha tradizionalmente rappresentato, però, la sedes più opportuna, sul piano etico oltre che su quello giuridico, per la procreazione della prole e per la corretta individuazione dei rapporti intercorrenti tra i genitori e i figli. In questo caso, la motivazione appare maggiormente visibile: se i genitori sono tra loro coniugi, la prole non può che nascere nel contesto del matrimonio rapporto. Nello svolgimento, cioè, di un'unione matrimoniale rettamente instaurata[2].

È stato variamente osservato che una ricostruzione del genere, soprattut-

---

[1] Pur ammettendosi come non sempre si tratti di un *riconoscimento* riuscito, che, anzi, talvolta, ha favorito la disorganicità delle disposizioni civilistiche, v. Lucilla Conte, *Le unioni non matrimoniali*, in *http://www.gruppodipisa.it.*

[2] Un'impostazione che ha lungamente contraddistinto entrambi i regimi matrimoniali (quello civile e quello canonico) e che è ancora centrale nella prospettiva del matrimonio ecclesiale. In proposito, cfr. Giuseppe Dalla Torre, *Il matrimonio tra diritto e legge. Sondaggi nella storia*, in Myriam Tinti, a cura di, *Famiglia e diritto nella Chiesa*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2014, pp. 42-43.

to negli ultimi decenni[3], si presenterebbe sin troppo restrittiva e, per altro verso, incapace di prestarsi ad un'adeguata rilettura delle nuove dinamiche dell'unione familiare e della procreazione. Queste ultime, ben più spesso che in passato, possono realizzarsi anche al di fuori di un rapporto tra i genitori qualificato dal vincolo matrimoniale e, persino, contro di esso. Ad esempio, in situazioni nelle quali, uno dei genitori sia coniugato con un soggetto diverso dal padre o dalla madre dei figli naturali. Ciò ha messo in crisi o, almeno, ha sottoposto ad una profonda revisione critica, il criterio tradizionale della corrispondenza tra la verità biologica e quella giuridicamente riconosciuta, nell'individuazione degli statuti della filiazione[4]. Conseguentemente, facendo venir meno un profilo di comparazione tra la filiazione come intesa dal diritto canonico e quella civilistica. Il comune rilievo del favor legitimitatis, a propria volta corrispondente alle intrinseche affinità strutturali tra il matrimonio canonico e quello civile, sembra essersi di molto affievolito[5]. Nella legislazione civile, ciò è avvenuto in forza della pressoché compiuta parificazione avutasi tra le diverse tipologie della filiazione, che hanno condotto ad una sostanziale unitarietà dello status di figlio[6], fino all'entrata in vigore del decreto legislativo 28 Dicembre 2013, n. 154, sulle cui modifiche alla sistematica codicistica si tornerà nel seguito della trattazione. Non può dirsi che la legislazione canonica e la sua applicazione nell'ordinamento ecclesiale siano state del tutto insensibili a queste modificazioni, rilevanti sotto il profilo giuridico-civile, oltre che, più ampiamente, nel complesso sistema delle relazioni sociali. Nel sistema ecclesiale, il favor legitimitatis è stato concretamente declinato in almeno due modi distinti e tra loro, in qualche misura, complementari. Da un lato, ciò ha riproposto sul piano dei rapporti tra i genitori e i figli quel favor matrimonii che è ritenuto generalmente applicabile ai rapporti tra due soggetti divenuti coniugi. Questo criterio formalistico non appare facilmente isolabile dalla sua dimensione solidaristica, per cui il

---

[3] Secondo una prospettiva di studio individuata già in Pietro Perlingieri, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in *Rassegna di diritto civile*, 1988, pp. 601 ss.

[4] Coglie le opportunità e le ragioni di questa revisione Gilda Ferrando, *Le prove biologiche nell'accertamento della filiazione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, 1, pp. 21-30.

[5] Nel contesto di un più ampio processo giuridico-culturale, v. anche Alphonse Borras, *Intervento*, in Andrea Bozzolo, Maurizio Chiodi, Giampaolo Dianin, Pierangelo Sequeri, Myriam Tinti, *Famiglia e Chiesa. Un legame indissolubile*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2015, pp. 67-68.

[6] V., in proposito, Paola Lovati, Rebecca Rigon, *Competenza, procedimenti e ascolto del minore alla luce della riforma della filiazione*, in Paola Lovati, Rebecca Rigon, *La coppia e la famiglia di fatto dopo la riforma della filiazione*, con i contributi di Grazia Ofelia Cesaro, Anna Maria Scoditti, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 135 ss. (più generalmente, nel medesimo volume, cfr. anche Paola Lovati, Rebecca Rigon, Anna Maria Scoditti, *Rapporti genitori-figli: la riforma della filiazione*, pp. 51 ss.).

favor legitimitatis significa (anche) la predisposizione di tutti quegli istituti giuridici che rendono più agevole il conseguimento dello status di "figlio legittimo".

L'attuale dottrina canonistica, inoltre, è comprensibilmente ferma nell'enucleare i tratti fondamentali dell'istituto matrimoniale, individuandoli, di là dalle diverse scelte terminologiche concretamente osservabili, nell'indissolubilità, nella naturalità, nell'eterosessualità e nella procreatività – oltre che nella monogamia, intesa come unità, integrità ed esclusività del rapporto coniugale[7]. È importante (e nondimeno particolarmente difficile) provare a fornire, per ciascuno di questi elementi caratterizzanti, una definizione sufficientemente inclusiva da potere rappresentare uno strumento ermeneutico di una qualche utilità, nell'approccio alle diverse teorie. Con l'avvertenza che, almeno in questa fase, si preferirà non misurarsi sul tema dell'indissolubilità, dal momento che, almeno quanto ai suoi rapporti con i legami parentali, vi sarà modo di tornare più diffusamente nel seguito della trattazione.

Per naturalità dell'istituto matrimoniale, si intenderanno in questa sede tanto l'inquadramento del matrimonio nel novero del diritto naturale, quanto, nell'ambito più strettamente procreativo, il riconoscimento di quelle sole forme di unione tra i coniugi che prevedano la consumazione della sessualità coniugale attraverso un'accezione intrinsecamente biologica e antropologica (humano modo) della copula[8]. L'afferenza del matrimonio canonico al diritto naturale, pur a volte messa in dubbio (ma con argomenti che non sono risultati dirimenti[9]), implica l'indisponibilità ad istanza umana delle sue proprietà fondamentali. In base alle diverse ricostruzioni, questa forma di indisponibilità può essere interpretata secondo maggiore o minore gravità, ma essa rappresenta in ogni caso un nucleo del vincolo matrimoniale che è inevitabilmente sottratto alla sua alterazione, a pena di violare, appunto, norme generalmente ritenute di diritto divino. Quanto al secondo aspetto, ossia: l'avversione verso forme di consumazione dell'atto sessuale che prescindano da un rapporto fisico tra i coniugi volto alla procreazione, possono rilevarsi ulteriori profili. Esso, infatti, appare diretta conseguenza dei rapporti tra la

---

[7] Caratteristica largamente affermatasi anche in impostazioni culturali dichiaratamente laicali, come ben poteva dimostrarsi in Claudia Mancina, *Differenze nell'eticità. Amore, famiglia, società civile in Hegel*, Guida, Napoli, pp. 186-187.

[8] Questa accezione è sottoposta a critiche in Mario Tedeschi, *Sulla natura del matrimonio canonico. La* copulatheoria, in Veritas non auctoritas facit legem. *Scritti di diritto matrimoniale in onore di Piero Antonio Bonnet*, Giuseppe Dalla Torre, Carlo Gullo, Geraldina Boni, a cura di, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2012, pp. 481 ss.

[9] Ricostruisce questa vicenda teorica, non aderendo alle tesi contrarie, del resto minoritarie, Giacomo Bertolini, *Intenzione coniugale e sacramentalità del matrimonio*, I, CEDAM, Padova, 2008, *passim*.

sessualità e la procreazione e dei valori che sono chiamati a governarli secondo il diritto della Chiesa. D'altra parte, però, è causa (o concausa) di una nozione sempre meno netta e stabile di impotentia. Una nozione sempre più mobile, appunto, perché, pur legata alla procreatività (come attitudine, almeno potenziale, alla procreazione: spes prolis), fattualmente e formalmente diversa dalla procreazione in senso stretto (che, a seguito del concepimento, possa compiersi nella generazione della prole)[10].

Quanto alla necessaria eterosessualità del matrimonio canonico, si è soliti osservare come sia proprio questo uno degli elementi che stanno favorendo, negli ultimi decenni, una progressiva scissione tra il portato comune alla disciplina canonistica e a quella civilistica. Sembra, però, inavveduto limitarsi a questo rilievo di ordine essenzialmente estrinseco. Sul piano teologico-giuridico, infatti, l'eterosessualità non può essere più declinata, se mai era stato possibile, in quanto orientamento sessuale che, unico rispetto agli altri, può portare ad una procreazione humano modo concepita[11]. Al contrario, soprattutto dopo il Concilio Vaticano II, essa sembra avere perso la propria componente definita con più di qualche ragione corporalista (unione feconda tra l'uomo e la donna, rilevante innanzitutto sotto il profilo dell'atto sessuale, in quanto reciproca datio del corpo)[12]. E va, invece, intesa come dialettica e completamento tra il maschile e il femminile, riflessione sull'unicità della persona e armonizzazione – e non annullamento – delle differenze. Nella prospettiva che si intende seguire ciò non costituisce, in realtà, un'evoluzione del diritto matrimoniale canonico, ma più consapevolmente la fondata ipotesi di un autentico ritorno ai suoi profondi lineamenti originali[13].

Non sembra casuale, secondo questo ragionamento, la fortuna che ancora caratterizza l'opera del giureconsulto romano Erennio Modestino. Quest'ultimo, infatti, pur svolgendo la propria attività ben prima della cd. cristianizzazione dell'Impero romano e pur chiaramente ascrivibile ad un'influenza culturale essenzialmente ellenistica, è tra le fonti più ricorrenti nel Digesto di

---

[10] Dà conto di questa evoluzione, sino a ritenere l'*impotentia* destinata ad *eclissarsi* dal novero della legislazione e dell'applicazione giurisprudenziale, almeno nei suoi originari tratti distintivi, Alessandro d'Avack, *Il crepuscolo dell'impotenza*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (http://www.statoechiese.it), Marzo 2010.

[11] In questi termini, v. Leonardo Boff, *Sexual Pleasure and the Catholic Church*, in *http://www.leonardoboff.com*, 15th October 2004.

[12] Un tipo di tradizione approfonditamente sottoposto a critiche in Edoardo Dieni, *Tradizione "juscorporalista" e codificazione del matrimonio canonico*, Giuffré, Milano, 1999.

[13] Almeno sul piano programmatico, non era dissimile lo spirito della Lettera Enciclica di Giovanni Paolo II, *Mulieris Dignitatem*, 15 Agosto 1988 (reperibile in *http://www.vatican.va*), nella misura in cui la valorizzazione del *genio femminile*, da parte del Magistero, veniva assunta non in *antitesi* rispetto alla precedente tradizione giuridico-ecclesiologica, ma in conformità al suo più *autentico* spirito.

Giustiniano[14]. Oltre che, ancor prima, uno dei pochi giuristi fatti salvi dalla legge delle citazioni per la risoluzione dello ius controversum[15]. La definizione di matrimonio proposta da Modestino, evidentemente, non è ancora quella propria del diritto canonico, anche perché su molti punti appare ellittica (ad esempio, proprio in materia di sessualità e procreazione). Il riferimento al diritto divino, però, contestualmente alla evidente sanzione di eterosessualità dell'unione matrimoniale, ne decretano la fortuna presso la canonistica di tutti i tempi: nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio (Dig. 23. 2. 1. Modestinus 1 reg.).

Quanto al rilievo riconosciuto al carattere della procreatività dell'unione matrimoniale canonica, inoltre, si potrebbe ribadire quanto già osservato in ordine al progressivo distanziamento tra la prospettiva civilistica e quella ecclesiastica. Senonché, appare opportuno segnalare che la procreatività è strettamente connessa all'eterosessualità, ai sensi della disciplina canonistica. Un aspetto che, invece, sembra star divenendo meno rilevante nel diritto civile. Quando si registra la progressiva differenziazione tra il matrimonio canonico e il matrimonio quale istituto contrattuale di diritto privato (civile), infatti, si omettono due passaggi importanti, che qualificano in modo più chiaro la presunta discrasia. La prima cesura, infatti, ha riguardato in modo molto incisivo gli effetti giurisdizionali, ma con minore significatività le discipline sostanziali, relative, ad esempio, ai requisiti dell'atto. La concezione del matrimonio come quella di un istituto sottoposto ad una regolamentazione civilistica, originata dalla Riforma protestante[16], non ha alterato la struttura del matrimonio, ma le modalità del sindacato su di esso nonché, a monte, l'individuazione dell'autorità deputata a regolamentarlo.

Quando si discute, oggi, delle differenze tra il matrimonio civile e il matrimonio canonico, al contrario, si enfatizza il diverso significato assunto, nei due sistemi, proprio dalla procreatività e dalla eterosessualità.

Per gli ordinamenti civili, l'una sarebbe ormai prettamente concepita in termini di tecniche riproduttive e sostanziale dominio del progresso tecnico-

---

[14] L'osservazione, che pure, come si vedrà, parrebbe riguardare più da vicino il diritto civile, è sostanzialmente proponibile anche in riferimento al diritto penale *giustinianeo*. Cfr. Marco Melluso, *La schiavitù nell'età giustinianea*, Presses Universitaires, Paris, 2000, pp. 99 ss. (in termini più generali, ma riguardo ad argomenti affini, v. anche Eva Cantarella, *Il ritorno della vendetta. Pena di morte: giustizia o assassinio?*, Rizzoli, Milano, 2007, *passim*).

[15] Ambito nel quale apparivano, tuttavia, di maggiore ricorrenza nella prassi le fattispecie a contenuto patrimoniale. Sul contributo di Modestino, rilevantissimo anche in quest'ambito, Silvia Viaro, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, CEDAM, Padova, 2011, pp. 210 ss.

[16] Di eccezionale chiarezza, in proposito, Paul R. Hinlicky, *The Redemption of the Body: Luther on Marriage*, in Id, *Luther and the Beloved Community. A Path for Christian Theology after Christendom*, Eerdmans, Cambridge, 2010, pp. 179 ss.

scientifico; l'altra, in un numero crescente di ordinamenti, sarebbe degradata, sino ad essere pienamente fungibile rispetto all'omosessualità, ai fini della stipulazione del contratto. Entrambi gli assunti, tuttavia, non possono essere accolti nella loro formulazione più radicale. Innanzitutto, perché gli ordinamenti civili non hanno legalizzato (cioè: riconosciuto per lecita) ogni forma di tecnica riproduttiva, restando, ad esempio, bandite ipotesi come quella della clonazione umana[17]. E, in secondo luogo, l'apertura al riconoscimento di unioni omosessuali non è avvenuta in modo incondizionato, ma sempre attraverso il previo riconoscimento dell'unione omosessuale nell'alveo di un valore costituzionalmente sancito e tutelato. Nell'ambito dell'ordinamento civile italiano, non sono mancate proposte di riconoscimento delle unioni omosessuali (benché difficilmente attraverso il ricorso al same sex marriage in senso stretto) e le forme di una loro maggiore protezione giuridica sono da tempo messe in atto[18]. La dottrina maggiormente favorevole a questa evoluzione non ha mai mosso dall'assioma di una stretta equiparabilità tra l'unione omosessuale e quella eterosessuale. Non solo una stretta equiparazione sarebbe inconseguibile, anche in riferimento alla genesi storico-giuridica dei diversi istituti. Bisognerebbe pure notare come, tra i movimenti civili più impegnati nel riconoscimento dei diritti delle persone omosessuali, sia tradizionalmente respinta la piena identificazione tra il modello familiare tradizionale e quello, rinnovato, aperto alle convivenze omosessuali[19]. Perciò è parso più opportuno ricondurre la possibile protezione giuridica di queste ultime non già, o non direttamente, agli articoli 29, 30 e 31 della Costituzione, rispettativamente relativi al matrimonio, alla prole e alle esigenze socio-economiche delle famiglie. Bensì, al novero delle formazioni sociali, garantite dal precedente articolo 2[20]. Ciò, da un lato, evita di dovere

---

[17] Secondo dei *canoni etico-giuridici* che trovano articolata trattazione in Cinzia Piciocchi, *La Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina: verso una bioetica europea?*, in *http://www.biodiritto.org.*

[18] Ricostruisce l'implementazione, benché in via essenzialmente giurisprudenziale, dei diritti delle convivenze omosessuali Barbara Pezzini, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *http://www.rivistaaic.it*, sostenendo, inoltre, la preferenza per modelli di regolamentazione mutuati dalla disciplina matrimoniale.

[19] A questo titolo basti ricordare l'opera di Mario Mieli, *Elementi di critica omosessuale*, Einaudi, Torino, 1977, che oggettivamente concorse ad approfondire il tema dell'omosessualità nella cultura italiana del tempo.

[20] Di diverso avviso Paolo Cavana, *La famiglia nella Costituzione italiana*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2007, p. 905. La Corte costituzionale italiana nella sentenza 14 Aprile 2010, n. 138 (in G. U. 21 Aprile 2010, n. 16), sembrerebbe, invece, avere mantenuto la prospettiva indicata, *supra*, nel testo. Quanto ad interpretazioni opposte della medesima pronuncia, cfr., *infra*, n. 107.

prendere posizione circa la meritevolezza, o meno, dell'equiparazione tra le unioni omosessuali e quelle eterosessuali, oltre che tra quelle eterosessuali de facto e quelle costituitesi a seguito del matrimonio. Dall'altro, consente di subordinare la valutazione della convivenza (o, secondo i casi, della partecipazione ad una realtà associativa), qualunque essa sia, al raggiungimento di un principio cardine dell'ordinamento: la libera formazione della persona, lo svolgimento della personalità umana.

Ecco perché mette conto sottolineare che, se frattura v'è stata, tra il matrimonio civile e quello canonico, essa non ha riguardato né, come si sosteneva nei decenni passati, l'indissolubilità, né la procreatività o l'eterosessualità. Quanto piuttosto l'ambito, ancor più circostanziato, del rapporto qualificato tra questi tratti dell'istituto matrimoniale. Senz'altro inscindibile, per l'ordinamento canonico, che pure, in attuazione del fine primario della salus animarum e, più specificamente, del bonum coniugum di cui al diritto matrimoniale post-conciliare, può dotarsi di discipline puntuali che favoriscano un elemento in luogo di un altro[21]. Rapporto eventuale, ancorché per nulla disincentivato, nel diritto profano.

Nella dimensione canonistica, si evidenzia il segno di un'evoluzione normativa che non rinnega il fondamento naturale dell'unione matrimoniale, ma che si implementa in ragione del dinamico disvelamento del diritto divino. Mano a mano, esso specifica i propri contenuti nel peculiare riconoscimento del sensus fidei e nel costante sforzo interpretativo della comunità umana.

Nella dimensione civile, paiono entrare in gioco, invece, le sempre meno condivise e le sempre più elastiche nozioni del buoncostume e dell'ordine pubblico (matrimoniale)[22]. È per questa via, del resto, che la dottrina giuridica laicale si presenta sostanzialmente concorde con quella canonica nel considerare negativamente le ipotesi di bigamia e, conseguentemente, gli ordinamenti che, invece, la prevedano, se non quando prescrivano. Per l'ordo ecclesiae, la

---

[21] Anche se questa ipotesi appare scongiurata nel diritto matrimoniale vigente, dove *bonum prolis*, *bonum coniugum* e *bonum fidei* riescono ad integrarsi con equilibrio. Alcuni esempi di questa *specialissima* relazione in Andrea Zanotti, *Il matrimonio canonico nell'età della tecnica*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 118-119.

[22] Sui mutevoli contenuti assunti dal limite costituzionale del buon costume, v. anche Vincenzo Pacillo, *Buon costume e libertà religiosa. Contributo all'interpretazione dell'art. 19 della Costituzione italiana*, Giuffré, Milano, 2012. Circa la problematica individuazione del significato da attribuire all'*ordine pubblico matrimoniale*, cfr., tra gli altri, Nicola Colaianni, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: la (limitata) ostatività della convivenza coniugale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (http://www.statoechiese.it), Luglio 2014. Più specificamente, sull'*ordine pubblico* come *architrave* dei rapporti tra giurisdizione (matrimoniale) ecclesiastica e giurisdizione (matrimoniale) civile, articolata la prospettiva *solidaristica* sviluppata in Jlia Pasquali Cerioli, *La "maggiore disponibilità" nei confronti del diritto canonico matrimoniale: una formula "ellittica" al vaglio dell'evoluzione dell'ordine pubblico*, in *Diritto e Religioni*, 2008, V, pp. 344 ss.

bigamia si pone al di fuori della pienezza del matrimonio cristiano, di quella indissolubilità che non è solo una comunità di vita, ma anche di amore (la quale consegue una stabilità sua propria in ragione del sacramento). Per l'ordinamento civile e, in sostanza, nella più parte degli ordinamenti statuali, la bigamia ha un carattere plurioffensivo, rispetto ad una pluralità di situazioni meritevoli di tutela: la stabilità e la certezza degli statuti familiari, i diritti e doveri tra i coniugi (che in un rapporto multilaterale sarebbero difficilmente esigibili e configurabili), il rapporto tra i genitori e la prole. La presente analisi, invero, proverà a riscontrare se questo rapporto venga effettivamente turbato dalla scissione tra il principio della verità biologica e il riconoscimento giuridico civile. Anche quando si rispondesse negativamente a questo quesito, l'accettazione di modelli matrimoniali poligamici risulterebbe particolarmente difficoltosa. Non per forza in quanto violazione della reciproca fedeltà tra i coniugi (che l'ordinamento canonico e quello civile non si rifiutano di prendere in considerazione[23]), ma certamente quale possibile elemento di contraddizione e conflittualità rispetto all'unità e all'armonia familiare.

È possibile, perciò, anticipare che l'approccio metodologico seguito nella trattazione non si concretizzerà in un raffronto continuativo tra le recenti acquisizioni della dottrina civilistica e il pregresso inquadramento etico, prima ancora che giuridico, propugnato dalla scienza canonica. Semmai, anche al fine di rendere l'esposizione più idonea a descrivere i processi in corso in ciascun ordinamento (quello ecclesiale e quello civile), si procederà dapprima analizzando la disciplina ecclesiastica, alla luce di una riflessione giuridico-teologica che non si conclude né col Concilio Vaticano II[24], né con l'entrata in vigore del Codex Iuris Canonici, ma che si proietta sino ai giorni nostri. In secondo luogo, le medesime tematiche, e in particolar modo i rapporti formali e sostanziali intercorrenti tra la filiazione e il matrimonio, verranno svolte in riferimento alle recenti riforme civilistiche. La suggestione di studio così proposta mira a sottolineare ulteriormente la progressiva asimmetria tra la normativa canonica e quella civilistica. La prima orientata a ribadire la valorizzazione dell'intima relazione intercorrente tra l'ambito

---

[23] Anzi, è sostenibile che, in un'ottica *lato sensu* sanzionistica, quantunque prevalentemente patrimoniale (nell'addebito della separazione e nel risarcimento del danno patito), la prassi della giurisdizione civile sia stata più attenta a vagliare le conseguenze negative della violazione dell'obbligo di reciproca fedeltà. Per qualche conferma empirica, vedansi gli orientamenti giurisprudenziali riportati in Giovanni Iorio, *Infedeltà coniugale e risarcimento del danno*, Giuffré, Milano, 2013, pp. 43 ss.

[24] Il Concilio Vaticano II, semmai, costituisce l'inizio di una riflessione giuridico-pastorale più attenta all'evoluzione del sentire sociale, in ambito familiare, come si osserva in Luciano Musselli, *Manuale di diritto canonico e matrimoniale*, Monduzzi, Bologna, 1995, pp. 125-127, nonché, più di recente, in Ennio Russo, *Corso di diritto civile. Studi sul diritto di famiglia*, Gangemi, Roma, 2016, pp. 356-357.

matrimoniale, la filiazione e lo statuto genitoriale[25]; la seconda, almeno alle risultanze odierne, sempre più risolutamente propensa a rimarcare l'autonomia di ciascuno degli aspetti considerati[26].

2. *Ulteriori elementi circa la specificità e l'autonomia del diritto matrimoniale*

Come si è tentato di dimostrare nel paragrafo precedente, la disciplina canonistica circa la filiazione risente in modo inevitabile di quella relativa ai rapporti tra i coniugi e, più in particolare, al matrimonio, anche inteso come atto e sacramento, oltre che rapporto. Questa solo apparente coincidenza si riproduce, del resto, nelle disposizioni codicistiche, che al rapporto matrimoniale dedicano pochi canoni, contraddistinti, per altro verso, da una certa brevità e stringatezza[27]. La normativa scaturente dal combinato disposto dei canoni dal 1134 al 1140 non è, però, né il tentativo di rendere meno manifesta una consapevole omissione, né una forma inappropriata di regolamentazione. Il rapporto tra i coniugi, infatti, per sua stessa natura, vede costantemente in relazione obblighi di natura civilistica e precetti che, invece, riguardano la specifica appartenenza religiosa. Anche nei rapporti con la prole, quale che sia lo stato di avanzamento delle riforme legislative in atto, è verosimile che il diritto ecclesiale non intenda creare commistioni o frapposizioni superflue rispetto ad una più analitica disciplina di obblighi civili. Purché essi risultino, evidentemente, congrui a garantire il bene della famiglia e dei suoi membri.

La disciplina della filiazione, d'altra parte, sarebbe stata impensabile senza un previo accertamento della struttura giuridica del matrimonio. In una delle più importanti fonti della storia del diritto canonico, il Decretum, prevale un'impostazione a-contrattualistica del matrimonio[28], che è per parte

---

[25] Di "relazioni di adiacenza" tra le ricordate nozioni si parla in Pier Giorgio Solinas, Arbores Americae. *Le rappresentazioni della parentela nell'epoca della de-parentalizzazione*, in Pietro Scarduelli, a cura di, *Antropologia dell'Occidente*, Meltemi, Roma, 2003, pp. 73-74.

[26] Lineamenti più sistematici offerti anche in Ingrid Lund-Andersen, *The Danish Registered Partnership Act*, in Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs, eds., *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe*, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, 2003, pp. 13-18; Ramon Hinojosa, Melanie Sberna, William Marsiglio, in Katarina Wegar, ed., *Adoptive Families in a Diverse Society*, Rutgers, New Brunswick-London, 2006, pp. 126-127.

[27] La riflessione trovasi espressa, in modo più approfondito, in Paolo Moneta, *I rapporti giuridici tra i coniugi*, in Myriam Tinti, a cura di, *Famiglia e diritto*, cit., pp. 107 ss., nonché in Id, *Intervento*, in Andrea Bozzolo, Maurizio Chiodi, Giampaolo Dianin, Pierangelo Sequeri, Myriam Tinti, *Famiglia e Chiesa*, cit., pp. 122-123.

[28] Per superare lo *iato* tra la posizione di Graziano e la più decisa svolta contrattualistica dei secoli

propria condivisa da Alberto Magno e Tommaso d'Aquino. Il modello consensuale-contrattuale sembra fondarsi su più solide basi argomentative con Innocenzo III e Gregorio IX, determinando, nell'approccio giuridico, più di qualche motivo di comparazione con la filosofia di Bonaventura, Duns Scoto ed Enrico da Susa[29]. Il dibattito, che sembra rappresentare una questione antica e suggestiva, quanto ormai remota, torna d'attualità non appena lo si ritenga definitivamente superato. Così fu, ad esempio, nel diritto ecclesiastico del XIX e del XX secolo, quando gli ordinamenti giuridici civili, che avevano, pur con le peculiarità del caso, assimilato una nozione contrattualistica del matrimonio, finivano per affiancarlo a strumenti affini alle ipotesi di recesso e risoluzione del contratto (quali il divorzio)[30]. La critica che veniva mossa ai teorici di una visione neocontrattualistica del matrimonio era la seguente: una volta ammessa la natura contrattuale del matrimonio, che argomenti persuasivi potevano essere espressi dalla Chiesa nei riguardi di istituti volti alla sua risoluzione? Come si sarebbe potuta conciliare l'indissolubilità del vincolo matrimoniale con la sua rilettura nell'ambito del diritto contrattuale? E, in questo senso, il tema della filiazione doveva apparire intimamente legato alla riflessione sulla natura giuridica del matrimonio, visto che la procreazione era, sul piano sostanziale, probabile conseguenza della sessualità coniugale concepita come ius in corpus. Né finivano qui gli interrogativi. A volere menzionare quelli più rilevanti: la Chiesa avrebbe dovuto o potuto concepire una specifica azione pastorale a beneficio dei figli di genitori divorziati? E questi ultimi in che modo e con quali diritti e doveri avrebbero continuato (o meno) a far parte dell'ordinamento della Chiesa[31]?

---

successivi, la dottrina ricorre alla figura del contratto *a formazione progressiva* – in modo da coniugare l'indissolubilità del vincolo allo scambio delle prestazioni e all'ipotesi del loro inadempimento. Per questa via, cfr. Lorenzo Cuciuffo, *Contributi tomistici alla dottrina del matrimonio canonico*, Edizioni Studio Domenicano, Bologna, 1992, pp. 20 ss.

[29] Per una valutazione comparativa dell'influenza degli Autori, citati nel testo, nel diritto vigente, v. Grzegorz Kadzioch, *Il ministro del sacramento del matrimonio nella tradizione e nel diritto canonico latino e orientale*, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma, 1997, pp. 194 ss.

[30] Che la questione fosse di rilevantissimo spessore teorico emerge nettamente nelle fonti del periodo. V., tra gli altri, Carlo Francesco Gabba, *Teoria della retroattività delle leggi*, Unione tipografico-editrice, Torino, III ed. riv. ed ampl., 1891-1899, (sull'aspetto menzionato nel testo, lo specifico riferimento è all'edizione del 1884, pp. 166-168, per i *tipi* del medesimo Editore). Appare di grande interesse, ancorché più limitata nella ricostruzione giuridico-civile, l'opera *pseudonima* del Parroco di Utopia A. P. C., *Confutazione della dissertazione dell'Abb. G. F. sul matrimonio considerato come contratto civile e sul divorzio*, Avallone, Napoli, 1830, non solo in quanto fonte *preunitaria* che si inserisce a buon diritto nella pubblicistica del *pamphlet* giuridico, ma anche quale ironica e originale tesi a sostegno della compatibilità tra l'introduzione del divorzio e lo *ius ecclesiae*.

[31] Questi quesiti restano ovviamente aperti e coinvolgono proposte ricostruttive motivatamente in disaccordo. Argomenti a favore di un'interpretazione evolutiva vengono evidenziati in Giampaolo

Il Concilio Vaticano II è stato, forse, superficialmente ritenuto espressione di un approccio più vicino ad istanze pastorali che a questioni eminentemente giuridiche. Ma non sembra il caso di avallare oltre questa tesi[32]. Certo fondata dal punto di vista dell'analisi delle fonti formali dello ius ecclesiae, ma inadeguata nel momento in cui si sia rifiutata di valutare gli effetti del Concilio nell'applicazione del diritto antecedente al Vaticano II e nella produzione normativa al Concilio successiva. Le conseguenze non sono poche, né possono essere ritenute inessenziali, altrimenti non si sarebbe avuta una nuova codificazione ecclesiale, né le fonti concordatarie avrebbe mai potuto conoscere quel processo di revisione e rivalutazione che interessa sino ad oggi la dottrina[33]. Soprattutto nel caso in cui la fonte concordataria disciplini anche lo specifico oggetto del matrimonio canonico o, rectius, il recepimento dei suoi effetti in un ordinamento secolare.

Benché il dibattito sulle implicazioni del Concilio Vaticano II sia ancora aperto, non è questa la sede per pretendere di ritornarvi esaustivamente. Mette conto, però, di sottolineare che esso non si è limitato a dare indicazioni pastorali o a fornire una sistemazione più compiuta ad approcci teologici che, altrimenti, sarebbero rimasti disorganici. Il significato giuridico del Concilio, soprattutto nel diritto di famiglia, è difficilmente revocabile, anche perché si registra uno dei passaggi più netti nella transizione dal diritto preconciliare a quello post-conciliare. Nello schema del matrimonio, il mutuum adiutorium non è più requisito sufficiente a regolamentare e a guidare la relazione tra i coniugi e, conseguentemente, l'instaurazione della famiglia. Si tratta di una forma di reciproco sostegno molto importante, ma che ancora appare sussidiaria rispetto agli scopi procreativi-istituzionali del matrimonio. La centralità del bonum coniugum affermata dal Concilio è di ben altro spessore[34], anche perché sembra superare adeguatamente tanto un rigido contrattualismo, che avrebbe maggiori difficoltà ad integrarsi all'ambito sacramentale, quanto gli apprezzabili, ma poco coordinati, interventi di matrice teologica e pastorale che si erano succeduti nel Magistero pre-conciliare.

Dianin, *Matrimonio e divorzio*, in Andrea Bozzolo, Maurizio Chiodi, Giampaolo Dianin, Pierangelo Sequeri, Myriam Tinti, *Famiglia e Chiesa*, cit., pp. 524 ss.

[32] Anche quando essa si sia storicamente proposta senza *venature* polemiche o *negativistiche*, come si riconosce in Luciano Zannotti, *La Chiesa e il principio di autorità. Una riflessione sugli elementi essenziali del diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 7-8.

[33] Come, del resto, dimostrava ampiamente la completa sezione documentale di Isabella Bolgiani, a cura di, *La Chiesa Cattolica in Italia. Normativa pattizia*, Giuffré, Milano, 2009.

[34] Sull'approfondimento che la salvaguardia del *bonum coniugum* implica rispetto al riconoscimento del *mutuum adiutorium*, v. Piero Antonio Bonnet, *Essenza e sacramentalità della dinamica familiare*, in M. Tinti, a cura di, *Famiglia e diritto*, cit., pp. 83-84.

Per queste ragioni, risulta di gran lunga che, accanto alle proprietà positivizzate del matrimonio in facto esse (l'unità e l'indissolubilità), si affianchi lo specifico rilievo dell'ordinatio ad bonum prolis e dell'ordinatio ad bonum coniugum. Pensare l'una in reciproca distinzione rispetto all'altra vorrebbe dire non tanto, e comunque non solo, depotenziare irrimediabilmente il progresso giuridico che ha connotato la disciplina matrimoniale canonistica, nonostante le ipotesi, tutto fuorché risolte, di possibili contraddizioni. Significherebbe, soprattutto, non evidenziare adeguatamente l'assoluta specificità del matrimonio nello stesso ambito del diritto sacramentale ecclesiale.

I rapporti tra sessualità, filiazione e matrimonio sono ancor più direttamente indicativi di uno specifico modo di relazionarsi alle norme giuridiche civili nelle Chiese ortodosse. In esse, appare generalmente poco condivisa la prospettiva sulla procreazione veicolata dal diritto canonico occidentale. Ad avviso di Meyendorff[35], addirittura, la concezione cattolica peccherebbe in ultima analisi di utilitarismo (almeno fino al Concilio Vaticano II e alla susseguente codificazione del 1983). La disciplina matrimoniale canonica, nella prospettiva di Meyendorff, avrebbe lungamente disatteso di occuparsi delle esigenze esistenziali dei coniugi. Si sarebbe, piuttosto, vincolata alla procreazione, finendo per dare marcato rilievo alla sola filiazione legittima. Dal punto di vista giuridico, le tesi di Meyendorff potrebbero essere precisate. L'intima connessione tra il favor matrimonii e il favor legitimitatis ha spesso reso, nella pratica, meno visibile l'interesse del diritto ecclesiale per la componente solidaristica del matrimonio rapporto. Ciò, però, appare essere stata la conseguenza di un approccio legislativo umano e di una prassi invalsa di regolazione dei rapporti sociali, essa stessa difficilmente armonizzabile col più profondo significato della tradizione scritturale in materia di unione coniugale. Come giustificare, ad esempio, il giudizio tradizionalmente sfavorevole nei confronti dell'impotenza, mitigatosi pur con alcune incertezze negli ultimi decenni, se sin dal Vecchio Testamento sono ritenute paradigmatiche anche unioni dove uno dei coniugi fosse sterile[36]? Nella rilettura ebraica, come in quella cattolica, il rapporto tra Sara e Abramo è presentato alla stregua di una comunità di vita pressoché immemorabile, essendo particolarmente avanzata l'età di entrambi. E, se Abramo riesce a generare una propria discendenza al di fuori del rapporto con Sara, con la schiava Agar, l'evento che assume la portata del prodigio è costituito proprio dalla nascita di Isacco, il figlio nato dall'unione tra i due sposi.

---

[35] La più importante esposizione delle tesi dell'A., richiamate nel seguito, trovasi in John Meyendorff, *Marriage: an Orthodox Perspective*, St. Vladimir's Seminary Press, New York, 1975.

[36] Cfr. Leonardo Boff, *Chiesa: carisma e potere* (1981), trad. it., Borla, Roma, 1986, pp. 112-113.

Testimonianze di questo tipo indicano, non solo ad avviso del Meyendorff, come non debba creare alcun tipo di meraviglia la frequenza (evidentemente non occasionale) di matrimoni contratti tra persone che non riescano a generare. Ed è proprio per questo che, nella storia delle istituzioni giuridiche ecclesiali, l'impotenza, pur con tutte le insoddisfazioni del caso, si è progressivamente resa autonoma dall'ipotesi, meno specifica, dell'incapacità a generare una discendenza[37].

L'impotenza non mirava (e certo non mira oggi) a dare sanzione normativa, con dirette conseguenze sull'instaurazione del vincolo matrimoniale, a un'ampia e indefinita assenza di prole. Non è, in sostanza, fenomeno che riguardi il concepimento di nascituri, che è fase successiva al compimento dell'atto sessuale. L'impotenza solo a quest'ultimo è sempre più correntemente riferita. Ecco perché, nella ricostruzione di Meyendorff e, in modo meno radicale, presso la dottrina largamente maggioritaria[38], non perdono validità anche unioni coniugali più o meno consapevolmente infeconde.

A distanziare ulteriormente Meyendorff dalla prospettiva canonistica è la valutazione che l'A. offre circa la morale sessuale cattolica, desumibile anche dall'insieme delle norme osservate in ambito matrimoniale. Queste ultime risentirebbero dell'orientamento di Sant'Agostino sulla sessualità umana[39]. È noto come Agostino considerasse la sessualità inevitabilmente sottoposta ad una valenza peccaminosa e libidinosa, fonte di un piacere che allontana dalla preghiera[40]. La generazione della prole consentirebbe di attutire la valenza negativistica così impressa alla sessualità, permettendo la nascita di nuovi fedeli cristiani in una famiglia formata da genitori cristiani. L'intenzionale limitazione della prole sarebbe per Agostino sovrapponibile alla fornicazione.

---

[37] Può riportarsi quanto affermato In modo particolarmente appropriato in Paolo Moneta, *Intervento*, in Andrea Bozzolo, Maurizio Chiodi, Giampaolo Dianin, Pierangelo Sequeri, Myriam Tinti, *Famiglia e Chiesa*, cit., p. 273: "*il principio della* connessione inscindibile *tra significato unitivo e significato procreativo dell'atto coniugale – affermato dall'Enciclica* Humanae Vitae *e ribadito in senso inverso, con riguardo alla procreazione assistita, dall'istruzione* Donum Vitae – *deve quindi essere ripensato alla luce di questo nuovo modo di sentire e ricollocato nel contesto culturale del nostro tempo*".

[38] L'A. torna su tematiche affini, comparandole alle altre prospettive confessionali per evidenziare il punto di vista prescelto, in John Meyendorff, *Byzantine Theology. Historical Trends and Doctrinal Themes*, Fordham University Press, Bronx, 1979.

[39] Questo orientamento è, ovviamente, interpretato in modo ancor più critico in Michel Foucault, *Interventi, colloqui, interviste* (1994), III, trad. it., Alessandro Pandolfi, a cura di, *Estetica dell'esistenza, etica, politica*, Feltrinelli, Milano, 2010, pp. 151 ss. Letture siffatte sono, invece, diffusamente criticate in Cormac Burke, *Sant'Agostino e la sessualità coniugale*, in *Annales Theologici*, 1991, 5, pp. 185 ss.

[40] Da qui si è soliti far discendere, invece, una petizione di principio a favore della continenza sessuale. Sul punto, Romano Canosa, *La restaurazione sessuale: per una storia della sessualità tra Cinquecento e Settecento*, Feltrinelli, Milano, 1993, p. 64.

La ricostruzione di Meyendorff è acuta e la chiarezza espositiva che la connota su questo aspetto è consequenziale allo stile diretto con cui le tesi sono espresse dall'A.; comunque sia, per quanto riguarda l'ambito più circostanziato del diritto matrimoniale canonico, si può concordare che, senza la riflessione agostiniana, difficilmente lo ius ecclesiae avrebbe tipizzato in una lunga fase della sua storia, tra i fini secondari del matrimonio, il remedium concupiscentiae[41]. Le tesi di Meyendorff, inoltre, sembrano avere il pregio di evidenziare come, nonostante la dimensione pubblicistica conseguita dal diritto di famiglia, almeno una componente della sessualità familiare debba essere preservata da una troppo invadente azione regolativa[42].

Ai sensi della ricostruzione canonistica, ad esempio, sarà inevitabile riscontrare una netta e, a volte, approfonditamente argomentata contrarietà tanto ai mezzi contraccettivi, quanto agli atti procreativi esterni al rapporto coniugale. Questa idea trova una diffusa giustificazione teologico-giuridica nell'istruzione della Congregazione per la dottrina della Fede del 1987[43], Donum Vitae, su il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione. Si tratta, però, di aspetti particolarmente delicati, che riguardano la più intima sfera delle scelte dei coniugi. Nell'ottica di Meyendorff, pur se inevitabilmente si cercherà di dissuadere da scelte siffatte (rapporti sessuali extramatrimoniali o pratiche contraccettive di profilassi sessuale), non è necessario condannarle apertamente, né esigere che gli effetti conseguiti con la dissuasione siano notori. Si tratta di un'acquisizione di interesse, anche perché Meyendorff non prende analiticamente in considerazione una distinzione, invece, oramai di uso comune nella scienza medica. In Meyendorff, non rileva in dettaglio la differenza, cioè, tra trattamenti farmacologici materialmente abortivi e tra ritrovati della cd. contraccezione emergenziale, che agiscono a prescindere dall'effettiva fecondazione[44]. Interessa, piutto-

---

41 Né, del resto, questa fase può e deve dirsi realmente conclusa ad avviso di Cormac Burke, *Il "remedium concupiscentiae" nella Teologia del matrimonio: profilo storico-critico*, in *Annales Theologici*, 2007, 21, pp. 299 ss., ove, anzi, si sostiene la necessità di tornare a considerare i valori e il significato del *remedium*, anche nel vigente sistema di diritto matrimoniale.

42 Per una sintetica quanto *fedele* ricostruzione del pensiero dell'A., vedasi Péter Sazbò, *Famiglia e matrimonio nell'ortodossia. Frammenti e ottica di lettura*, in Myriam Tinti, a cura di, *Famiglia e diritto*, cit., pp. 201 ss.

43 Sulle posizioni assunte nell'*Istruzione*, vedansi, tra gli altri, Graziano Borgonovo, *Karol Wojtyla/Giovanni Paolo II: una passione continua per l'uomo*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2003, pp. 128-129; Joseph Ratzinger, *The Ratzinger Reader: Mapping a Theological Journey*, Lieven Boeve, Gerard Mannion, edd., Continuum, New York-London, 2010, pp. 5 ss.; Paolo Rudelli, *Matrimonio come scelta di vita*, Editrice Pontificia Università Gregoriana, 2004, pp. 321 ss.

44 Ancorché si tratti di una fonte che sembra non considerare negativamente la differenza proposta nel testo, una documentata analisi medica trovasi in Pietro Dal Rì, Stefano Zaffagnini, Valen-

sto, riscontrare se le forme artificiali della contraccezione possano avere, o meno, effetti abortivi. La trattazione dei meccanismi chimico-biologici attraverso cui l'effetto si realizza appare di gran lunga secondaria. Meyendorff, in ultima analisi, pare soffermarsi soprattutto sulla ineliminabile differenza ontologica tra la contraccezione (in qualunque modo realizzata) e l'interruzione della gravidanza (a prescindere se perseguita farmacologicamente, e come, o sulla base di uno specifico intervento chirurgico)[45]. Le distinzioni, pur cruciali dal punto di vista medico, all'interno delle due grandi categorie individuate non hanno un peso specifico autonomo, rispetto all'ovvia differenza tra l'evitare o l'interrompere il concepimento e le sue fasi successive.

In più, nelle tesi di Meyendorff, appare da rimarcare l'intuizione per cui la specifica modalità di approccio di una Chiesa, rispetto alla legislazione civile in materia di famiglia, costituisca la conseguenza di una previa concezione del diritto matrimoniale generalmente inteso. In altre parole: in base a come le Chiese recepiscono le leggi civili in materia di diritti dei coniugi e della prole, è possibile ricostruire il punto di vista morale che le Chiese medesime cercano di imprimere alla propria disciplina matrimoniale confessionale. Lo spunto appare ancora più chiaro e certamente incisivo, in riferimento al dibattito corrente nelle Chiese ortodosse e ai rapporti da queste avviati coi poteri civili statuali, ma non è del tutto privo di interesse nel diritto canonico della Chiesa di Roma. Meyendorff, difatti, pur giustificando dal punto di vista teologico le sue tesi (ambendo, cioè, a dar loro carattere potenzialmente universale), introduce un principio di relativizzazione della disciplina giuridica di diritto umano, rispetto al mutamento dei diversi fattori sociali. La norma di diritto umano, oltre a garantire il perseguimento di scopi che sono sottratti, nell'ambito canonistico, a scelte di politica legislativa, cerca di rispondere a valori e a istanze socialmente avvertiti in un contesto dato[46].

A questo titolo, è sufficiente pensare all'adozione del decreto Tametsi

---

tino Bergamini, Massimo Franchi, *La contraccezione d'emergenza: efficacia, sicurezza, profilo costo beneficio, modalità di utilizzo*, in *http://www.aiedverona.org*.

[45] Una differenza rilevante anche dal punto di vista medico-scientifico. In proposito, v. Emanuela Turillazzi, Margherita Neri, Irene Riezzo, *Metodologia accertativa medico-legale in ostetricia e ginecologia: valutazione degli eventi e delle responsabilità*, Giuffré, Milano, 2007.

[46] È parimenti singolare che una proposta ricostruttiva del genere sia sostanzialmente accolta dalla pronuncia di un organo giurisdizionale civile, quale può qualificarsi il Tribunale Costituzionale del Portogallo (il riferimento è alla decisione n. 121/2010, reperibile in *http://www.tribunalconstitucional.pt*, relativamente alla discrezionalità legislativa nel riconoscimento delle convivenze omosessuali). Sottolineando l'operatività di questo modo di argomentare, pure nello specifico ambito matrimoniale, vedasi Giovanni Vagli, *L'approvazione della legge che consente il matrimonio tra omosessuali in Portogallo*, nei *Quaderni Costituzionali*, 2010, 3, p. 607.

durante il Concilio di Trento[47]. Esso è sostanzialmente ricordato per avere introdotto l'obbligatorietà della forma pubblica nel regime matrimoniale. Si tratta di un decreto che appare particolarmente rigoroso per tre ragioni. Contiene prescrizioni precise anche quanto alla fase attuativa del decreto (l'istituzione dei registri parrocchiali); si colloca con coerenza nel disegno dei Padri conciliari tridentini, improntato al recupero di posizioni e disciplina rispetto all'avanzata della Riforma[48]. E, in ultima istanza, pone fine alla prassi dei matrimoni clandestini, pur salvaguardando dal punto di vista effettuale e formale quelli celebrati prima della promulgazione del decreto medesimo. A ben vedere, l'esigenza di stringenti istituzioni di controllo, rispetto a quella che si sarebbe chiamata libertà matrimoniale, è giustificata dall'istanza, parimenti fondata e diffusa, di limitare la ricorrenza dei matrimoni clandestini. Il più possibile, nei secoli, sino ad eliminarli del tutto (o quasi) dalla fisiologia dell'ordinamento canonico. Evidentemente, le Scritture non contengono dirette prescrizioni sulla forma pubblica del matrimonio e non si può formulare un giudizio di condanna o discredito su tutti i matrimoni contratti prima dell'entrata in vigore del Tametsi. Il decreto, cioè, pur non potendo, né volendo, snaturare la struttura del matrimonio quale definita del diritto naturale, assecondava finalità eminentemente formatesi nell'ambito dell'ordinamento umano. La forma pubblica, inoltre, riletta come prescrizione a sussidio del favor legitimitatis, nel caso di filiazione tra i coniugi, appare certamente come uno scopo meritevole. Ma non era evidentemente questa (o solo questa) la ragione che aveva spinto alla redazione del decreto e al rigore del suo regime applicativo.

Se la proposta interpretativa di Meyendorff può, perciò, essere adattata con la prudenza del caso all'intero svolgimento della legislazione umana negli ordinamenti delle Chiese cristiane, ha, in ambito matrimoniale, precipuo rilievo e speciale attualità nel contesto delle Chiese ortodosse.

La controversia più problematica, nel rapporto tra il diritto matrimoniale civile e quello ecclesiale, riguarda la dinamica delle relazioni tra la Chiesa ortodossa e lo Stato in Grecia e in Russia. La Chiesa ortodossa greca postula un indefettibile continuum tra il matrimonio religioso e quello civile, sicché

---

[47] Sull'influenza nel *Decreto* in tutta la legislazione matrimoniale canonica fino al *Codex Iuris Canonici* del 1917, v. Andrej Saje, *La forma straordinaria e il ministro della celebrazione del matrimonio secondo il Codice latino e orientale*, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma, 2003, pp. 69 ss.; sui presupposti che portarono al superamento di quell'accezione, cfr. Romeo Astorri, *Dalla critica alla teologia post-tridentina all'approfondimento della natura sacramentale del matrimonio canonico*, in Veritas non auctoritas facit legem, cit., pp. 85 ss.

[48] Per un inquadramento sui lavori del Concilio, piace ricordare, per tutti, Adriano Prosperi, *Il Concilio di Trento: una introduzione storica*, Einaudi, Torino, 2001.

questo si risolve in quello, anche nell'individuazione dei principi generali sui rapporti tra i genitori e la prole[49]. La Chiesa ortodossa tanto può rivendicare anche in forza dell'articolo 3 della Costituzione della Repubblica ellenica. Non si configura come una religione di Stato in senso stretto, ma le modalità del suo riconoscimento rendono certamente l'ordinamento statuale greco più disponibile nei confronti della specificità delle discipline relative alla Chiesa ortodossa[50]. Il primato etico-giuridico del matrimonio religioso ne è diretta conseguenza.

Al contrario, la Chiesa ortodossa russa mantiene un atteggiamento maggiormente possibilista nei confronti del matrimonio civile, ritenendolo valido anche nel caso in cui non sia né seguito né preceduto dalla celebrazione religiosa. La Chiesa russa è, anche in queste discipline di dettaglio, influenzata dai decenni di governo comunista e, per quel che qui interessa, dall'esclusività allora accordata dalla legislazione statuale al matrimonio civile. Un discorso simile riguarderebbe anche le norme sulla filiazione e sul riconoscimento della paternità e della maternità, dove l'impegno della Chiesa ortodossa russa è sempre stato declinato in senso solidaristico, attenuando gli effetti delle pregresse disposizioni civili pre-federali[51].

La contrapposizione testé ricordata non implica soltanto la possibilità di verificare alcune intuizioni di Meyendorff, ma consente di richiamarsi a problematiche tipiche del diritto di famiglia vigente nella Chiesa ortodossa. Il Sinodo della Chiesa ortodossa, in Grecia, ha espresso una posizione molto prudente nei confronti del matrimonio civile, ritenendolo al più atto al soddisfacimento degli interessi di cittadini atei o non cristiani[52]. D'altra parte, ha specificato che esso non può riguardare il cristiano ortodosso, perché il fedele greco ortodosso non può non ricorrere alla celebrazione matrimoniale religiosa. L'ortodosso che rifiuta il matrimonio religioso e che contrae

---

[49] Il dato è criticamente rilevato in Melanie Landau, *Tradition and Equality in Jewish Marriage. Beyond the Sanctification of Subordination*, Continuum, New York-London, 2012, pp. 34 ss.

[50] V. Francesco Alicino, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, CEDAM, Padova, 2011, pp. 239 ss.

[51] Talvolta, però, non riuscendo ad applicare il medesimo principio nei confronti della dottrina delle altre Chiese cristiane. Significativamente, al riguardo, Giancarlo Bruni,*Quale ecclesiologia? Cattolicesimo e ortodossia a confronto: il dialogo ufficiale*, Paoline, Milano, 1999, pp. 331 ss. Avvertita dottrina ritiene, del resto, preferibile un'opzione solidaristica, rispetto a pretese *lato sensu* pedagogiche, anche nell'esercizio del potere pubblico. Cfr., tra gli altri, Salvatore Berlingò, *Bioetica, biodiritto e il contributo scientificamente legittimato,* en juriste, *dell'ecclesiasticista*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (http://www.statoechiese.it), Luglio 2015, pp. 3-4.

[52] Sui riflessi civilistici di questa impostazione, appare compiuta l'analisi di Giulia Sarnari, *I sistemi matrimoniali e delle unioni affettive nei Paesi dell'Unione europea*, in Ead, Marina Blasi, *I matrimoni e le convivenze "internazionali"*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 120 ss.

esclusivamente matrimonio civile non è dissimile dall'ortodosso che si sottragga all'eucaristia. Pur sempre in grado di richiamare a sé la misericordia e il perdono, egli si pone al di fuori della sua Chiesa, disconosce talune delle sue caratteristiche istitutive.

Il Sinodo della Chiesa russa si è trovato ad affrontare una situazione significativamente diversa. In Russia, come in molti altri Paesi dell'Europa orientale e con tratti, per certi versi, ancor più allarmanti[53], il declino del modello ecclesiastico sovietico ha significato soltanto in un primo momento la riarticolazione di una Chiesa nazionale, realmente collaborativa rispetto ai destini del governo civile. Non sono mancate, dopo i nuovi esecutivi repubblicani costituzionali, istanze ecclesiali che hanno denunciato il decadimento dei costumi, successivo ai decenni di influenza comunista, e che hanno tentato di imporre una più evidente penetrazione delle argomentazioni religiose nella sfera pubblica. In Russia, in particolar modo, contro l'impostazione generale della Chiesa autocefala, tollerante in materia di matrimonio civile, coniugio e disciplina privatistica della filiazione, numerosi pastori intransigenti hanno cercato di avvalorare opzioni interpretative simili a quelle approvate dal Sinodo greco. Il Sinodo della Chiesa russa ha, fino ad oggi, evitato di indulgere negli aspetti più polemici di questa controversia prettamente giuridico-dottrinale e ha, anzi, apertamente ammonito la parte più assertiva del clero locale. Invitandola, in ultima analisi, a preservare l'insegnamento della Chiesa russa per cui anche il matrimonio civile e le discipline privatistiche derivantine hanno da essere trattate con rispetto e autentica sollecitudine pastorale.

Sulla base della proposta ricostruzione, che in molti punti richiama le acquisizioni teoriche di Meyendorff, sembra non potersi negare come il diritto di famiglia e il diritto matrimoniale palesino sempre più nettamente le rispettive specificità. Appaiono chiari, nel novero di tutte le Chiese cristiane, i legami tra la concezione di famiglia sostenuta e le discipline del matrimonio, volta per volta, presentate. Nel netto profilarsi di un ambito specifico del diritto confessionale, si nota pure che la scelta dei codici canonici, quello orientale e quello occidentale, non è isolata. Non si rinuncia a disciplinare analiticamente i rapporti tra i genitori e la prole in ossequio a una malintesa, e pur sostenuta, prevalenza degli obblighi civili generali e astratti, rispetto a quelli ecclesiali, per loro propria natura specificamente destinati ai fedeli. Semmai, si predilige che aspetti di particolare intimità domestica possano trovare nella dimensione relazionale loro propria la più compiuta concretiz-

[53] Alcuni esempi relativi all'Europa balcanica sono proposti in Joseph H. H. Weiler, *Individui e diritti: "l'uva acerba"*, nei *Quaderni Costituzionali*, 2010, 3, p. 611.

zazione, rispetto agli scopi trascendenti perseguiti dal sistema giuridico confessionale. È, comunque sia, parimenti chiara l'assoluta tipicità del diritto, unilaterale e bilaterale, destinato alla tutela della comunità familiare, della sua singolare specificità e della sua non questionabile unitarietà e, appunto, intimità. Alla stregua di tali considerazioni, perciò, l'ambito delle relazioni giuridicamente qualificate tra i genitori e la prole manifesta la propria evidente originalità rispetto a qualsivoglia situazione privatistica[54]. E ciò vale a segnalare un'omologa istanza negli ordinamenti confessionali e in quelli laico-civili, che si traduce, comunque sia, in posizioni spesso non sovrapponibili, proprio perché deputate alla tutela, sì, di situazioni affini, ma nel contesto di valori ordinamentali qualitativamente irriducibili.

Come si è avuto modo di anticipare, del resto, se di incomunicabilità deve parlarsi, in riferimento all'ordinamento civile e a quello canonico, oltre che ai loro rapporti, essa non può che apparire un'incomunicabilità sopravvenuta. La piena corrispondenza tra le due discipline, progressivamente superata nell'ultimo cinquantennio[55], non impedisce, però, di notare come il diritto matrimoniale civile riveli ancora l'influenza del paradigma canonistico[56] e come, d'altra parte, la stessa dottrina canonistica abbia finito per accettare categorie d'analisi largamente operanti nella scienza giuridica laica[57].

3. *La disciplina canonistica e la riflessione sui limiti alla procreazione tra bonum coniugum e tutela della prole*

Alla luce degli esempi suesposti, non suscita meraviglia che l'ordinamento canonico abbia introiettato un criterio ormai tendenziale negli ordinamenti civili: la corrispondenza della situazione giuridica alla realtà naturale.

---

[54] Ed è un punto di partenza che consente di mettere in luce il particolare tipo di interessi che soggiace alla disciplina della famiglia. È, perciò, convincente la ricostruzione teorica svolta in GILDA FERRANDO, *Il punto sul diritto di famiglia: c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico*, in *Politica del diritto*, 2008, pp. 3-44.

[55] Dando di questa divaricazione, profonda ancorché non ultimativa, una lettura in più punti aderente a quella, quivi, proposta, vedasi, per tutti, LUIGI MENGONI, *L'impronta del modello canonico sul matrimonio civile nell'esperienza giuridica e nella prassi sociale attuale nella cultura europea*, in *Ius*, 1988, 1, pp. 451 ss.

[56] Su questa tesi, nel dibattito italiano, ampia la rassegna giurisprudenziale e bibliografica proposta in CHIARA MINELLI ZAGRA, *Matrimonio e cultura giuridica. Il giudice dello Stato di fronte all'ordinamento canonico*, Giuffré, Milano, 2006, pp. 12 ss.

57 Alcune previsioni in questo senso, forse rivelatesi sin troppo ampie, in EDOARDO DIENI, *Le unioni "di fatto": quale rilievo per l'ordinamento canonico?*, nei *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica,* 2002, 1, pp. 139-163, nonché, allargando la prospettiva in ambito *interreligioso*, Id, *Introduzione al tema "Matrimoni e ordinamenti religiosi"*, in *Daimon*, 2002, 2, pp. 13-17.

Si tratta di un importante raccordo tra filiazione naturale e filiazione giuridica, sul quale si sono innestati alcuni principi di "civiltà giuridica", che hanno giovato allo stesso diritto della Chiesa. In esso sono state approfondite, dal punto di vista pastorale e non senza effetti sul piano formale legale, le responsabilità nell'assunzione delle funzioni parentali, la cura dell'interesse del minore, la certezza e la stabilità degli status, nonché l'attenzione alla solidarietà e all'armonia familiare. Su questi aspetti, il diritto ecclesiale può comprensibilmente sembrare ancor più avvertito di quello civile, nonostante ci si riferisca ad un ordinamento in cui ha acquisito grande rilievo l'intrinseca e necessaria connessione tra filiazione e matrimonio[58].

Il favor legitimitatis si è tradizionalmente manifestato in istituti di diversa natura e nell'adozione di terminologie giuridiche spesso contraddittorie. È, ad esempio, in disuso, ma ancora accettata, per la ricostruzione delle ipotesi che riesce a comprendere, la tradizionale categorizzazione sulla diversa qualificazione dei figli spurii (nati da chi non avrebbe potuto contrarre matrimonio)[59]. La dottrina distingue(va) quattro tipologie principali e gran parte di quelle nozioni è penetrata anche nella riflessione civilistica. Accanto ai figli adulterini (nati da un genitore già coniugato), poteva parlarsi di figli sacrilegi (quando uno dei genitori fosse impedito da ordine sacro o da professione religiosa), incestuosi (nati da genitori consanguinei o affini in linea collaterale) e, persino, nefarii (nati da genitori ascendenti o discendenti in linea retta). Dal punto di vista tecnico, soprattutto la distinzione tra figli incestuosi e nefarii doveva sembrare particolarmente precisa, a fronte di un lessico comune che avrebbe plausibilmente utilizzato il medesimo aggettivo (incestuosi) per descrivere entrambe le ipotesi[60]. Quello che, però, conta osservare è che si tratta di una evidente rappresentazione dei legami tra la filiazione legittima e il matrimonio, attraverso il paradigma della sessualità lecita. Non possono spiegarsi altrimenti né la definizione dei figli nati da chi non avrebbe potuto o dovuto contrarre matrimonio col termine spurii, né le diverse ipotesi ricordate, ove si realizza in pienezza una frattura tra genitorialità e coniugalità.

---

[58] Cfr. Piero Antonio Bonnet, *Essenza e sacramentalità*, cit. Quanto al recepimento di almeno alcuni dei medesimi presupposti negli ordinamenti civili, in particolar modo in materia di tutela minorile, v. Andrea Guazzarotti, *Bilanciamenti e fraintendimenti: ancora su Corte costituzionale e CEDU*, nei *Quaderni Costituzionali*, 2010, 3, pp. 593-594.

[59] Sulla quale un'impostazione motivatamente critica e rigorosa trovasi in Giuseppe Caputo, *Introduzione allo studio del diritto canonico moderno: il matrimonio e le sessualità diverse, tra istituzione e trasgressione*, CEDAM, Padova, 1984, pp. 197 ss.

[60] Secondo l'uso, evidentemente negativistico, riscontrato in Salvatore Puliatti, *Incesti crimina. Regime giuridico da Augusto a Giustiniano*, Giuffré, Milano, 2001.

Il favor legitimitatis non ha assunto soltanto forme (ed istituti) così apparentemente rigidi ed escludenti, essendo stato a volte utile ad approntare specifiche norme di garanzia, che consentivano la tutela delle parti deboli dei rapporti familiari.

A questo titolo, si è soliti ricordare il tradizionale giudizio di favore della dottrina canonistica riguardo alla legittimazione per subsequens matrimonium, al punto che l'operatività di quest'ultima non è mai stata subordinata alla presenza di una specifica dichiarazione di volontà. È da ritenere che, in questo caso, al favor legitimitatis si affianchi il favor matrimonii, dal momento che è anche a beneficio dell'unione matrimoniale che il meccanismo si realizza senza l'onere di assumere una espressa volontà formale, successiva alla celebrazione[61].

A ben vedere, del resto, anche il fatto che la disciplina del matrimonio putativo non sia stata significativamente modificata, tra il Codex del 1917 e quello del 1983, almeno quanto all'identità, alla struttura e alla ratio dell'istituto, implica l'adeguata valorizzazione della buona fede di almeno uno dei coniugi[62]. Oltre che la realizzazione di effetti giuridici tipici nei confronti della prole.

Quanto all'accertamento della paternità e della maternità, la sistematica canonistica continua a presentare punti di contatto con la tradizione romanistica, anche se, è bene ricordare, il diritto romano, pur non sfornito di taluni istituti di solidarietà familiare, muoveva da una concezione essenzialmente patrimonialistica del diritto di famiglia[63]. Nella quale la figura del pater familias corrispondeva ad un centro di imputazione di interessi, che aveva diretto rilievo anche dal punto di vista prettamente economico e gestionale. Valori di questo tipo solo marginalmente possono essere traslati al diritto ecclesiale, non solo perché in esso le eventuali tensioni tra patrimonialità e non patrimonialità si risolvono a favore della seconda. È, semmai, la prevalenza del criterio biologico a porre a base del sistema del riconoscimento (della

---

[61] Si tratterebbe di un'applicazione, invero più accorta ed equitativa di quanto suggerirebbe la testuale dicitura della massima, del principio per cui *subsequens matrimonium tollit peccatum praecedens*. Si aderisce ad una valutazione meno *positiva* della regola richiamata, forse in ragione della sua originaria valenza romanistica, nella quale finiva per fare da *legittimazione* alla prole concepita a seguito di *concubinato*, in Lucia Beltrami, *Il sangue degli antenati. Stirpe, adulterio e figli senza padre nella cultura romana*, Edipuglia, Bari, 1998, pp. 85 e ss.

[62] Come notasi, ancor prima dell'entrata in vigore del *Codex* del 1983, in Alessandro Albisetti, *Contributo allo studio del matrimonio putativo in diritto canonico. Violenza e buona fede*, Giuffré, Milano, 1980, pp. 7 ss., innanzitutto a tutela dei figli *incolpevoli*.

[63] La quale riverberava, appunto, nelle amplissime e *invasive* attribuzioni devolute al *pater*. Così, Stefania Romeo, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, Giuffré, Milano, 2010, p. 37, n. 88.

paternità e della maternità) la convinzione per cui mater semper certa est pater numquam. Si tratta(va) di un criterio inoppugnabile, che adesso è messo penetrantemente in discussione dalle tecniche di fecondazione eterologa[64]. Non è questa sede per formulare un giudizio morale sulle pratiche in esame. Certo è che in esse si realizza una evidente scomposizione di un processo che era apparso per secoli consolidato, nel nome del continuum tra procreazione, gestazione e filiazione. In circostanze siffatte, la stessa maternità torna ad essere oggetto di indagine, se diviene materia controversa tra le parti, a poco ormai valendo l'altra massima per cui mater semper certa est, etiam si vulgo conceperit. Espressione, beninteso, di un giudizio negativistico nei confronti della sessualità femminile e di un più diffuso ostracismo sociale nei confronti dell'adulterio della moglie, rispetto a quello del marito[65].

Un giudizio del genere veniva, almeno in parte, bilanciato dalla tradizionale praesumptio iuris tantum, per cui il padre è il marito della madre. Si tratta di una praesumptio definita vehementissima: la prova contraria alla presunzione iuris tantum deve realizzarsi in omnimoda certitudine. Non sarebbe, ad esempio, sufficiente limitarsi a dimostrare l'adulterio materno, in ragione del favor filiationis: il figlio potrebbe, infatti, esser stato concepito tanto dall'adultero quanto dal padre, e allora prevarrebbe l'individuazione della genitorialità in capo a quest'ultimo. Anzi, se ci si limitasse consapevolmente a voler dimostrare l'adulterio materno, sarebbe ipotizzabile un esercizio del diritto processuale strumentalmente concepito in spregio alla buona fama della donna (additandola ad adultera, ma senza riuscire a provare per falsa la praesumptio).

È, altresì, chiaro che il diritto di accertare la genitorialità biologica in luogo di quella sociale non soggiace a limiti di sorta, proprio perché un'ampia, ma formalistica, applicazione del criterio della verità biologica consente di poterla dimostrare con tutti gli strumenti che si rivelassero necessari. È bene precisare, inoltre, che né nella pratica giurisdizionale, né nell'analisi dottri-

---

[64] Il tema è articolatamente affrontato, pur fornendone una lettura marcatamente *negativistica*, in Francesco D'Agostino, *Famiglia "naturale" e famiglia "sintetica"*, in Myriam Tinti, a cura di, *Famiglia e diritto*, cit., pp. 225 ss.

[65] Assetto mantenutosi sostanzialmente sino ai giorni nostri, non appena si ricordi che, ai sensi degli artt. 559 e 560 del Codice penale, l'adulterio della moglie era generalmente punito, mentre la punibilità del marito era da configurarsi solo in presenza di un concubinato mantenuto nella casa coniugale o notoriamente altrove. E tale restò l'impianto del Codice penale sostanziale, in materia, sino alle note pronunce di C. Cost. 19 Dicembre 1968, n. 126, e 3 Dicembre 1969, n. 147. Variamente limitata, in pratica, era pure l'azione di separazione per adulterio del marito, esperibile solo se realizzato in circostanze tali da costituire *ingiuria grave* alla moglie (anche l'art. 151 del Codice civile fu *espunto* dall'ordinamento giuridico, per merito di una pronuncia costituzionale – 19 Dicembre 1968, n. 127).

nale, l'operatività dell'accertamento della verità biologica vale a scardinare qualunque temperamento sistematico, a favore dell'intimità e dell'unità familiare.

A conferma di questa affermazione, pare sufficiente limitarsi a richiamare il caso della fecondazione post mortem: il figlio si considera legittimo, anche se stricto iure esso fosse nato più di trecento giorni dopo lo scioglimento del matrimonio[66].

Il diritto matrimoniale canonico, perciò, pur essendo profondamente radicato nella più universale precettività del diritto naturale, non è insensibile, nelle discipline concrete che appronta, alle modificazioni esterne, di qualunque tipo esse siano. Questa peculiare adattabilità consente di confrontarsi col matrimonio canonico e con la progressiva stratificazione ultra-secolare della normativa che lo connota, ponendo a confronto i principi generali, volta per volta individuati, con le nuove fattispecie concrete che si impongono all'attenzione dell'interprete.

Le principali modificazioni con cui il diritto matrimoniale canonico ha dovuto confrontarsi sono essenzialmente di due tipi: quelle suggerite dalla costante interazione con le legislazioni civili e quelle proposte da una evidente implementazione delle tecniche farmacologiche, riproduttive e chirurgiche. Le prime hanno, in qualche misura, ridimensionato la percezione sociale dell'istituto matrimoniale[67], mentre le seconde hanno significativamente ridisegnato il quadro delle nozioni biologiche che vengono correntemente utilizzate nell'applicazione del diritto matrimoniale.

In ordine al primo elemento, l'opinione comune è che, nella palese difformità tra la statuizione civile e quella canonica, possa prevalere un principio di tolerantia, per cui la Chiesa continua ad applicare il diritto suo proprio e non approva le violazioni normative compiute attraverso la realizzazione di atti civilmente leciti. In una sorta di giudizio comparativo tra gli effetti della violazione e l'irrogazione di una sanzione, però, la valenza negativa si

---

[66] Evidentemente ciò non solleva il giudice dal *dirimere* la questione, quando motivatamente adito. Pur difficilmente potendosi disconoscere, allora, la possibilità di un contrario accertamento giurisdizionale, vedansi, prima dell'entrata in vigore della legislazione in materia di procreazione medicalmente assistita, Massimo Dogliotti, *Inseminazione* post mortem *e intervento del giudice di merito*, in *Famiglia e diritto*, 1999, pp. 384 ss., nonché, sottolineando aspetti parzialmente difformi, Giuseppe Cassano, *Diritto di procreare e diritto del figlio alla doppia figura genitoriale nella inseminazione artificiale* post mortem, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1999, 1, pp. 226 ss. Più recenti profili in Bianca Checchini, *Accertamento e attribuzione della paternità*, CEDAM, Padova, 2008, pp. 245 ss.

[67] Pur nel quadro di principi che l'ordinamento riconosce come suoi propri ed immodificabili, secondo lo spunto ricostruttivo individuato in Sara Domianello, *Ordine pubblico, giurisprudenza per principi e delibazione matrimoniale*, Giuffré, Milano, 1989, p. 128.

attenua fino ad elidere, o quasi, le conseguenze derivanti dalla trasgressione delle proprie norme[68]. Il rapporto con le innovazioni scientifiche, per certi versi, è più problematico e lo si è visto in materia di accertamento della paternità e della maternità. La giusta ricerca della verità biologica deve integrarsi al favor filiationis e non può porsi in contrasto con la tutela della dignità umana. In caso contrario, lo strumento processuale adoperato, pur di particolare rilievo nel garantire il conseguimento di risultati in omnimoda certitudine, finisce per produrre effetti certamente ingiusti e come tali da essere respinti. La riflessione può valicare i confini della filiazione e riferirsi tout court alla posizione processuale del minore. Si è soliti affermare, ad esempio, che al compimento del settimo anno il minore consegue l'uso della ragione. Questa affermazione deve, però, essere munita di contenuti concreti e di specificazioni puntuali. Più che di una categoria non del tutto assimilata dagli ordinamenti civili (l'uso della ragione, nozione diversa dalla capacità in senso stretto), si è in presenza di una condizione anagrafica in cui il minore è almeno in grado di compiere quegli atti per cui ne abbia discernimento. Non si tratta né di un numerus clausus, né di fattispecie estendibili a piacimento ed è sempre ammessa la prova contraria circa l'effettivo discernimento del minore[69]. Essa, però, non potrà che essere ottenuta tenendo in conto gli interessi del minore e col rispetto e con le tutele specificamente destinati ad un soggetto ancora in formazione, particolarmente vulnerabile e, perciò, meritevole di una speciale protezione giuridica.

La caratteristica adattabilità del diritto canonico diviene, allora, occasione stimolante per favorire una responsabile dialettica tra le previsioni normative generali e astratte e il singolo caso concreto. Nella decisione, le acquisizioni dottrinali più risalenti possono essere utilizzate. Anzi, questo scambio tra tradizione e adeguamento, in modo che il nuovo diritto possa combinarsi al vecchio a beneficio della salus animarum, è comprensibilmente incentivato dalla Chiesa[70]. La decisione, ancor prima di costituire nuovo

---

[68] Una forma di *tolleranza* che non potrà non combinarsi con una certa *discretio* nell'approcciarsi alle situazioni concrete della violazione e della *trasgressione*. In argomento, v. anche GIAMPAOLO DIANIN, *Matrimonio e divorzio*, cit., pp. 540-541.

[69] Sulla disciplina della minore età, in particolar modo nel diritto sostanziale, ma più ampiamente a partire dalla codificazione del 1983, cfr. GIUSEPPE DALLA TORRE, *Diritto alla vita e diritto dei minori nell'ordinamento canonico*, in AA. VV., *Tutela della famiglia e diritto dei minori nel Codice di diritto canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2000, pp. 61-76. Sulle cautele che dovrà incontrare il regime probatorio, v. anche ALBERTO VANZI, *L'incapacità educativa dei coniugi verso la prole come incapacità ad assumere gli oneri essenziali del matrimonio*, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma, 2006, pp. 209 ss.

[70] Anche se non sono numerose le circostanze in cui il Magistero prende espressamente in considerazione la riferita questione metodologica. Alcuni spunti potevano leggersi, comunque sia, nella

diritto, può favorire l'integrazione tra il diritto vigente e quello vivente. Ed essi concorrono a rispondere alle nuove esigenze sostanziali e processuali e alle nuove incognite di carattere esistenziale, morale e comportamentale, che sono poste dall'utilizzo di avanzati ritrovati medici e diagnostici.

Uno dei casi più dibattuti, tra quelli che meglio possono essere inseriti in questo ragionamento, è costituito dall'ipotesi di patologie sessualmente trasmissibili, non solo nei confronti dell'altro coniuge (quando questi non sia affetto dalla malattia trasmissibile), ma anche a beneficio della prole nascente dalla copula coniugale. L'atto procreativo non può essere concepito come obbligo idoneo a violare i diritti e i doveri dell'obbligato. Paolo VI, nell'Enciclica Humanae Vitae, si era sospinto a prevedere che, in presenza di motivi particolarmente seri, la decisione di non procreare potesse riguardare anche l'intera durata del matrimonio[71]. Parrebbe sin troppo agevole rilevare come ipotesi siffatte rischino di potere essere, nella pratica, confuse con forme di esclusione, più o meno interessate, del bonum prolis. Una coniugalità che voglia fondarsi a prescindere dall'ipotesi della genitorialità non acquisisce quei caratteri che il sacramento del matrimonio imprime ai rapporti tra i coniugi.

La posizione della dottrina è sempre stata oscillante, perché si rivela oggettivamente difficile rinvenire uno stabile punto di equilibrio tra la rilevanza dell'elemento procreativo e l'individuazione delle cause che possano o, in alcuni casi, debbano concludersi nella scelta di non procreare. Sarebbero pur sempre configurabili forme arbitrarie di questo rapporto. Ed è ancora in un'ottica tendenzialmente pessimistica, al riguardo, che una decretale di Gregorio IX prevedeva, nel caso dei lebbrosi, l'obbligo per il coniuge sano di adempiere il debitum coniugale[72]. Nel valutare disposizioni del genere, vanno tenuti in conto almeno due elementi. La legislazione gregoriana muoveva da una precisa concezione del rapporto matrimoniale. Come già

Lettera Enciclica di Giovanni Paolo II, *Fides et ratio*, 14 Settembre 1998 (reperibile in *http://www.vatican.va*). Vedansi, in particolar modo, i nn. 14 (laddove il Pontefice indica genericamente le innovazioni introdotte dai due Concili ecumenici, senza ulteriori distinzioni), 31 (sulla natura relazionale dell'uomo, anche nelle realtà associative, dotate, entro certi limiti, di regole proprie) e 46 (dove è mantenuta la condanna all'umanesimo ateo e all'immanentismo, ritenendo tale giudizio confacente anche alle esigenze della contemporaneità).

[71] Paolo VI, Lettera Enciclica *Humanae Vitae*, 25 Luglio 1968, reperibile in *http://www.vatican.va*; un'opportuna rilettura sulle implicazioni d'essa, rispetto al contenuto giuridico della procreazione nell'unione matrimoniale, può rinvenirsi in Maurizio Chiodi, *Matrimonio e generazione*, in Andrea Bozzolo, Maurizio Chiodi, Giampaolo Dianin, Pierangelo Sequeri, Myriam Tinti, *Famiglia e Chiesa*, cit., pp. 517-519.

[72] La previsione è, però, riletta quale difesa del diritto dei lebbrosi a contrarre matrimonio in Paolo Scoponi, *I divieti matrimoniali in casi singoli*, Gregorian Biblical Press, Roma, 2011, pp. 20 ss.

osservato, attraverso gli interventi di Innocenzo III e di Gregorio IX, era in corso il progressivo avvicinamento del matrimonio canonico al modello consensuale-contrattuale, sul quale convergevano le tesi di personalità come Enrico da Susa. Il sinallagma in cui era da configurarsi il debitum coniugale si concludeva nel trasferimento di un diritto sul corpo del coniuge, all'interno del quale la prestazione sessuale era forma tipica dell'adempimento.

In altre parole, il coniuge sano non poteva eccepire il morbo della lebbra di cui fosse affatto l'altro coniuge, per non adempiere. Per altro verso, andrebbe pur brevemente ricordato che al tempo di Gregorio IX le cognizioni medico-scientifiche, anche presso le classi colte, erano sostanzialmente frammentarie e particolarmente limitate. Il Magistero della Chiesa non riusciva, ad esempio, ad impedire che, in caso di epidemie gravi, sorgessero le più improbabili ricostruzioni sulle ragioni del morbo, a volte addirittura avallate dai dottori del tempo[73]. Sulla circolazione della lebbra, le acquisizioni scientifiche erano assai ridotte e nella cultura medievale presero piega convincimenti diffusi, il cui fondamento è oggi, per fortuna, solidamente confutato.

Quello che conta osservare è, perciò, non l'applicazione della decretale di Gregorio IX e nemmeno la pedissequa riproponibilità della questione rispetto a patologie di più recente scoperta, ma di pari o maggiore gravità. Dal punto di vista giuridico, sembra, invece, necessario riscontrare l'orientamento dottrinale che ha formalizzato, pur in modo controverso, una serie di ipotesi in cui l'atto procreativo non solo non era ritenuto esigibile, ma veniva addirittura variamente sconsigliato e, persino, inibito. Attesa la particolare gravità dei motivi cui sembra alludere lo stesso Paolo VI, si è ammesso, in alcuni casi, un largo principio di tutela della vita del coniuge e della prole che, dietro istanze comuni, ha potuto assumere forme diverse. Dalla (mera) facoltà di astenersi dal procreare sino alla (piena) esenzione dall'obbligo di compiere atti sessualmente fecondi.

Rispetto ad esse, nella dottrina come nella giurisprudenza, è prevalsa una certa prudenza. La centralità del momento procreativo nella fattispecie matrimoniale canonica è stata correttamente inquadrata dal Concilio Vaticano II, sino a coordinarsi alla supremazia del bonum coniugum nella realizzazione di una vera communitas vitae et amoris. Resta il fatto che il confine tra la

---

[73] Numerose fonti potrebbero attestare questa problematica relazione tra la vita associata (anche quella familiare, anche quella religiosa) e l'assoluta carenza di studi oggettivi in ambito epidemiologico. Vedansi almeno Jole Agrimi, Chiara Crisciani, *Malato, medico, medicina nel Medioevo*, Loescher, Torino, 1980; Nilda Guglielmi, *Il Medioevo degli ultimi. Emarginazione e marginalità nei secoli XI-XIV*, Città Nuova, Roma, 2001, pp. 115 ss.; Gabriella Piccinni, *Il Medioevo*, Mondadori, Milano, 2004, pp. 215 ss.

motivata e sofferta astensione dalla procreazione e la possibilità, nei fatti, di escludere, attraverso essa, uno dei bona matrimoniali, non è affatto inoppugnabile e segnato. E l'interprete si vincola, come diversamente non potrebbe fare, a cercare di non far rientrare nel parametro della giustizia pratiche che, se non adeguatamente circostanziate, sarebbero certamente contra jus.

Nei casi più dibattuti, la mancata realizzazione del momento procreativo, pur potendo fondarsi su considerazioni affini a quelle, sin qui, proposte, è stata addotta a suffragio della nullità del matrimonio. In queste circostanze, anche al rischio di rendere pronunce particolarmente controverse, la giurisprudenza ha preferito far interagire, ove possibile, altri capi di nullità, formalmente distinguibili dall'esclusione del bonum prolis (in tal senso, vedasi già Neapolitana, c. Oder, 23 Marzo 1999)[74]. Così ragionando, il mancato, o conseguito, compimento di atti sessualmente fecondi, non diviene l'asse portante della decisione e la stessa autorità giurisdizionale può, in qualche misura, non estendere la propria argomentazione ad una parte così delicata e difficilmente sondabile dell'intimità coniugale. Diversamente, purtroppo, sarebbe nel caso in cui la res litigiosa si esaurisse completamente nell'accertamento di tale aspetto. In quel caso, la giurisdizione ecclesiastica dovrebbe vagliarlo esaustivamente – dandone ovviamente conto in sentenza – e riscontrare l'evenienza e la fondatezza della decisione di non porre in essere atti procreativi.

Non appare sorprendente che autorevole e risalente dottrina abbia cercato di giustificare le proprie posizioni su aspetti così rilevanti, proprio a partire da una valutazione dei rapporti tra il compimento dell'atto coniugale e la generazione e la tutela della prole. Gli orientamenti principali si fanno risalire al Sanchez e al De' Liguori, entrambi variamente seguiti e sostenuti anche nelle tesi di Autori di molto successivi[75].

Il primo argomentava come la generazione dei figli non potesse che essere sempre ritenuta (giuridicamente) lecita, sino all'atteggiarsi come (moralmente) doverosa[76]. Non sarebbero potute sussistere ipotesi ricostruttive dif-

---

[74] Per una opportuna ricostruzione, circa le problematiche sollevate nella vicenda, v. Ilaria Zuanazzi, *La filiazione nel diritto canonico della famiglia*, in Myriam Tinti, a cura di, *Famiglia e diritto*, cit., pp. 153-154, n. 164.

[75] Al punto da proporre limitazioni al *diritto al matrimonio*, ad avviso di Gerald D. Coleman, *Can a Person with AIDS marry in Catholic Church?*, in *The Jurist*, 1989, 49, pp. 258-266; in modo, forse, meno ultimativo Lino Ciccone, *Aids: problemi etici in ambito coniugale*, in *Medicina e Morale*, 1992, 4, pp. 619-632. Una vasta *panoramica* su un tema che molto colpì la dottrina a cavallo tra anni Ottanta e Novanta in Sandro Gherro, Gianfrancesco Zanuazzi, a cura di, *Matrimonio canonico e AIDS*. Atti del Convegno (Verona, 24 Febbraio 1994), Giappichelli, 1995.

[76] Il riferimento è a Tommaso Sanchez, *De Sancto Matrimonii Sacramento disputationum*, IX, 24, 25. V., al riguardo, Alfredo Rava, *Il requisito della rinnovazione del consenso nella convalidazione*

formi. Siamo in presenza di una accezione forte della spes prolis, perché, pur spesso in contraddizione con argomenti di carattere scientifico, ci si spingeva ad immaginare che la patologia trasmissibile potesse arrestarsi, invece, con la nuova generazione. E finanche si fosse realizzata questa ipotesi, invero esclusivamente auspicabile e non occasionalmente impossibile, il buon esito della spes sarebbe stato, in fin dei conti, irrilevante. A prescindere dal giudizio sulla trasmissione di una patologia o dalle altre circostanze che, ad avviso dell'opposta dottrina, ammetterebbero la decisione di non procreare anche per tutta la durata del matrimonio. Difatti, nel caso, più probabile, della trasmissione alla prole di malattie gravi dei genitori o di pericolo per la salute dell'altro coniuge, a seguito dell'atto sessuale, il suo compimento non sarebbe potuto venire meno. Si ripropone, in sostanza, la tesi di Gregorio IX sul debitum e, anzi, rispetto ad essa, non sembra ci si premuri troppo di giustificare, nell'alveo del rapporto debito-credito, (la generazione dei figli che segue) il compimento dell'atto sessuale. Quest'ultimo non avrebbe, perciò, rilievo in quanto prestazione nell'ambito di una visione contrattualistica del matrimonio, ma oggettiva obbligatorietà in ragione dei fini che, a mezzo del sacramento matrimoniale, l'ordinamento canonico persegue.

Il De' Liguori, al contrario, postulava la grava illiceità morale di rapporti sessuali in presenza di un grave pericolo per la vita e la salute di entrambi i coniugi (o di uno solo di essi) e della prole[77]. La tesi de qua partiva, all'opposto, da una valutazione integrale di quello che si sarebbe chiamato, presso Autori successivi, il bene della vita. L'atto procreativo ha la funzione di trasmettere la vita, di assicurare la generazione della prole. Se esso si pone contro alcuno dei suoi effetti biologici più immediati, da una generale obbligatorietà degrada sino ad una grave illiceità. Che tale si rivela a tutela di ciascuno dei componenti della famiglia. Del coniuge sano, se il nocumento gli derivasse dall'unione sessuale col coniuge gravemente malato; di entrambi i coniugi, nel momento in cui la consumazione del rapporto potesse risultare esiziale per ciascuno di essi. Della prole che sarebbe generata, al rischio di gravi menomazioni, idonee a mettere in serio pericolo la prosecuzione dell'esistenza; dei figli nati prima che uno dei genitori contraesse il morbum, i quali, a seguito dell'atto sessuale tra il padre e la madre, potrebbero rischiare di perdere entrambi.

Probabilmente, pur nella dovizia degli argomenti addotti, entrambe le tesi

---

semplice del matrimonio (can. 1157, § 2). Studio storico-giuridico, Gregorian University Press, Roma, 2001, pp. 56 ss.

[77] L'opinione richiamata trovasi in Alfonso Maria de' Liguori, *Theologia Moralis*, III, nn. 48-50; in merito, cfr. Sandro Serreri, *Famiglia e lavoro nell'insegnamento sociale della Chiesa: da Leone XIII a Giovanni Paolo II*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2006, p. 46. Non sembra aderire del tutto alla ricostruzione proposta nel testo Romano Canosa, *La restaurazione*, cit., p. 95.

presentate rischierebbero di risultare sin troppo estreme. L'una imponendo in ogni caso la generazione della prole o, almeno, il compimento dell'atto coniugale, pure in quei casi in cui i coniugi ne siano impossibilitati proprio dall'aggravarsi delle condizioni a seguito della malattia. L'altra, tuttavia, da completarsi e specificarsi, meglio indicando le cause e le ragioni dell'illiceità morale di un atto procreativo tanto rischioso per la tutela della vita. E, certamente, con cognizioni medico-scientifiche di molto implementate rispetto agli anni in cui il De' Liguori affrontava la questione.

Il fatto che in entrambi gli Autori sia centrale il riferimento alla filiazione giuridica e, sul piano biologico, alla generazione della prole può, comunque sia, essere ritenuto indicativo della specifica prospettiva canonistica in materia di responsabilità dei genitori e, ancor prima, di diritti e doveri dei coniugi. Difatti, il ministero dei genitori cattolici, sancito e disciplinato dal diritto, trova nel sacramento del matrimonio irripetibile investitura, già all'interno di quel singolo rapporto coniugale (e non di qualunque altro, astratto, ipotetico o venturo)[78].

La gravità dei compiti educativi dei genitori si estende a tutte le forme dell'istituzione salvifica della Chiesa e aderisce al munus docendi, sanctificandi e regendi, essendone parte con piena dignità. Si tratta, perciò, di un ruolo che, a mezzo del sacramento matrimoniale, ribadisce la propria specificità rispetto agli obblighi civili dei genitori nei confronti della prole. A beneficio di essa, però, tanto le implicazioni giuridiche, quanto quelle sacramentali, tanto gli aspetti privatistici, quanto i precetti religiosi, sono inevitabilmente chiamati a cooperare.

Non è infondato ritenere, perciò, che nel comune riconoscimento del valore intrinseco dell'affettività genitoriale possano, forse, scorgersi (le opportunità di) nuove ipotesi di comparazione e di cooperazione, tra i diritti civili e quelli confessionali[79]. In modo che la progressiva differenziazione delle diverse normative formali, determinata prevalentemente ma non esclusivamente dal processo di secolarizzazione[80], non escluda una riflessione co-

---

[78] Cfr. Piero Antonio Bonnet, *Essenza e sacramentalità*, cit., pp. 89-105.

[79] Il dato è accolto, in un'apprezzabile prospettiva comparatistica che riguarda ordinamenti di tradizione concordataria quali l'Italia (i Paesi *latini* in Europa e il Sud America), in Veronica Roldàn, *Valori, cultura e religioni. Processi di globalizzazione e mutamento sociale*, Carla Settimi, a cura di, Franco Angeli, Milano, 2011, pp. 42 ss.

[80] Tra i molti che confermano la non esaustività del mero riferimento alla secolarizzazione, nel comprendere le innovazioni giuridiche in atto, v. Pasquale Lillo, *Globalizzazione del diritto e fenomeno religioso*, III ed., Giappichelli, Torino, 2012, pp. 23 ss.; avendo sempre presente il riferimento a sistemi concordatari o di radicata tradizione cristiana, v. anche Amalia Diurni, *America Latina*, in Ead, a cura di, *Percorsi mondiali di diritto privato e comparato*, Giuffré, Milano, 2008, pp. 60 ss.

mune in vista di obiettivi di giustizia sostanziale, all'interno del diritto di famiglia[81].

4. *Le riforme civilistiche e le controverse opportunità di accesso ai più recenti ritrovati medico-scientifici. Nuove possibilità di tutela del diritto alla salute e all'integrità familiare*

Sulla base di quanto sinora affermato, si è cercato di dimostrare come il diritto civile e il diritto canonico abbiano conosciuto fasi anche radicalmente diverse, nella disciplina della filiazione, come in quella matrimoniale. Sono state registrate alcune discrasie, che verranno meglio precisate nel seguito della trattazione, ma non sono mancate anche profonde affinità, soprattutto nella predisposizione di alcuni strumenti di tutela. Almeno dal punto di vista normativo, pari sembra l'attenzione all'interesse del minore. In entrambi i sistemi, la coesione e l'intimità familiare non si rivelano quali semplici affermazioni teoriche, trattandosi all'opposto di valori che ciascun ordinamento, con le proprie norme e a presidio delle proprie rispettive prerogative, mira a tutelare e a difendere[82].

Si dovrebbe osservare come la stessa predisposizione di istituti omologhi abbia, poi, finito per perseguire interessi radicalmente diversi. Stando ai rapporti tra i coniugi, la separazione canonistica[83], di cui ai cann. 1152 e ss., ha inevitabilmente una ratio diversa da quella civile. In un'ottica finalistica, infatti, la separazione canonica per adulterio si fonda su una certa interinalità ed è caratterizzata (o, meglio, dovrebbe essere sempre caratterizzata) dall'accoglimento, dal perdono, dal ricongiungimento e, infine, dalla ricostruzione della vita coniugale.

---

[81] Si immaginano persistenti contrapposizioni ideologiche in questo campo, al contrario, in Nancy Fraser, *Giustizia sociale nell'era della politica dell'identità: redistribuzione, riconoscimento e partecipazione*, in Ead, Axel Honneth, eds., *Redistribuzione o riconoscimento? Una questione politico-filosofica* (2003), trad. it. Meltemi, Roma, 2007, pp. 87 ss.

[82] Il principio dell'omogeneità delle tutele approntate, ad avviso di autorevole dottrina, non si applica, del resto, soltanto ai rapporti tra la sfera civile e la sfera religiosa. Andrebbe rimarcato, nella prima, anche nelle relazioni tra la giurisdizione (civile) nazionale e quella internazionalistica, in modo che l'effettiva tutela dei diritti non debba risentire della *sedes* presso cui è fatta valere. In proposito, v. Andrea Guazzarotti, *Bilanciamenti e fraintendimenti*, cit., p. 596.

[83] Sebbene la dottrina giuridica civile tenda a riconoscere il rilievo della separazione canonica come possibile modello normativo anche per gli ordinamenti privatistici. Pur considerando i divergenti sviluppi, cfr. Daniela Ciancio, *Addebito e adulterio*, in *Diritto & Diritti*, 16 Gennaio 2013; per un primo resoconto sui diversi fini della separazione personale in diritto canonico, vedasi la rassegna bibliografica di Luciano Olivero, *La separazione di fatto dei coniugi*, Giuffré, Milano, 2006, p. 7.

La posizione degli ordinamenti civili è molto diversa e la disciplina italiana non fa eccezione. Fino a tempi piuttosto recenti, la posizione dell'adultero e, ancor più, dell'adultera, subiva gravi limitazioni. Esse, ormai, sopravvivono nell'accertamento processuale della separazione, ma non si sostanziano in forme, più o meno velate, di deminutio capitis o nell'ammissibilità di forme riparatorie private o, peggio, arbitrarie di alcun tipo[84]. Al di là del giudizio morale sull'adulterio, del resto, l'ordinamento civile accoglie il presupposto di favorire la conciliazione: una ricomposizione non traumatica è preferibile rispetto ad una complessa fase contenziosa. Quando, però, la prosecuzione della convivenza appaia intollerabile, l'ordinamento si dimostra tendenzialmente più pronto a favorire la cessazione dell'unione coniugale e a ritenere questa cessazione elemento sostanzialmente positivo, almeno per la parte nei cui confronti non si muovano addebiti. Quanto alla cura degli interessi della prole, inoltre, il diritto canonico recepisce in positivo la nozione ecclesiologica e pastorale della famiglia come chiesa domestica. Ritiene, perciò, massimamente preferibile l'armonia tra i coniugi, che, ai sensi del canone 1135, hanno pari doveri e diritti per quanto riguarda la comunità di vita coniugale. La sistematica civilistica, forse in modo più prosaico, ma a volte fondato, accetta espressamente l'ipotesi che la convivenza con entrambi i genitori possa arrecare nocumento al minore e dispone, in modo più o meno analitico, le apposite procedure[85].

Queste differenti prospettive non esauriscono tutte le divergenze tra il diritto matrimoniale canonico e quello civile, ma tutte richiamano, come le altre, una inevitabile distinzione. La visione contrattualistica del matrimonio, negli ordinamenti secolari, ha reso possibile l'introduzione del divorzio e ha spinto a favorirne il ricorso in determinate circostanze. La visione contrattualistica del matrimonio, nel diritto canonico, per altro verso non sempre accolta in positivo dalla dottrina, ha, comunque sia, salvaguardato l'indisponibilità del vincolo. Gran parte delle differenze sistematiche, sin qui osservate, discende, più o meno chiaramente, da questa inevitabile divaricazione.

Anche in materia di filiazione, sussistono profonde affinità, ma le non occasionali differenze discendono, a propria volta, da prospettive ordinamentali andate in direzioni inequivocabilmente diverse. Il diritto canonico

---

[84] Alcune di questi ipotesi, ormai non più costituenti norme incriminatrici di diritto vigente (come l'*omicidio per causa d'onore*), sono opportunamente analizzate e stigmatizzate in Fabio Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffré, Milano, 2010, p. 148.

[85] Pur dimostrando di non ritenere questa la forma preferenziale per favorire la crescita del minore medesimo, come si riconosce in Tommaso Auletta, *Dai principi costituzionali al "diritto vivente". Riflessioni sullo sviluppo del diritto di famiglia e sulle prospettive future*, in *http://www.gruppodipisa.it*.

continua a privilegiare le connessioni tra il matrimonio e la filiazione; il diritto civile mira a tutelare in modo progressivamente più articolato tutte le ipotesi di filiazione che si situino al di fuori del rapporto matrimoniale. L'equiparazione di tutti gli status della filiazione, avvenuta, in Italia, non senza incertezze rilevanti, con la Legge 10 Dicembre 2012, n. 219, ha formalizzato questo passaggio, cercando di riequilibrarlo con istanze proprie del diritto antidiscriminatorio e della solidarietà sociale[86].

Quel che è certo è che la legislazione italiana è tardivamente arrivata ad approntare forme di riconoscimento già esistenti nel diritto di altri Stati membri dell'Unione Europea. L'Unione è priva di competenze dirette in materia di filiazione e famiglia[87], perché è, sin dall'atto della sua formazione, impegnata a rispettare le diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli d'Europa. Nel caso in cui, su una data materia, estranea al novero delle competenze previste nei Trattati, la maggior parte degli Stati membri presentasse una disciplina di elevata garanzia, l'Unione sarebbe sfornita di strumenti immediatamente precettivi per spingere lo Stato membro meno avvertito ad adeguare il livello delle tutele. Anche per queste ragioni, hanno avuto un certo rilievo le bozze di testi normativi (a carattere, appunto, persuasivo e non precettivo) che sono circolate, ad opera di agenzie internazionali o gruppi di studio, nel tentativo di rendere più omogenee e qualificate le diverse legislazioni nazionali. Si è trattato di iniziative meritorie e, in alcuni casi, della reale espressione di un'elaborazione comune approfondita. L'utilità di documenti del genere non può, però, essere sopravvalutata. Essi concorrono a fissare degli orientamenti ermeneutici, possono indicare lo stato della legislazione e fornire suggerimenti condivisibili de iure condendo, ma non risolvono, né potrebbero farlo, le problematiche cui si riferiscono. Basti ricordare che bozze similari hanno riguardato il divorzio e il riconoscimento degli effetti conseguentine nel territorio della UE, le linee-guida sulla disciplina della responsabilità genitoriale e, in modo più generico, taluni profili di tort law. Si tratta, cioè, di documenti ancora disorganici, quanto alle materie individuate e alle proposte formulate[88].

---

[86] Sull'integrazione tra i due profili, quanto, però, alle discipline giuridiche differenziate in ragione dell'orientamento sessuale, v. Carmelo Danisi, *Il principio di non discriminazione dalla CEDU alla Carta di Nizza: il caso dell'orientamento sessuale*, in *http://www.forumcostituzionale.it*.

[87] Osservazione debitamente comprovata in Rossana Palladino, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo. Tra integrazione del mercato e tutela dei diritti fondamentali*, Cacucci, Bari, 2012, pp. 22 ss.

[88] Questo progetto di *collezione* delle regole comuni in materia di responsabilità è sfociato nell'adozione da parte dell'European Group on Tort Law dei *Principles of European Tort Law* (rinvenibile anche in *http://www.civil.udg.edu*).

Nell'ambito de quo, appare per più punti difficile (se non quando pericoloso) che siano fissati in una fonte normativa trans-nazionale i caratteri minimi costitutivi della famiglia e del matrimonio. Non tanto perché così si rischierebbe di violare le tradizioni e le culture dei popoli europei o perché si sconfinerebbe in una sfera ancora profondamente legata alle specificità dei diritti statuali. I diritti statuali hanno potuto adottare disposizioni in palese contrasto con i principi e le tutele riconosciuti nel diritto dei Trattati[89]. In altre parole, la statualità del provvedimento legislativo non ne garantisce necessariamente la migliore rispondenza alla protezione giuridica di situazioni concrete. Semmai, nell'enfasi non occasionale con cui si accolgono i suggerimenti di progressiva integrazione dei diritti nazionali, si cela il rischio di devolvere a fonti non legislative i compiti e i poteri della legislazione propriamente detta. In più, finanche si approntasse un testo a carattere persuasivo concernente i caratteri essenziali dell'unità familiare, si potrebbe davvero essere sicuri circa un suo utilizzo responsabile? Non si rischierebbe di escludere dai parametri individuati per definire l'essenza giuridica della famiglia tutte quelle situazioni che, per mera scelta discrezionale, non siano state ricomprese nel novero dei canoni convenzionali adottati? Per risolvere eventuali casi di discriminazione, in sostanza, il ricorso a strumenti di soft law è frequentemente incoraggiato, perché in esso non si adottano decisioni vincolanti, munite, in caso di mancata ottemperanza, di rigidi apparati sanzionatori[90]. D'altra parte, gli strumenti approntati rischiano di essere totalmente carenti quanto ai profili applicativi, rendendo necessaria la precettività delle vecchie fonti di hard law, per concorrere all'attuazione degli scopi comuni suggeriti[91].

E quale approccio si seguirebbe per definire la famiglia, lo status di figlio o gli obblighi scaturenti dal matrimonio? Un criterio espositivo diffuso e analitico, che rischia di essere disatteso in ogni caso, oltre che di rivelarsi sin troppo dettagliato per una sua armonica attuazione, o uno più breve e incompleto, che lascia però inalterate le incognite per cui era stato redatto e utilizzato?

---

[89] Cfr., in proposito, J. Show, *La Corte europea di giustizia di fronte al diritto di cittadinanza: una sfida alla sovranità nazionale dei Paesi membri?*, nei *Quaderni Costituzionali*, 2010, 3, p. 614.

[90] Questa modalità di produzione normativa è, ad esempio, particolarmente apprezzata in Fortunato Freni, *Biogiuridica e pluralismo etico-religioso. Questioni di bioetica, codici di comportamento e comitati etici*, Giuffré, Milano, 2000.

[91] Semmai, essa potrà risultare vincolata nel contenuto (*rectius*: nel risultato atteso), ma difficilmente potrà essere integralmente sostituita, e a breve termine, da fonti di carattere non legislativo. Così Elisabetta Lamarque, *Adozione da parte dei* single *omo e eterosessuali: i paesi del Consiglio d'Europa stanno perdendo il loro margine di apprezzamento?*, in *http://www.forumcostituzionale.it.*

Allo stesso modo, è innegabile che le Corti internazionali e quelle europee abbiano avuto un ruolo non di poco conto nel favorire il processo di integrazione. Usando, volta per volta, come parametro la legislazione che meglio sembrava rispondere agli scopi istitutivi dell'Unione e al reticolato di diritti in essa previsti. O, persino, arrivando a suggerire soluzioni normative radicalmente nuove, apparentemente in grado di segnare una chiara evoluzione in positivo del diritto degli Stati.

Questo ruolo, soprattutto nell'ambito di cui si discorre, è stato, comunque sia, essenzialmente collaborativo, ma assolutamente non dirimente[92]. Anche perché, se fino ad un decennio addietro la riflessione della dottrina sembrava evidenziare l'elevato grado di disposizioni comuni al diritto degli Stati, oggi sembra in corso il processo opposto. In base al quale, non si possono non registrare le differenze, soprattutto quelle aggravatesi dopo pur discutibili processi di riforma (si è soliti, in proposito, far riferimento al caso dell'Ungheria[93], ma più generalmente ai Paesi dell'Europa dell'Est, complessivamente considerati).

All'esito di questo dibattito, i punti che dovranno realmente motivare un più deciso impegno degli operatori sembrano essere essenzialmente due. Da un lato, non si potrà procrastinare troppo a lungo l'individuazione di criteri certi per favorire la libera circolazione degli status familiari – potendo aumentare, come già è aumentata, la mobilità dentro e fuori l'Unione. E, dall'altro, dovrà essere sempre valutato favorevolmente l'affinamento delle disposizioni di garanzia, a presidio degli interessi delle parti più deboli dei rapporti sociali.

I diritti nazionali, anche quelli più evoluti, hanno spesso origini tutto fuorché tuzioristiche e, in questa evoluzione, è facile riscontrare la stessa modificazione del significato attribuito a lemmi come famiglia, filiazione e matrimonio. Non fa eccezione il caso dell'Italia. Basti pensare alla codificazione civile del 1865, che si inseriva in un quadro di politica legislativa

---

[92] Per quanto riguarda la Corte di giustizia, appare opportuno il rinvio a Sara Lorenzon, *Il dopo Trattato di Lisbona: completezza ed effettività dei rimedi giurisdizionali di fronte alla Corte di giustizia*, in *Quaderni Costituzionali*, 2010, 1, pp. 135 ss.; sui temi sollevati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo, vedasi Giuseppe Casuscelli, *Convenzione europea, giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo e sua incidenza sul diritto ecclesiastico italiano. Un'opportunità per la ripresa del pluralismo confessionale?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (http://www.statoechiese.it), Settembre 2011.

[93] Sulle politiche migratorie, che, in realtà, interessano l'ambito della filiazione, almeno quanto al conseguimento del diritto di cittadinanza e alle ipotesi di ricongiungimento familiare, v., ad esempio, Corentin Léotard, *Gli ungheresi si ribellano alla xenofobia del governo*, in *http://www.internazionale.it*, 7 Agosto 2015. Per un resoconto di precedenti vicende di politica parlamentare, cfr. Andrea Tarquini, *Ungheria, passa la Costituzione di Orban*, in *la Repubblica*, 11 Marzo 2013.

sostanzialmente liberale[94]. Non era prevista alcuna forma di tutela per i figli adulterini e anche la codificazione fascista del 1942 sembrava procedere, pur nella diversa impostazione perseguita, nella stessa maniera. Nonostante l'aumento delle disposizioni ad hoc, rimanevano due limiti di non poco momento. In primo luogo, la necessità del consenso dell'altro coniuge per l'ingresso nella casa coniugale del figlio naturale riconosciuto durante il matrimonio[95]. E, a un più ampio livello di politica del diritto, non poteva non segnalarsi il mancato instaurarsi del rapporto di parentela tra più figli naturali degli stessi genitori. Si tratta di limiti che smentiscono l'idea pubblicistica di famiglia usualmente attribuita al legislatore fascista, a meno che non ci si intenda preventivamente sul senso da attribuire a questa visione pubblicistica e centralistica[96].

L'attenzione del fascismo ad una valutazione organicistica dei corpi intermedi, perfettamente inquadrati nella costruzione giuridica dello Stato fascista, era certo un'innovazione rispetto allo Stato liberale. Ma non integrava, sempre e comunque, un'evoluzione in positivo.

È stato spesso riscontrato il debito che questa ricostruzione avrebbe nei confronti della dottrina di Antonio Cicu[97], per il quale la famiglia sarebbe, come noto, un aggregato organico di formazione naturale e necessaria. Ci si permette da dissentire da proposti parallelismi troppo disinvolti. La più parte della dottrina del Cicu, in materia di famiglia e filiazione, è messa a punto negli anni Dieci del XX secolo. Circa trent'anni prima della codificazione fascista e della legislazione speciale pre – e, soprattutto, post – codicistica.

Certo, nell'opera di Cicu si rinvengono elementi che, a volte in buona fede, alle altre con imperizia, il legislatore fascista deve aver pur tentato di recepire normativamente. L'andamento di questo tentato recepimento, specialmente a partire dagli anni Trenta, è stato molto opinabile, restando in esso ben poco della tensione etica e comunitaristica del diritto di famiglia

---

[94] Sulla regolamentazione privatistica del Codice civile del 1865, v. Antonio Gorgoni, *Famiglia e matrimonio. Profili evolutivi nel diritto europeo*, in *Persona e Mercato*, 2013, 12, p. 247.

[95] Si concentra, in particolar modo, sull'ipotesi prospettata Antonio Gorgoni, *Famiglia e matrimonio*, cit., pp. 248-249.

[96] Ad esempio, non sovrapponibile al *disegno* costituzionale, ove pure la regolamentazione familiare resta *sospesa* tra valori pubblicistici ed istanze privatistiche. Di interesse, la ricostruzione teorica e comparatistica proposta in Pietro Rescigno, *Le formazioni sociali intermedie*, in *Rivista di diritto civile*, 1988, I, p. 304.

[97] La tesi trovava sistemazione organica in Antonio Cicu, *Il diritto di famiglia: teoria generale*, Athenaeum, Roma, 1914; un bilanciato inquadramento delle diverse ipotesi, che si misurano sui rapporti tra la dottrina di Cicu e il diritto privato della legislazione fascista, trovasi in Michele Sesta, *Il diritto di famiglia tra le due guerre e la dottrina di Antonio Cicu*, nell'edizione di Antonio Cicu, *Il diritto di famiglia*, cit., rist. Forni, Bologna, 1978, pp. 1 e ss.

di Cicu. E, all'opposto, rafforzandosi l'idea che l'intervento statuale nella regolazione della famiglia e della filiazione dovesse avvenire secondo precisi scopi politico-istituzionali.

È stato opportunamente evidenziato come anche l'epocale riforma del diritto di famiglia del 1975 contenesse dei limiti non irrilevanti[98]. E, tra essi, poteva spiccare che non si prevedesse il diritto di chi nasceva da soggetti non coniugati tra loro a diventare membro delle famiglie d'origine dei propri genitori. Ciò a dire che spesso i limiti della legislazione non possono nemmeno essere qualificati come conseguenza di una precisa politica del diritto, più spesso profilandosi in quanto testimonianze del sentire comune in un periodo storico dato. Introdotto questo criterio interpretativo prudenziale, la legislazione italiana di famiglia, a partire dalla Legge 1 Dicembre 1970, n. 898[99], almeno fino alla fine degli anni Novanta e ai tentativi di migliorare l'istituto dell'adozione, può essere riletta anche alla luce di importanti elementi positivi. Tra essi, possono segnalarsi il carattere non più eccezionale del riconoscimento dei figli adulterini, la rimozione dei limiti all'accertamento della paternità e della maternità naturali, l'uniformazione del rapporto tra il genitore e il figlio a prescindere dal retaggio del favor legitimitatis.

L'avanzamento degli strumenti dell'analisi e della ricerca biologiche ha, per altro verso, reso meno aleatoria la rispondenza tra la certezza formale e la verità naturale e molti di questi aspetti sono stati favorevolmente accolti anche dalla dottrina più vicina ad istanze ecclesiali.

La già ricordata legge n. 219 del 2012 si inserisce in questo percorso, anzi portandolo per molti aspetti a compimento, ma le scelte terminologiche che la connotano derivano ancora da quel lessico comune che segnala i rapporti, invero molto stretti, tra diritto e cultura[100]. Non si spiegherebbe altrimenti come una legge, espressamente orientata alla parificazione degli status filiali, possa recuperare nella titolazione proprio quelle nozioni che mira a superare, denominandosi Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali. L'effetto è, almeno sotto il profilo simbolico, certamente contrad-

---

[98] Pur tra i primi commentatori della legge a metterne in luce anche gli aspetti positivi, può richiamarsi in proposito Stefano Rodotà, *La riforma del diritto di famiglia alla prova*, in *Politica del diritto*, 1975, pp. 676-677.

[99] Il richiamato provvedimento (*Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*) introdusse in Italia, come noto, l'istituto del divorzio, nei fatti *scalfendo* la prospettiva dell'indissolubilità *assoluta* del vincolo matrimoniale, derivante dal matrimonio canonico (anche da un matrimonio canonico *trascritto*). La revisione concordataria del decennio successivo aumentò le preoccupazioni circa una politica ecclesiastica definitivamente scevra dai presupposti su cui si fondava il disposto costituzionale, di cui agli artt. 7 e 8 della Carta medesima. Siffatta preoccupazione veniva correttamente ritenuta eccessiva in Sara Domianello, *Ordine pubblico*, cit., p. 72.

[100] Su questi rapporti, v., per tutti, Salvatore Berlingò, *Bioetica, biodiritto*, cit., p. 10.

dittorio: la legge n. 219 ha perfettamente parificato la filiazione naturale e quella legittima? O mantiene un certo numero di disposizioni speciali per la filiazione naturale, sicché essa si avvicina a quella legittima, ma ne resta normativamente e qualitativamente diversa, per non dire concettualmente e intrinsecamente subordinata?

Di questo avviso, può essere ritenuto l'orientamento critico che ha ritenuto la legge n. 219 espressione di buone e valide intenzioni innovative, ma di strumenti applicativi sin troppo prudenti[101]. In alcuni punti, gli aspetti innovativi paiono realmente interessanti. Talvolta collocandosi nel solco di già consolidati orientamenti giurisprudenziali, ma finalmente svolgendoli in modo più organico. Si prenda in considerazione il testo, modificato, dell'articolo 251 del Codice civile. Non solo perché ad essere modificata è stata anche la rubrica (da Riconoscimento dei figli incestuosi ad Autorizzazione al riconoscimento). Pur con tutta una serie di cautele applicative difficilmente evitabili – stando alla mera valutazione testuale, bisognerebbe considerare la previa autorizzazione del giudice per il riconoscimento del figlio, nonché la valutazione della necessità di evitare ad esso qualunque forma di pregiudizio a seguito del riconoscimento. È abolito il termine incestuosi, che inevitabilmente richiama una certa carica dispregiativa, come si è visto non del tutto estranea al medesimo diritto ecclesiale[102]. Ed è soppressa, con operazione indubbiamente più controversa, l'ignoranza del vincolo di parentela da parte dei genitori.

D'altra parte, il compromesso generale raggiunto al combinato disposto degli artt. 315 e 315 bis del Codice civile sembra in ogni caso rilevante. L'articolo 315 è novellato secondo un criterio molto netto e stringato: tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico. E l'articolo 315 bis dà contenuti non irrilevanti a quello statuto giuridico, finendo, comunque sia, per incorrere in quelle eccezioni di soverchia prudenza poc'anzi ricordate. Si tenga conto, ad esempio, del secondo comma dell'articolo in parola (il figlio ha il diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti). La proclamata parificazione degli stati giuridici della filiazione può, in conclusione, far affermare che le ipotesi di convivenza more uxorio con prole siano famiglie in cui si forma un vincolo parentale pieno, nella linea retta e collaterale? E, di là dai diritti esercitabili in capo ai figli, queste unioni fami-

---

[101] Quanto ad alcuni elementi critici sulla titolazione del provvedimento, vedasi Michele Sesta, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Famiglia e diritto*, 2013, 3, p. 233; sottolineando ancor più decisamente le possibili insoddisfazioni, Leonardo Lenti, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, 4, pp. 201 ss.

[102] Al riguardo, si consenta di rinviare a Salvatore Puliatti, *Incesti crimina*, cit.

liari che tipo di tutela possono vantare nei confronti degli altri consociati o del potere pubblico?

L'altro interrogativo di rilievo è se la riforma della filiazione, nel nome della unitarietà delle diverse qualificazioni ad essa un tempo riconducibili, potrà favorire una pari equiparazione delle diverse forme di unione coniugale. Dal punto di vista eminentemente formale, è facile rispondere negativamente. Forme ancora più incisive di equiparazione degli status della filiazione possono, almeno teoricamente, avvenire in ordinamenti che abbiano, invece, una disciplina limitativa (o del tutto carente) in materia di unioni omosessuali. È chiaro, però, che talune modificazioni normative valgono a segnalare un complessivo ripensamento degli strumenti regolativi, in special modo in materia di diritto di famiglia. Perciò, almeno indirettamente, una nozione di filiazione, più inclusiva e meno orientata all'originario legame costitutivo con l'unione matrimoniale, può contestualmente determinare una implementazione delle forme di unione affettiva civilmente riconosciute.

Come noto, una definizione eminentemente eterosessuale dell'unione matrimoniale è quella di Ulpiano[103]. Nulla questio, sulla premessa generale per cui iustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt coniubium sit. Il legame con un'accezione naturalmente eterosessuale della procreatività emerge con nettezza nel passaggio successivo: et tam masculus pubes quam femina potens sit. Quanto alla manifestazione di volontà atta ad esprimere il consenso è più marcato il debito nei confronti della tradizione romanistica (et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt), in base, cioè, alla capacità giuridica attribuita ai nubendi.

Questo paradigma è stato accolto in fonti autorevoli, cui è tradizionalmente riconosciuta una grande significatività nella tutela dei diritti fondamentali e nell'introduzione di non negoziabili elementi di civiltà giuridica. Una ben poco equivoca presunzione di eterosessualità del matrimonio è, ad esempio, veicolata nell'articolo 16 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e nell'articolo 23 del Patto Internazionale relativo ai diritti civili e politici[104].

I legami tra il matrimonio eterosessuale e la filiazione hanno, però, perso

---

[103] Sull'importanza della *dottrina ulpianea* nella conformazione giuridica del matrimonio, e non solo sull'individuazione legale-formale della sua *eterosessualità*, di interesse Massimo Brutti, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Giappichelli, Torino, II ed., 2011, pp. 210 ss.

[104] Anche se queste opzioni redazionali devono pur sempre essere rilette alla luce del principio di laicità e della distinzione tra (pregorative dell')ordine civile e (prerogative dell')ordine religioso. Sull'influenza delle Convenzioni internazionali nell'enucleazione di questo principio, cfr. Salvatore Berlingò, *Bioetica, biodiritto*, cit., pp. 15-16.

parte della loro esclusività, dal momento che in una convivenza more uxorio omosessuale potrebbero ben essere riconosciuti i figli naturali di uno dei due conviventi, come prima preconizzato. È possibile che sussista un vuoto normativo, in assenza di una legislazione organica sul punto, nel momento in cui ci si trovi a dover definire l'esistenza di rapporti giuridici qualificati, o meno, tra il figlio di uno dei conviventi omosessuali e i parenti dell'altro?

La giurisprudenza costante della Corte EDU ha, del resto, precisato in numerose circostanze che, quando la disparità di trattamento è basata sul sesso o anche sull'orientamento sessuale, il margine di apprezzamento statuale deve essere narrow (stretto, sottile, il più possibile ridimensionato)[105]. La scienza medica non è titolata a rendere universali situazioni giuridiche che universali non sono, ma in una disciplina che prevedesse la possibilità di accesso alla fecondazione eterologa, sembrerebbe da potersi censurare la normativa statuale che finisse per estrometterne le coppie omosessuali. Le sentenze della Cedu non sono munite di poteri sullo Stato contraente – eccezion fatta la condanna al risarcimento del danno[106], ma l'utilizzo delle loro risultanze è sempre più frequente nelle giurisdizioni nazionali. Prima di analizzare altri casi in cui, inevitabilmente, le norme giuridiche, nella loro applicazione, necessitano di un maggiore sforzo intepretativo, anche a causa dell'innegabile progresso medico, è opportuno concentrarsi sui principi generali ricavabili dall'esempio proposto.

A dispetto di quanto si sia osservato, lamentando l'eccessiva prudenza del giudice costituzionale, in più parti e da più direzioni, la posizione della Corte costituzionale italiana non è sembrata priva di argomenti. È noto, infatti, che la Corte ha, sì, ritenuto costituzionalmente legittima la scelta di accordare solo a coppie eterosessuali il diritto di contrarre matrimonio, ma ha contestualmente considerato come le unioni omosessuali stabili siano formazioni sociali rientranti nell'alveo dell'art. 2 della Costituzione (in merito, cfr. la discussa, e già ricordata, C. Cost. n. 138/2010[107]). E, se già la prima considerazione è a taluno apparsa, forse eccessivamente, come una limitazione alla libertà matrimoniale, può comunque sostenersi che la disci-

---

[105] La tesi in commento è ricostruita, in calce a un caso concreto, in Carmelo Danisi, *Kozac c. Polonia: difesa della famiglia e discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale*, in *http://www.forumcostituzionale.it*.

[106] Ritorna sulla probabile inadeguatezza del suesposto meccanismo Giuseppe Casuscelli, *Convenzione europea, giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo e sua incidenza sul diritto ecclesiastico italiano*, cit.

[107] Sulla quale, pur sollevando criticità non riprodotte nel testo, v. Andrea Pugiotto, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/10: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *http://www.forumcostituzionale.it.*

plina del matrimonio non deve, né può essere ritenuta l'unica forma giuridicamente stabile di relazione affettiva, improntata a vincoli di solidarietà sociale. Il matrimonio in quanto tale, ai sensi del disposto costituzionale, potrebbe costituire, al più, l'unico possibile fondamento della famiglia di cui all'articolo 29 della Costituzione, ma il legislatore costituente non ha escluso la fondamentale rilevanza anche di altre formazioni sociali. E né può tacersi come, in sede di lavori dell'Assemblea, l'accezione giuridica di matrimonio tenuta ferma non potesse che essere quella risultante dal diritto concordatario, dalla comune regolamentazione civilistica e dal diritto unilaterale statale (speciale)[108]. Ciò non implica che si prevedesse di ostacolare l'evoluzione della disciplina matrimoniale, lasciando immutato il quadro legislativo di riferimento, invece modificatosi tanto in via bilaterale, quanto unilaterale.

Ecco perché nel valutare circostanziatamente le convivenze more uxorio, omo – ed etero – sessuali, che pure a talune preoccupazioni possono prestarsi (stabilità, durevolezza, armonia, ecc.), non sembra conferente voler far leva sull'articolo 29 della Costituzione. Perché esso conferisce garanzia costituzionale ad una speciale forma di convivenza giuridicamente riconosciuta, ma non contiene divieti e limitazioni nei confronti di forme ulteriori e diverse di convivenza[109].

Come è stato, inoltre, opportunamente osservato, ed è ormai generalmente riconosciuto, la convivenza può realizzarsi anche in caso di limitata o assente coabitazione. Non solo, perciò, la convivenza è diversa dalla coabitazione, ma non tutte le convivenze possono essere valutate allo stesso modo. Per quel che qui rivela, ad esempio, non si potrà valutare allo stesso modo una convivenza domestica contraddistinta da frequenti litigi o, peggio, quotidiane scene di violenza, e una convivenza sostanzialmente pacifica ed armoniosa. Suscitò perplessità che una pronuncia della Corte di Cassazione avesse riconosciuto l'affido esclusivo ad una madre, convivente in una relazione omosessuale, valutandolo ben preferibile rispetto agli episodi di violenza, addebitati al padre[110]. In casi del genere, però, le soluzioni ultimati-

---

[108] La presente ipotesi ricostruttiva è presa in considerazione in Ilenia Massa Pinto, *Diritto costituzionale e tradizione: a proposito della famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio"*, in *http://www.forumcostituzionale.it.*

[109] Opinione, in parte, diversa sulla garanzia costituzionale delle diverse forme di convivenza trovasi in Antonio Ruggeri, *"Famiglie" di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?*, in *http://www.rivistaaic.it*.

[110] Torna sulla questione Ilaria Bedeschi, *L'ambiente omosessuale non è dannoso per il minore*, in *http://www.personaedanno.it*; ben diverso avviso è difeso, in riferimento alla ricordata pronuncia, in Francesco Ruscello, *Quando il pregiudizio… è nella valutazione del pregiudizio! A proposito dell'affidamento della prole alla madre omosessuale*, in *Famiglia e Diritto*, 2013, 6, pp. 570 e ss.

ve sono da evitare e il giudice dovrà cercare di valutare nella singola fattispecie sottoposta alla sua attenzione la migliore garanzia a favore della crescita della prole. Senza pregiudizi di alcun tipo nei confronti dell'orientamento sessuale e, semmai, verificando in che modo esso sia effettivamente vissuto dal genitore affidatario e dal figlio con esso convivente.

È, ora, possibile tornare all'esempio proposto in materia di fecondazione medicalmente assistita, da cui aveva tratto le mosse questa osservazione sulla spesso invocata pariteticità dei diritti esercitabili tra coniugi e conviventi.

La legislazione italiana è stata larghissimamente rimodulata dagli interventi giurisprudenziali ed è pienamente da convalidare quella dottrina che osserva uno scarto notevole tra l'attuale testo della Legge 19 Febbraio 2004, n. 40, e l'originaria formulazione delle disposizioni[111].

La ratio di quella legge, dal punto di vista ordinamentale, era comprensibile, perché interveniva a disciplinare l'accesso a delle pratiche che si erano evidentemente diffuse già alcuni anni prima dell'approvazione del testo legislativo. Ed è questa sempre più costante dei rapporti tra la medicina e il diritto, tra la chimica e il diritto… tra le scienze naturali e il diritto. Nel momento in cui è perfezionato l'intervento legislativo, la pratica finalmente regolamentata o da tempo si manifestava senza alcuna disciplina positiva di riferimento, o è, a propria volta, irrimediabilmente cambiata. Basti ricordare i problemi applicativi che crea la regolamentazione attuativa della legislazione relativa al contrasto dell'uso di stupefacenti, quando sul mercato illegale le sostanze psicotrope si moltiplicano e cambia, anche radicalmente, la loro struttura chimica[112].

Senonché il modo in cui la legge n. 40/2004 ha colmato la ricordata lacuna è sembrato conseguenza di un approccio tendenzialmente negativistico alle nuove tecniche procreative. Con effetti, a volte, contraddittori. Pur senza volere aderire alle numerose critiche subite dal testo legislativo in parola, alcuni rilievi si sono dimostrati fondati. Ad esempio, il mancato accesso alla procreazione medicalmente assistita, qualora si fosse reso necessario l'utilizzo di gameti esterni alla coppia, rendeva paradossalmente beneficiaria delle nuove pratiche mediche soltanto la coppia con i problemi fisici meno

---

[111] Al punto che parte della dottrina inizia a valutare la disciplina sulla fecondazione assistita come nuovamente interessata alla mancanza di una legislazione organica. Così, EMANUELE ROSSI, *In assenza di una legge. La battaglia sulla legge 40 (2004) e un quadro normativo incoerente*, in *il Regno-Attualità*, 2015, 1, pp. 15-22.

[112] Il rilievo vale a rimarcare l'imperizia dell'azione dell'esecutivo, ad avviso di FRANCESCO VIGANÒ, *Droga: il governo corre ai ripari con un d. l. sulle tabelle, ma la frittata è fatta (e nuovi guai si profilano all'orizzonte…)*, in *http://www.penalecontemporaneo.it*.

gravi[113]. Cioè, quella fisicamente idonea a conseguire il fine procreativo a prescindere dal ricorso a gameti esterni alla coppia medesima. Questa conseguenza era giustificata, ancora una volta, ricorrendo alla disciplina e alla tutela della filiazione, evitando la divaricazione tra genitorialità biologica e genitorialità sociale. E, se questo aspetto poteva essere ritenuto condivisibile, nella formulazione della legge era meno riuscito il tentato bilanciamento tra il contenuto dell'articolo 13 (relativo alla protezione e alla "salute" dell'embrione) e quello dell'articolo 14 (che, invece, e giustamente, rimarcava l'utilizzo della ricerca a beneficio della collettività)[114]. Nella ricerca e nello studio sugli embrioni, deve prevalere la considerazione dell'embrione come autonomo centro di imputazione di situazioni giuridiche o la salvaguardia della valenza generale della ricerca stessa, a beneficio della salute collettiva?

La legge n. 40/2004 fu sottoposta a referendum parzialmente abrogativo, per altro verso su molti dei punti, poi, emendati dalla giurisprudenza[115]. In quella circostanza sarebbe stato auspicabile il raggiungimento del quorum previsto per la consultazione, a prescindere dal suo esito e ad indicare una diffusa partecipazione democratica della cittadinanza. E, in ossequio alle medesime ragioni, è oggi auspicabile che il legislatore si assuma la responsabilità di sostituire un testo normativo, nei confronti del quale l'esercizio del riformismo è avvenuto al di fuori della legittimazione popolare. Se le leggi devono essere applicate, interpretate, in modo vincolante e in una sola maniera, o sottoposte al sindacato di costituzionalità, il ruolo della giurisdizione è inquestionabile. Per integrarle, modificarle o sostituirle con nuovi provvedimenti legislativi, è necessario, invece, l'intervento di chi detiene il correlato potere.

D'altra parte, nel dibattito sulle nuove frontiere delle filiazione, le acquisizioni della scienza medica ora vanno implementando le potenzialità procreative, ora rischiano di generalizzare la differenza e l'incomponibilità tra la genitorialità biologica e quella naturale.

È necessario che la discussione sia condotta con equilibrio. Si possono contestare gli strumenti diagnostici preimpianto (che pure molte incognite

---

[113] E tale sarebbe la caratteristica di tutte le legislazioni nazionali basate sul medesimo principio. V., ad esempio, giungendo a conclusioni sostanzialmente non dissimili, Lorenza Violini, *Fecondazione assistita e divieto di discriminazione davanti alla Corte di Strasburgo: un caso discutibile*, nei *Quaderni Costituzionali*, 2010, 3, p. 635.

[114] Ritorna sui limiti del difficile *bilanciamento*, solo in parte conseguito dalla legge in commento, Antonio Gorgoni, *Famiglia e matrimonio*, cit., p. 274.

[115] Alcuni elementi sulla *singolare* convergenza tra le materie ove è avvenuta l'astensione del *corpo elettorale* e quelle in cui è intervenuta un'assertiva giurisprudenza costituzionale, e di merito, in Emanuele Rossi, *In assenza di una legge*, cit.

hanno), ma è meno attendibile farlo sulla base di una loro presunta riconducibilità a pratiche eugenetiche, dalle quali sono strutturalmente divergenti[116]. Il ricorso all'eugenetica rimanda a fasi storiche cruenti e a mezzi per conseguire la selezione dei geni molto diversi e più gravi della diagnosi preimpianto.

Può sostenersi, e con un certo pessimismo, per fortuna non sempre fondato, che l'esito delle attività diagnostiche preimpianto influenzi l'assunzione, o meno, della responsabilità genitoriale. Ma, nella dottrina che ha più spesso contestato la legge italiana in materia di fecondazione medicalmente assistita, sussiste un quesito meritevole di essere riproposto[117]. A tutte le sensibilità presenti nel contesto sociale e a tutte le istanze variamente rappresentate nell'ordinamento giuridico. Confessionali, partitiche, ideologiche, scientifiche… v'è coerenza logica, in un sistema dove la diagnosi preimpianto sia impedita a tutela dell'integrità dell'embrione, ma siano poi consentiti la diagnosi prenatale e, magari a seguito d'essa, l'aborto? Non si porrebbero anche questi ultimi a detrimento di un interesse consimile, ma in uno stadio più avanzato di sviluppo della vita prenatale? In un ordinamento siffatto, il generale rifiuto della diagnostica preimpianto può assumere carattere paradossale.

Per sostenere le istanze che oggi si confrontano – la tutela della vita umana sin dal concepimento e la libertà della ricerca scientifica, specificamente orientata al miglioramento della salute e delle condizioni di vita – non possono essere ammesse scorciatoie. Farsi scudo, nell'uno o nell'altro caso, nell'uno o nell'altro fronte, delle modificazioni che potrebbero imprimersi alle nozioni di procreatività e genitorialità, ha dimostrato di non riuscire a produrre un più condiviso approdo al perfezionamento degli istituti giuridici richiamati.

Sarebbe illusorio ritenere che alla crisi di senso, determinata dalla divaricazione tra le disposizioni civilistiche e i principi canonici, possa seguire ex se, e senza alcuno sforzo interpretativo, una rinnovata comunione di intenti, finalizzata alla reciproca accettazione, tra il diritto statuale e quello ecclesiale, delle rispettive tipicità. È ancora tutto da individuare (e non è escluso che possa non individuarsi) il modo in cui le influenze del sistema canonistico su quello civile e l'evoluzione privatistica, in disaccordo coi principi canonici, potranno riuscire a determinare conseguenze migliorative in entrambi gli ordinamenti. L'incertezza attuale sul modo di definire, tutelare e disciplinare

---

[116] Il rilievo è riproposto in Lorenza Violini, *Fecondazione assistita*, cit., p. 635.

[117] Di interesse, ancora, Antonio Gorgoni, *Famiglia e matrimonio*, cit., p. 274.

la famiglia[118] non appare, però, ragione sufficiente per non orientare ricerche future in direzione di impegni e significati comuni[119].

[118] Un *disagio* risalente per la dottrina più avvertita. Cfr. Diana R. Garland, *Family Ministry*, II ed., IVP, Downers Grove, 2012, p. 54; Xavier Labbée, *Condition juridique du corps humain. Avant la naissance et après la mort*, Septentrion, Villenueve d'Ascq, 2012, p. 299; Martha Minow, *Redefening Families: Who's In and Who's Out*, in Karen V. Hansen, Anita Ilta Garey, eds., *Families in the US. Kinship and Domestic Politics*, Temple University Press, Philadelphia, 1998, pp. 7 ss.;

[119] Ad esempio, sulle risultanze dell'attività medico-scientifica ai fini processuali, cfr. Andrea Zanotti, *L'incidenza della scienza medica nella giurisprudenza rotale*, in Aa. Vv., *La giurisprudenza della Rota Romana sul matrimonio (1908-2008)*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2010, pp. 19-39; sul riequilibrio tra esigenze di tutela e di economia processuale, Michele Angelo Lupoi, *Il nuovo assetto procedimentale della separazione facile e del divorzio breve*, in Paolo Morozzo della Rocca, a cura di, *Le nuove discipline della separazione e del divorzio*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2015, pp. 22-23; sulla possibile valenza solidaristica dell'educazione religiosa, Michele Bertani, *Famiglia e politiche familiari in Italia. Conseguenze della crisi e nuovi rischi sociali*, Franco Angeli, Milano, 2015, p. 147; allargando le prospettive al pluralismo religioso caratteristico della società multiculturale, Patrizia Palermo, *Parità coniugale e famiglia multiculturale in Italia*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2012, pp. 1866 ss.

Considerazioni canonistiche sul divieto di bis in idem. *(La conformità equivalente sopravvive alla riforma del processo di nullità matrimoniale)*

Pietro Lojacono

1. *Il divieto di* bis in idem *e la riproposizione della «medesima causa»*

La fattispecie in esame appare non priva di interesse, in quanto connotata da alcune significative peculiarità connesse con la (complessa) problematica concernente la conformità sostanziale dei capi di nullità ed il conseguente divieto di riproporre un'istanza su cui si sia già avuta una pronuncia giudiziale: da qui l'opportunità di svolgere alcune riflessioni, riflessioni che, ovviamente, devono essere precedute da una, seppur rapida, descrizione della fattispecie stessa.

Il Sig. XY, con libello presentato in data 09/03/2011 al Tribunale Ecclesiastico Regionale Siculo (d'ora in avanti indicato come T.E.R.S.), chiedeva che venisse dichiarata la nullità del matrimonio contratto con la Sig.ra WZ: il *caput nullitatis* addotto dall'attore, e recepito dal Presidente del Collegio giudicante in sede di concordanza del dubbio, era «incapacità ad assumere gli oneri coniugali da parte dell'uomo *ex* can. 1095 n. 3 C.D.C.»; la convenuta dichiarava di opporsi alla richiesta attorea e, essendo sprovvista di mezzi economici, otteneva dal Presidente del Collegio l'ammissione al patrocinio gratuito, nonché, conseguentemente, la nomina di un avvocato d'ufficio. Espletata l'istruttoria ed effettuata la fase dibattimentale, la causa andava in decisione: in data 19/04/2013 il Collegio respingeva l'istanza dell'attore, dichiarando «non consta la nullità di questo matrimonio»; avverso siffatta decisione non veniva esperito alcun mezzo di impugnazione.

In data 24/01/2014 il Sig. XY presentava al T.E.R.S. una nuova istanza, chiedendo la declaratoria di nullità del proprio matrimonio «Per difetto di discrezione di giudizio da parte dell'attore, *ex* can. 1095, 2° C.D.C. del 1983». La convenuta chiedeva nuovamente la concessione del gratuito patrocinio: l'istanza trovava accoglimento, sicché veniva nominato Patrono lo stesso legale che aveva svolto l'attività difensiva nel primo giudizio.

Il Patrono della convenuta, presa visione del libello, chiedeva formal-

mente che venisse stabilita l'udienza di concordanza del dubbio: la richiesta veniva accolta, sicché in data 17 luglio 2014 si procedeva alla contestazione della lite. In sede di *litis contestatio* il Patrono della convenuta chiedeva che il capo proposto dalla parte attrice non venisse concordato in quanto, a suo giudizio, sostanzialmente coincidente con quello deciso negativamente nel precedente giudizio: la nuova istanza, concludeva il legale, integrava, pertanto, un inammissibile *bis in idem*.

Il Ponente (siffatta qualifica identifica, è noto, il giudice che all'interno del tribunale collegiale – ai sensi della vigente normativa canonica le cause di nullità matrimoniale devono essere decise, ordinariamente, da un collegio composto da tre membri, potendo essere sottoposte ad un giudice monocratico soltanto in caso di impossibilità di costituire il predetto organo collegiale, impossibilità che va valutata dal vescovo diocesano[1] – svolge l'istruttoria, nonché pone in essere ulteriori adempimenti, soprattutto nell'ambito della fase decisoria)[2] accoglieva la richiesta *de qua* e, con Decreto del 17 luglio 2014, dichiarava il *caput* non concordabile. Avverso siffatta decisione il Patrono dell'attore proponeva questione incidentale[3] innanzi al Collegio: il Collegio, con Decreto del 19 dicembre 2014, respingeva l'incidentale, ribadendo la piena legittimità del Decreto del Ponente.

---

[1] Il can. 1673, §3, del *C.I.C.*, così come novellato dal recentissimo *Motu proprio Mitis iudex Dominus Iesus* (15 agosto 2015) con cui il Pontefice ha riformato la disciplina del processo matrimoniale, stabilisce che «Le cause di nullità del matrimonio sono riservate a un collegio di tre giudici»; il §4 precisa che «Il Vescovo Moderatore, se non è possibile costituire il tribunale collegiale…., affidi le cause a un unico giudice chierico che, ove sia possibile, si associ due assessori di vita specchiata, esperti in scienze giuridiche o umane, approvati dal Vescovo per questo compito»; pressoché identico il disposto del can. 1359, §§3 e 4, del *C.C.E.O.*, così come riformato dal *Motu proprio Mitis et misericors Iesus* (15 agosto 2015); entrambi i provvedimenti possono essere consultati su www.vatican.va. Antecedentemente alla riforma la materia era regolata dal can. 1425, §§1, n.1, e 4, del *C.I.C.*, ove, dopo essersi stabilito che le cause concernenti il vincolo matrimoniale dovessero essere trattate da un tribunale collegiale composto da tre giudici, si prevedeva che in caso di impossibilità di costituire il predetto tribunale collegiale la Conferenza Episcopale potesse autorizzare la trattazione da parte di un giudice monocratico (inderogabilmente chierico); era analoga la disciplina dettata dal can.1084, §§1 e 3, del *C.C.E.O.*
D'ora in avanti i canoni individuati soltanto attraverso il loro numero, senza alcuna altra indicazione specifica, saranno quelli contenuti nel *C.I.C.*; relativamente alla normativa orientale, si farà invece esplicita menzione, attraverso l'acronimo, del *Codex* di riferimento.

[2] Sulla figura e sui compiti del Ponente, cfr., oltre a quanto disposto dai due *Motu proprio* del 15 agosto 2015, il can. 1429, nonché l'art. 47 dell'Istruzione *Dignitas Connubii*. Cfr. anche i cann. 1085, §2, e 1091, §§2-4, del *C.C.E.O.*

[3] Com'è noto, le cause incidentali hanno per oggetto le questioni che, pur non essendo ricomprese nella domanda che ha dato luogo all'instaurarsi del processo, si pongono in rapporto di pregiudizialità rispetto a quest'ultima, sicché devono essere definite antecedentemente alla decisione della questione principale. Sulla natura della questione incidentale e sulle modalità attraverso cui la stessa va decisa, cfr. i cann. 1587-1591 e, soprattutto, gli artt. 217-228 della *Dignitas Connubii*. Per il diritto canonico orientale, cfr. i cann. 1267-1271 del *C.C.E.O.*

La fattispecie testé descritta concerne, lo si è già evidenziato, una tematica alquanto complessa, cioè quella concernente la possibilità che un capo di nullità non venga ammesso a trattazione perché ritenuto sostanzialmente coincidente con un'altra fattispecie che sia già stata oggetto di giudizio: ciò, nonostante il *nomen iuris* del nuovo capo sia diverso da quello invocato nel precedente processo.

Un principio accolto dalla generalità degli ordinamenti giuridici prevede, infatti, che la stessa causa non possa essere trattata due, o più, volte nello stesso grado di giudizio. La normativa processuale canonica ha sancito esplicitamente questo principio in ordine alle cause di nullità matrimoniale: inequivoci appaiono, invero, gli artt. 9, § 2, e 289, §§ 2 e 3, dell'Istruzione *Dignitas Connubii* (d'ora in avanti indicata come *D.C.*), ove l'impossibilità di trattare più volte la medesima fattispecie nello stesso grado di giudizio è classificata tra le ipotesi di incompetenza assoluta del giudice[4].

Il principio *de quo* era già presente, in realtà, all'interno dell'ordinamento canonico quale logico corollario delle regole generali concernenti la ripartizione della competenza a giudicare, sicché le predette statuizioni della *D.C.* devono considerarsi dichiarative e non costitutive[5]. Non a caso, antecedentemente all'emanazione della *D.C.*, il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica (in una nota *Declaratio* del 3 giugno 1989) aveva rilevato come nel caso in cui un giudizio di nullità matrimoniale si fosse concluso nel primo grado con una sentenza definitiva «etiamsi negativa», l'unica possibilità di trattare nuovamente la causa nello stesso grado dipendesse dalla proposizione e dall'accoglimento di una querela di nullità avverso la pronuncia[6]:

---

[4] L'art. 9, §2, della *D.C.*, nel classificare le ipotesi di incompetenza assoluta dell'organo giudicante, definisce «in ragione del grado di giudizio» l'incompetenza da cui è affetto il giudice «se la stessa causa, dopo che è stata emessa una sentenza definitiva, è trattata nuovamente nella medesima istanza»; l'art. 289, §2, ribadisce che una causa di nullità matrimoniale che sia stata decisa «non può mai essere giudicata nuovamente dallo stesso o da un altro tribunale di pari grado»; il §3 puntualizza che l'operatività di siffatta preclusione è condizionata al fatto che si tratti della «stessa causa», cioè di un giudizio che concerna il «medesimo matrimonio» ed il «medesimo capo di nullità».

[5] Cfr. Joaquín Llobell, *I tentativi di conciliazione, gli elementi sostanziali del libello di domanda e l'incidenza sul medesimo del concetto di* «conformitas aequipollens» *fra i capi di «accusa» nelle cause di nullità del matrimonio*, in *Ius Ecclesiae*, 2003, p. 650. Cfr. anche Miguel Ángel Ortiz, *La potestà giudiziale in genere ed i Tribunali (artt. 22-32)*, in Aa.Vv., *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'Istruzione "*Dignitas Connubii*"*, p. II, *La parte statica del processo*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2007, pp. 75 ss.

[6] Cfr. Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, *Declaratio de foro competenti in causa nullitatis matrimonii post sententiam negativam in prima instantia latam* (3 giugno 1989), in *A.A.S.*, 1989, p. 989, secondo cui, una volta definita la causa di nullità matrimoniale con una pronuncia definitiva che abbia dichiarato la validità del vincolo, «*Eadem causa nullitatis matrimonii* [il corsivo è nostro: *n.d.a.*]…iterum in eadem instantia pertractari nequit, nisi forte agatur de querela nullitatis».

al di fuori di siffatta ipotesi sussiste l'incompetenza assoluta di qualunque tribunale di prima istanza, giacché la cognizione della vicenda processuale è riservata esclusivamente al tribunale di secondo grado[7]; da qui la nullità insanabile della eventuale seconda sentenza di primo grado[8].

Stante l'incontestabile esistenza del divieto di *bis in idem*, divieto presente implicitamente nella disciplina codiciale e sancito esplicitamente dalla summenzionata *Declaratio* della Segnatura, nonché dalle disposizioni della *D.C.* testé richiamate, si potrebbe ritenere che sia praticamente impossibile far sì che la medesima vicenda processuale venga affrontata più di una volta nello stesso grado: in realtà, la vicenda che ha dato origine al presente lavoro dimostra che è possibile che una delle parti (di regola, ovviamente, quella attrice) cerchi di attuare un *bis in idem* assumendo quale oggetto del secondo giudizio un capo di nullità diverso, quanto al *nomen iuris*, da quello in precedenza respinto.

Diviene così decisivo stabilire quale sia l'effettivo significato della locuzione «eadem causa»[9] con riferimento alla quale è sancito il divieto di *bis in idem*: occorre accertare, cioè, se, come ha ritenuto il T.E.R.S., nonostante la diversa denominazione dei *capita nullitatis* sia possibile affermare comunque la coincidenza sostanziale tra i due giudizi; o se, invece, l'indicazione di un motivo di nullità nominalmente diverso impedisca, perciò stesso, di individuare una riproposizione della «medesima causa».

2. *Legittimità dell'applicazione «estensiva» della conformità per equivalenza*

Il *Codex Iuris Canonici* del 1983 – nel regolamentare la formazione del giudicato conseguente all'esistenza di una *duplex sententia conformis*[10], o,

---

[7] Cfr. Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, *Declaratio…*, cit., pp. 989 s., ove si afferma che dopo che la causa è stata decisa in primo grado qualunque organo giudicante di prima istanza è affetto da incompetenza assoluta, eccepibile da chiunque vi abbia interesse o rilevabile di ufficio dal giudice adito.

[8] Cfr. Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, *Declaratio…*, cit., p. 990, secondo cui «nova sententia forte lata insanabiliter nulla habenda est, neque umquam exsecutioni mandari potest». Cfr. anche *coram* Alwan, *Moronen.*, 25 febbraio 2003, in *Ius Ecclesiae*, 2003, pp. 741 ss. (con nota di Joaquín Llobell), che dichiara la nullità insanabile di una sentenza a motivo dell'incompetenza, *ratione gradus*, dell'organo giudicante. In dottrina, cfr., per tutti, Miguel Ángel Ortiz, *op.cit.*, p. 81.

[9] Cfr. *supra*, alle note nn. 4 e 6.

[10] Cfr. il can. 1641, che individua le ipotesi in cui la verità processuale deve ritenersi, in linea di principio, irrreformabile. Sostanzialmente identico il can. 1322 del *C.C.E.O.* Sulla inderogabilità del principio della doppia conforme (oggi superato, relativamente all'esecutività delle sentenze dichiarative della nullità del matrimonio, dalla recentissima riforma disposta dal Pontefice), cfr.,

quantomeno, nel caso delle pronunce concernenti lo stato delle persone, l'attribuzione dell'esecutività[11] – ritiene che due vicende processuali siano coincidenti qualora sussista identità tra i seguenti elementi: le parti; il *petitum*; le motivazioni poste a base della decisione[12]. La *D.C.*, nel ribadire il divieto di trattare due volte la medesima causa nello stesso grado di giudizio, ha puntualizzato che siffatto divieto deve ritenersi applicabile soltanto se si tratti del medesimo matrimonio e del medesimo capo di nullità[13].

L'Istruzione sembrerebbe così, *prima facie*, aver escluso che possa ravvisarsi l'«eadem causa» qualora si sia in presenza di capi di nullità provvisti di un diverso *nomen iuris*. Non va trascurato, però, che, sia pure con riferimento specifico all'individuazione della cd. doppia sentenza conforme, la *D.C.* ha formalizzato la distinzione, elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, soprattutto rotale, tra le pronunce conformi sotto il profilo formale e quelle conformi sotto il profilo sostanziale (cd. conformità equivalente)[14]:

---

in dottrina, per tutti, Salvatore Berlingò, *Giudicato, V), Diritto canonico*, in *Enc. giur.*, vol. XV, Treccani, Roma, 1989, pp. 1 ss. ed ivi ampia bibliografia. Cfr. anche Enrico Paleari, *Il principio della doppia sentenza conforme nel processo canonico di stato*, Giuffrè, Milano, 1964, *passim*. In giurisprudenza, cfr. Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, *Responsio* (1 febbraio 1990), in *A.A.S.*, 1992, pp. 549 s.

[11] Cfr. il can. 1643, che, com'è noto, recita: «Le cause sullo stato delle persone, non escluse le cause per la separazione dei coniugi, non passano mai in giudicato». Ne riproduce il disposto il can. 1324 del *C.C.E.O.*

[12] Cfr. il can. 1641, n.1, secondo cui il giudicato si forma «se tra le medesime parti ci furono due sentenze conformi sulla stessa richiesta e per lo stesso motivo». Pressoché identico il can. 1322, n. 1, del *C.C.E.O.*

[13] Cfr. il disposto dell'art. 289, §3, della *D.C.* riportato *supra*, alla nota n. 4.

[14] Cfr. l'art. 291 della *D.C.* Sul processo attraverso cui la giurisprudenza, soprattutto rotale, è giunta all'elaborazione della nozione di conformità equivalente, cfr. Joaquín Llobell, *Note sulla congruenza e la conformità delle sentenze di nullità del matrimonio*, in *Ius Ecclesiae*, 1990, pp. 552 ss. (nota a *coram* Palestro, *Lugdun. seu Gratianopolitana*, 31 gennaio 1990), ove, alla luce della normativa allora vigente, si esprimono alcune perplessità circa l'effettiva legittimità della conformità per equivalenza; Id., *Verità e giudicato. La riformulazione del concetto di appello canonico*, in Aa.Vv., *Verità e definitività della sentenza canonica*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1997, p. 57; Id., *Il concetto di conformità equivalente alla luce dell'art. 291 della «*Dignitas Connubii», in Aa.Vv., *Verità del consenso e capacità di donazione. Temi di diritto matrimoniale e processuale canonico* (a cura di Héctor Franceschi- Miguel Ángel Ortiz), Edusc, Roma, 2009, pp. 511 ss.; Sebastiano Villeggiante, *La conformità equivalente delle sentenze affermative nel processo canonico di nullità matrimoniale*, in *Monitor ecclesiasticus*, 1998, pp. 295 ss.; Antoni Stankiewicz, *La conformità delle sentenze nella giurisprudenza*, in Aa.Vv., *La doppia conforme nel processo matrimoniale. Problemi e prospettive*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2003, pp. 147 ss.; Grzegorz Erlebach, *Problemi di applicazione della conformità sostanziale delle sentenze*, in Aa.Vv., *Verità del consenso….*, cit., pp. 479 ss.; Pedro A. Moreno, *La conformità delle sentenze nell'Istruzione "*Dignitas Connubii*"*, in *Ius Ecclesiae*, 2011, pp. 627 ss. Cfr. anche Luigi Del Giudice, *Novità nella giurisprudenza rotale di rito in tema di conformità «equivalente» delle sentenze*, in *Ius Ecclesiae*, 1995, pp. 656 ss. (nota a *coram* Stankiewicz, *Teramen.*, 22 marzo 1994); Francesco Pappadia, *Alcune note in tema di sviluppi storici dell'istituto della conformità sostanziale delle sentenze*, *ibidem*, 2008, pp. 547 ss. (nota

le prime sono contraddistinte dall'identità dei tre elementi menzionati dal Codice – le stesse parti, lo stesso matrimonio, lo stesso *caput nullitatis* –, nonché dalla circostanza di essere fondate, in diritto e in fatto, sulle stesse motivazioni[15]; le seconde sono connotate dal fatto di concernere le stesse parti e lo stesso vincolo nuziale, nonché di essere basate su capi di nullità che, pur essendo denominati in modo diverso, si fondano sui medesimi fatti e sui medesimi dati probatori; la circostanza che i giudici, nell'esercizio del loro libero convincimento, abbiano qualificato in modo diverso la stessa fattispecie concreta non muta l'identità sostanziale del fondamento dell'invalidità del matrimonio[16].

---

a *coram* Boccafola, *Praenestina*, 23 febbraio 2006); Elena Di Bernardo, *Conformità delle sentenze quale "responsabilità" condivisa. Il giudizio di conferma ed il giudizio sulla conformità nelle cause matrimoniali*, in *Apollinaris*, 2009, pp. 563 ss.
In giurisprudenza appaiono particolarmente significative, al fine di individuare le tappe della progressiva enucleazione della nozione *de qua*, le seguenti pronunce: *coram* Jullien, *Mediolanen.*, 7 dicembre 1946, in *S.R.R. Dec.*, vol. XXXVIII, dec. 59, n. 9, pp. 597 s.; *coram* Mattioli, *Romana*, 27 febbraio 1956, *ibidem*, vol. XLVIII, dec. 41, nn. 3 e 8, pp. 181-183 e 191; *coram* Mattioli, *Osloen.*, 4 dicembre 1957, *ibidem*, vol. XLIX, dec. 208, nn. 8 e 9, pp. 806 s.; *coram* De Jorio, *Leodien.*, 13 maggio 1964, *ibidem*, vol. LVI, dec. 67, n. 2, pp. 353 s.; *coram* Lefebvre, *Romana*, 22 luglio 1972, *ibidem*, vol. LXIV, dec. 219, nn. 7 e 19, pp. 497 e 500; *coram* De Jorio, *Pittsburgen.*, 14 marzo 1973, *ibidem*, vol. LXV, dec. 55, nn. 5 e 13, pp. 251 e 257; *coram* Serrano, *Bononien.*, 24 ottobre 1986, nn. 3-8, in *Monitor ecclesiasticus*, 1989, pp. 284-291; *coram* Stankiewicz, *Teramen.*, 22 marzo 1994, nn. 6-9, in *Ius Ecclesiae*, 1995, pp. 649-651 (con nota di Luigi Del Giudice, cit.).

[15] Cfr. l'art. 291, §1, della *D.C.*, ove si stabilisce che due pronunce si considerano «formalmente conformi se sono state pronunciate tra le medesime parti, sulla nullità del medesimo matrimonio e per il medesimo capo di nullità, nonché in virtù delle medesime motivazioni in diritto e in fatto».

[16] Cfr. l'art. 291, §2, della *D.C.*, secondo cui si reputano «equivalentemente, ossia sostanzialmente, conformi le decisioni che, benché indichino e determinino il capo di nullità con una diversa denominazione, tuttavia si fondano sui medesimi fatti che hanno causato la nullità del matrimonio e sulle medesime prove». Va sottolineato che il riconoscimento normativo della legittimità della conformità sostanziale è stato definito dalla dottrina «l'innovazione più consistente», o «più rilevante», o «più importante» apportata dalla *D.C.* alla disciplina del processo di nullità matrimoniale: cfr. Giovanni Maragnoli, Dignitas Connubii*: una nuova "Istruzione" della Santa Sede sui processi canonici di nullità del matrimonio*, in *Iustitia*, 2005, p. 248; Gian Paolo Montini, *L'istruzione* Dignitas connubii *sui processi di nullità matrimoniale. Una introduzione*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 2005, p. 352, ove, pur rammentando l'origine giurisprudenziale della conformità equivalente, si sottolinea che «la proposizione di questo istituto in un testo normativo ne diffonderà la conoscenza, l'applicazione e, insieme, le difficoltà interpretative e le incertezze procedurali»; Id., *Alcune questioni processuali intorno alla decretazione di conformità equivalente*, in *Periodica de re canonica*, 2006, p. 483.
Per una efficace esposizione sintetica della nozione di conformità sostanziale, cfr. Paolo Moneta, *La nuova trattazione della causa matrimoniale*, in *Ius Ecclesiae*, 1991, pp. 488-490. In giurisprudenza, cfr., per tutte, *coram* Serrano, *Bononien.*, 24 ottobre 1986, cit., n. 5, p. 286, ove si afferma che la conformità per equivalenza si basa «ex iisdem comprobatis factis, quamvis differant nomina iuris»; *coram* Bruno, *Romana*, 24 febbraio 1989, n. 4, in Aa.Vv., *Verità e definitività…*, cit., p. 213, che stabilisce che «ad habendam conformitatem sententiarum sufficit ut causa petendi, a iudicibus admissa et perpensa, in iisdem factis fundetur et tantum diversa via probationis fulciatur». Cfr. anche *coram* Palestro, *Lugdun. seu Gratianopolitana*, 31 gennaio 1990, in *Ius Ecclesiae*, 1990, pp. 543 ss. (con nota di Joaquín Llobell, cit.).

Autorevole dottrina ha rilevato come in tal modo l'Istruzione da un lato, abbia reso più rigoroso l'accertamento della conformità tra le sentenze, richiedendo oltre all'identità delle parti, del *petitum* e della *causa petendi* anche la coincidenza delle motivazioni; dall'altro, lo abbia agevolato, introducendo la nozione di conformità sostanziale configurabile anche in presenza di capi di nullità contrassegnati da un diverso *nomen iuris*[17]; ciò nell'evidente intento di agevolare l'accertamento dell'invalidità del vincolo nuziale, consentendo l'esecutività della declaratoria di nullità nel maggior numero possibile di casi[18].

La nozione di conformità sostanziale, però, prosegue l'orientamento in oggetto, può essere applicata non soltanto al rapporto tra due pronunce – di prima e di seconda istanza, oppure entrambe formalmente di prima istanza, come potrebbe accadere qualora dovessero ritenersi conformi per equivalenza una pronuncia di primo grado *pro nullitate* ed una pronuncia di se-

---

[17] Cfr. Giovanni Maragnoli, *op.cit.*, p. 246; Gian Paolo Montini, *L'istruzione…*, cit., p. 353; Joaquín Llobell, *I tribunali competenti nell'Istruzione* «Dignitas connubii», in Aa.Vv., *Verità del consenso…*, cit., pp. 357 s.

[18] Cfr. Nikolaus Schöch, *Il principio della duplice conformità delle sentenze nella giurisprudenza rotale*, in Aa.Vv., *Verità e definitività…*, cit., pp. 102-106, il quale osserva che la conformità per equivalenza costituisce «un'eccezione concessa per equità al di là dello stretto formalismo giuridico», in quanto «espressione della carità pastorale del giudice che interpreta la norma giuridica tenendo conto del suo scopo ultimo, la salute delle anime, non sufficientemente garantito nel caso della sua applicazione meramente meccanica e tecnica»; Sebastiano Villeggiante, *op. cit.*, pp. 295 e 375 s., secondo cui la conformità sostanziale risponde «ad una fondamentale norma di equità applicabile anche nel processo…come anche alla pastoralità dell'attività giudiziaria» (p. 295); Joaquín Llobell, *La doppia conforme e la definitività della sentenza alla luce della "teologia del diritto"*, in Aa.Vv., *La doppia conforme…*, cit., p. 115, ove si evidenzia come la nozione di conformità equivalente sia pienamente rispondente all'*aequitas canonica*; Antoni Stankiewicz, *op. cit.*, p. 159, secondo cui le ragioni che hanno indotto la giurisprudenza ad enucleare il concetto di conformità sostanziale vanno individuate non solo nell'*aequitas canonica*, indispensabile «per mitigare la rigidità del formalismo procedurale», ma anche nella carità pastorale «che caratterizza anche l'attività giudiziaria ecclesiale ed ispira l'applicazione e l'interpretazione delle norme processuali verso il bene e la salvezza delle anime dei fedeli»; Paolo Moneta, *La determinazione della formula del dubbio e la conformità della sentenza nell'Istr.* «Dignitas connubii», in *Ius Ecclesiae*, 2006, pp. 436-438, il quale sottolinea che l'istituto della conformità equivalente «nasce dall'esigenza di assicurare alle parti una effettiva giustizia, anche al di là di quanto possa essere dedotto da una rigorosa interpretazione delle disposizioni legislative…Nasce quindi da uno spirito equitativo nell'amministrazione della giustizia».
Sulla base di quanto esposto dagli Illustri Autori testé citati risulta di palmare evidenza che l'istituto della conformità sostanziale, in quanto permeato dall'*aequitas canonica*, va utilizzato dal giudice in modo imparziale, senza pregiudicare le ragioni della parte convenuta: ciò è quanto è accaduto, a nostro giudizio, nel caso in esame, laddove il Collegio ha respinto l'istanza attorea ritenendola formalmente corretta, ma sostanzialmente iniqua, in quanto diretta a violare il divieto di *bis in idem*.
Sulla necessità che i giudici applichino la conformità per equivalenza con prudenza ed equilibrio, cfr. Aegidius Del Corpo, *De sententiis aequivalenter conformibus in causis matrimonialibus*, in *Selectae quaestiones processuales canonicae in causis matrimonialibus*, Officium Libri Catholici, Romae, 1969, pp. 30-34; Giovanni Maragnoli, *op.cit.*, p. 248.

condo grado anch'essa dichiarativa dell'invalidità del vincolo, ma riferentesi ad un capo di nullità introdotto *tamquam in prima instantia* [19]–, ma anche al rapporto intercorrente tra una pronuncia che abbia sancito la validità del vincolo nuziale ed un successivo libello riferentesi allo stesso matrimonio, ma fondato su un *caput nullitatis* formalmente diverso da quello invocato nella prima causa: i due profili richiedono, conclude la tesi in parola, pari attenzione, onde evitare un'attuazione formalistica della legge suscettibile di mortificare il diritto, di cui sono titolari tutte le parti del processo, senza alcuna distinzione tra l'attore ed il convenuto, a che la disciplina normativa venga applicata *cum aequitate*[20].

Sarebbe possibile, pertanto, inibire al tribunale ecclesiastico di pronunciarsi sulla fondatezza, o meno, di un dato motivo di nullità adducendo che in realtà il capo è nuovo solo apparentemente, poiché sostanzialmente equivalente a quello ritenuto insussistente in una causa precedente: da qui l'incompetenza assoluta dell'organo giudicante, giacché se si consentisse la trattazione della causa si configurerebbero più pronunce di primo grado nell'ambito della stessa vicenda processuale[21]. Dato che in tal modo si tutelerebbe uno dei principi fondamentali della normativa processuale canonica, l'eccezione fondata sulla coincidenza sostanziale tra la nuova istanza e quella precedentemente respinta potrebbe sia essere dedotta da una delle parti, sia

---

[19] Su questa peculiare ipotesi di conformità, cfr. Joaquín Llobell, *I tribunali competenti…*, cit., pp. 350 s. e 366 s.

[20] Cfr. Joaquín Llobell, *La doppia conforme…*, cit., p. 116; Id., *Incompetenza assoluta* «ratione gradus» *per la scissione dell'iniziale capo appellato dal nuovo capo di nullità giudicato* «tamquam in prima instantia» ex *can. 1683. Sull'utilità della* «conformitas aequipollens» *per il decreto di* «litis contestatio», in *Ius Ecclesiae*, 2003, pp. 760-762 (nota a *coram* Alwan, *Moronen.*, 25 febbraio 2003, cit.); Id., *I tentativi di conciliazione…*, cit., pp. 616 s., il quale sottolinea come il concetto di conformità equivalente vada utilizzato anche nell'ambito della valutazione concernente l'ammissibilità, o meno, del libello, «evitando un utilizzo di comodo, cioè l'applicazione di tale concetto al solo momento finale della causa di nullità del matrimonio (quello esecutivo)»; Id., *I tribunali competenti…*, cit., p. 358, secondo cui «Una volta emessa una valida sentenza di prima istanza, nessun altro tribunale di primo grado può nuovamente giudicare un determinato matrimonio per un *caput nullitatis* "identico"….o *"equivalentemente conforme"* [il corsivo è nostro: *n.d.a.*]». Del resto, la dottrina aveva già messo in evidenza come la conformità per equivalenza andasse utilizzata non solo *pro nullitate*, ma anche *pro validitate*: sarebbe stato possibile, cioè, considerare sostanzialmente conformi due pronunce «negative» fondate su capi diversi, in modo da considerare raggiunta l'esecutività: cfr. Gian Paolo Montini, *Alcune questioni processuali…*, cit., pp. 489 s.

[21] Cfr. Joaquín Llobell, *I tribunali competenti…*, cit., p. 359, ove si puntualizza che, una volta pronunciata sentenza definitiva di primo grado, tutti i tribunali di prima istanza, pur se astrattamente dotati di un titolo di competenza, «si convertono….in assolutamente incompetenti a motivo del grado di giudizio…non solo per lo stesso *caput nullitatis* formalmente considerato, ma anche quando il nuovo *caput nullitatis* sia equivalentemente conforme al primo»; altrimenti, «ci sarebbero due decisioni di primo grado sulla medesima causa». Cfr. anche Gian Paolo Montini, *op.ult.cit.*, p. 525, nota n. 63.

essere rilevata di ufficio dal giudice[22].

Siffatta applicazione del principio *ne bis in idem*, rileva la tesi in oggetto, appare comunque non semplice, in quanto condizionata all'accertamento che l'istanza già decisa con sentenza «negativa» e l'istanza nuova facciano riferimento alle stesse circostanze di fatto ed agli stessi mezzi di prova[23]: questa indagine se appare relativamente semplice allorquando si tratti di accertare la conformità sostanziale tra due sentenze – è infatti possibile utilizzare gli atti processuali di entrambi i giudizi –, risulta alquanto disagevole, invece, qualora il raffronto vada instaurato tra un giudizio ultimato ed un processo che è appena iniziato e per il quale l'unica documentazione disponibile consiste, nella generalità dei casi, nel libello e negli allegati al libello stesso.

La circostanza che il secondo processo si trovi ancora nella fase iniziale fa sì che difficilmente si potrà affermare che l'*iter* logico-argomentativo seguito dall'attore nella prima causa coincida con quello che sarà adottato nella seconda: ciò tanto più che la normativa canonica consente alle parti una grande libertà nell'indicare le prove e nell'aggiungerne ulteriori nel corso del giudizio[24], sicché è possibile che al termine dell'istruttoria i mezzi probatori utilizzati siano difformi, anche in misura significativa, da quelli indicati in sede di presentazione del libello. Molto raramente, perciò, conclude l'orientamento *de quo*, il tribunale ecclesiastico potrà disporre la non trattazione della causa sulla base della conformità per equivalenza con un precedente giudizio: ciò a meno che i *capita nullitatis* indicati nei due giudizi, pur avendo una denominazione diversa, siano ritenuti sostanzialmente identici (la tesi in esame utilizza il sostantivo «sinonimi») dall'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale[25].

---

[22] Cfr. Gian Paolo Montini, *op.ult.cit.*, pp. 533 s. Cfr. anche Nikolaus Schöch, *La disciplina da osservarsi nei tribunali (artt. 65-91)*, in Aa.Vv., *Il giudizio di nullità matrimoniale…*, cit., p. 224.

[23] Cfr. Paolo Moneta, *La nuova trattazione…*, cit., pp. 491 e 495; Joaquín Llobell, *I tribunali competenti…*, cit., pp. 359 s.

[24] Il processo canonico è notoriamente improntato «alla massima disponibilità ad acquisire ogni elemento che possa, in qualche modo, contribuire ad accertare la realtà effettiva» (cfr. Paolo Moneta, *La giustizia nella Chiesa*, il Mulino, Bologna, 2002, p. 74). Emblematico appare il can. 1527, §1, secondo cui possono essere addotte «prove di qualunque genere», purché funzionali all'accertamento della verità e lecite. Né va trascurato il disposto dei cann. 1598, §2, che consente alle parti, in occasione della cd. pubblicazione degli atti, di chiedere l'acquisizione di ulteriori mezzi di prova, e 1600, §§1 e 2, che, in nome dell'interesse superiore all'accertamento della verità, legittima il giudice a riaprire la fase istruttoria. Sulle interrelazioni esistenti tra siffatta disciplina ed il (talvolta difficile) accertamento della *conformitas substantialis*, cfr. Joaquín Llobell, *I tribunali competenti…*, cit., p. 360. Per il diritto orientale, cfr. i cann. 1208, §1, 1281, §2, e 1283, §§1 e 2, del *C.C.E.O.*

[25] Cfr. Joaquín Llobell, *I tribunali competenti…*, cit., pp. 359 s., il quale osserva che «il tribunale difficilmente potrà decretare *in limine litis* che la nuova domanda si fonda sui medesimi fatti che hanno reso nullo il matrimonio e sulle stesse prove». Cfr. anche Manuel Jesus Arroba Conde, *La*

3. (Segue) *L'identità, contenutistica e letterale, dei libelli e la coincidenza, integrale, dei mezzi di prova quali indici della conformità per equivalenza*

Ci sembra inoppugnabile che la valutazione di conformità sostanziale sia senz'altro più semplice allorquando intervenga nella fase decisoria del secondo processo – e, quindi, concerna due cause integralmente istruite – o al fine di dichiarare il raggiungimento della *duplex sententia conformis*, o, al contrario, al fine di affermare l'impossibilità di analizzare il merito, impossibilità derivante dal divieto di *bis in idem*. Al tempo stesso non può escludersi, però, che il principio *ne bis in idem* venga applicato nella fase iniziale della controversia: ciò anche al di fuori dell'ipotesi, individuata dal summenzionato orientamento, dei capi di nullità ritenuti dalla dottrina e dalla giurisprudenza «sinonimi».

Anche in presenza di motivi di nullità dotati di reciproca autonomia sarebbe possibile, almeno questa è la nostra opinione, che la causa venisse ritenuta inammissibile perché coincidente con quella analizzata in un precedente processo[26]. L'oggetto del giudizio non va identificato con il *nomen iuris* attribuito al capo di nullità, ma va inteso in un senso più ampio comprensivo anche di ipotesi di invalidità formalmente diverse dal *caput* stabilito in sede di concordanza del dubbio, ma sostanzialmente ricollegate con esso: nel caso in cui il processo si concluda con sentenza «negativa», la riproposizione della richiesta di nullità sulla base di un capo rientrante tra quelli strutturalmente connessi con il fondamento della causa precedente potrebbe configurare un inammissibile *bis in idem*[27].

Ciò sarebbe ipotizzabile soprattutto qualora dall'analisi del libello e degli allegati emerga l'identità dell'impianto fattuale e probatorio rispetto ad una causa già decisa. È quanto si è verificato nella vicenda che ha dato origine al presente lavoro, vicenda contraddistinta dalla identità non solo sostanziale,

---

competenza (artt. 8-21), in Aa.Vv., *Il giudizio di nullità matrimoniale…*, cit., pp. 38 s.; Giorgio Varricchio, *Problemi interpretativi ed applicativi della "conformità equivalente"*, in *Ius Ecclesiae*, 2007, pp. 652-654 (nota a *coram* Erlebach, *Panormitana*, 14 dicembre 2006); Grzegorz Erlebach, *op.cit.*, pp. 508 s.

[26] Sul punto appare significativo quanto affermato da Mario Francesco Pompedda, *Verità e giustizia nella doppia sentenza conforme*, in Aa.Vv., *La doppia conforme…*, cit., p. 9, il quale osserva che «Al modo stesso in cui, per sé, l'identità del capo di nullità non è sufficiente a portare alla conformità formale…la diversità dei capi di nullità non è pregiudiziale alla conformità delle pronunce, se esse si basano "*super iisdem factis et probatis*"»; le argomentazioni dell'Illustre Autore appaiono riferibili, a nostro giudizio, non solo al raggiungimento della *duplex sententia conformis*, ma anche al rapporto intercorrente tra una pronuncia «negativa»ed un successivo giudizio di nullità intercorrente tra le stesse parti.

[27] Cfr. Paolo Moneta, *La nuova trattazione…*, cit., p. 494.

ma addirittura letterale tra il nuovo libello ed il libello riferentesi ad una precedente causa di nullità tra le stesse parti. Non a caso il Ponente, nel dichiarare inammissibile il nuovo capo di nullità, ha posto in risalto come il secondo libello fosse «identico sia nella sostanza che nella formulazione letteraria» al primo[28].

Nel decidere di non concordare il *caput nullitatis* richiesto dall'attore, ritenendolo coincidente con quello reputato insussistente in un precedente giudizio, si è fatto chiaro riferimento, quindi, ad un elemento esplicitamente contemplato dalla *D.C.* ai fini della dichiarazione di conformità sostanziale delle sentenze e cioè la coincidenza dell'elemento fattuale[29]: siffatto dato oggettivo prevale sul dato formale costituito dalla diversa denominazione dei due motivi di nullità, facendo sì che la seconda causa abbia in comune con la prima non solo le parti ed il *petitum* – coincidenza ineliminabile ogniqualvolta la parte soccombente di un giudizio di nullità matrimoniale anziché appellare la pronuncia «negativa» preferisca ripresentare l'istanza (adducendo, ovviamente, un capo diverso dal precedente) –, ma anche la *causa petendi*; da qui il configurarsi del *bis in idem* e la conseguente impossibilità di affrontare il merito della causa, pena la nullità della sentenza.

Sotto tale profilo, il Decreto del Ponente, confermato, come si è evidenziato nel paragr. 1, dal Collegio, non appare isolato all'interno del panorama giurisprudenziale. Pronunciandosi in ordine ad una vicenda simile[30], il Tri-

---

[28] Così recita il summenzionato Decreto del 17 luglio 2014.

[29] Nel Decreto del 17 luglio 2014 si pone in risalto l'identità, sostanziale e lessicale, tra «l'elemento fattico del precedente giudizio e quello della presente causa». In dottrina, cfr., per tutti, Manuel Jesus Arroba Conde, *Verità e principio della doppia sentenza conforme*, in Aa.Vv., *Verità e definitività…*, cit., pp. 74-76, secondo cui la valutazione di conformità equivalente deve fondarsi sulla identità dell'elemento fattuale che ha determinato l'invalidità del vincolo: l'Autore precisa che deve trattarsi dell'elemento fattuale centrale e non di una o più circostanze secondarie od accessorie (pp. 75 s.); Joaquín Llobell, *Ancora sulla modifica* «ex officio» *del decreto di concordanza del dubbio*, in *Ius Ecclesiae*, 2005, p. 751, nota n. 6 (nota a *coram* Serrano, *Mediolanen.*, 23 gennaio 2004), il quale sottolinea che «la difformità della *causa petendi* non impedisce che due sentenze possano considerarsi conformi, allorquando esse si basino sui medesimi dati fattuali»; l'Autore formula le proprie considerazioni in ordine alla conformità equivalente delle sentenze, ma, a nostro giudizio, le sue osservazioni sono applicabili anche all'ipotesi in cui l'equivalenza non riguardi il raggiungimento, all'interno dello stesso giudizio, della *duplex sententia conformis*, bensì due distinti giudizi, uno già deciso e l'altro ancora da decidere.

[30] Si trattava di una lunga vicenda processuale in cui inizialmente il marito aveva chiesto al Tribunale Ecclesiastico Regionale del Lazio la dichiarazione di nullità del proprio matrimonio, asserendo di avere escluso la proprietà dell'indissolubilità. Dopo la conclusione del giudizio di primo grado con sentenza «affermativa» la causa era stata trasmessa al Tribunale di Appello del Vicariato, il quale, dopo averla rinviata al cd. ordinario esame, aveva riformato la precedente pronuncia stabilendo la validità del matrimonio: avverso quest'ultima sentenza l'attore non aveva mai esperito alcun mezzo di impugnazione. Successivamente l'attore aveva introdotto, ovviamente in primo grado, un nuovo giudizio di nullità, adducendo di avere apposto al consenso nuziale una condizione *de futuro* in base

bunale di Appello del Vicariato di Roma ha ravvisato la conformità sostanziale tra due diverse sentenze aventi per oggetto lo stesso matrimonio e le stesse parti, ma basate su due capi di nullità formalmente distinti: esclusione dell'indissolubilità e condizione *de futuro habendi prolem e coniugio*[31].

I giudici del Vicariato non solo hanno condiviso l'opinione della dottrina[32] e della giurisprudenza[33] prevalenti, secondo cui l'esclusione della perpetuità del vincolo e la condizione risolutiva *de futuro* costituiscono motivi di nullità equivalenti[34], ma hanno altresì rilevato – e questo è il profilo che qui interessa maggiormente – come l'attore abbia riportato nel secondo libello numerosi luoghi tratti dalla prima istanza[35]. Questa parziale coincidenza tra la formulazione letterale delle due istanze dimostra, osserva il Collegio ro-

---

alla quale il matrimonio si sarebbe sciolto se la moglie si fosse rifiutata di dargli un figlio. Anche in questo caso il Tribunale Ecclesiastico Regionale del Lazio aveva accolto l'istanza attorea. Pervenuta la causa al tribunale di appello, il Difensore del Vincolo eccepiva preliminarmente la nullità della sentenza di primo grado, che sarebbe stata viziata da incompetenza assoluta in quanto emessa in violazione del divieto di *bis in idem*: il capo di nullità riferentesi alla condizione risolutiva avrebbe coinciso sostanzialmente con l'esclusione dell'indissolubilità addotta nel primo processo, sicché gli stessi fatti sarebbero stati trattati due volte nello stesso grado di giudizio. Il Tribunale di Appello accoglieva l'eccezione e dichiarava la nullità insanabile della sentenza di prime cure.

[31] Cfr. Tribunale di Appello del Vicariato di Roma, 16 aprile 2002 (Decreto), in *Dir. eccl.*, 2005, II, pp. 3 ss.

[32] Cfr. Rosario Colantonio, *La* condicio de futuro, in Aa.Vv., *Il consenso matrimoniale condizionato*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1993, p. 93; Mario Francesco Pompedda, *Annotazioni sul diritto matrimoniale nel nuovo Codice canonico*, in *Studi di diritto matrimoniale canonico*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 250 e 254.

[33] Cfr. *coram* Di Felice, *Theatina*, 19 giugno 1984, in *S.R.R. Dec.*, vol. LXXVI, dec. 93, nn. 3 e 4, pp. 348 s.; *coram* Boccafola, *Romana*, 27 maggio 1987, *ibidem,* vol. LXXIX, dec. 91, n. 11, p. 326; *coram* Corso, *Venetiarum*, 18 gennaio 1989, *ibidem*, vol. LXXXI, dec. 4, n. 4, pp. 21-22; *coram* Sciacca, *Panormitana*, 3 marzo 2006, in *Ius Ecclesiae*, 2009, pp. 85 ss. (con nota di Francesco Pappadia). *Contra*, cfr. *coram* Huber, *Messanen.-Liparen.-Sanctae Luciae*, 23 giugno 2004, in *Ius Ecclesiae*, 2008, pp. 89 ss. (con nota di Héctor Franceschi); *coram* Erlebach, *Panormitana*, 14 dicembre 2006, *ibidem*, 2007, pp. 627 ss. (con nota di Giorgio Varricchio, cit.).

[34] Cfr. Tribunale di Appello del Vicariato di Roma, 16 aprile 2002, cit., p. 6, ove si rileva che per una parte della dottrina la condizione *de futuro* contro la sostanza del matrimonio – quale è la condizione risolutiva, intrinsecamente contraria alla proprietà dell'indissolubilità – non può essere annoverata tra le condizioni vere e proprie, «costituendo essa piuttosto un atto positivo di volontà escludente un elemento essenziale del matrimonio»; analoga, prosegue il Tribunale, la posizione della giurisprudenza «che ritiene coincidenti la condizione risolutiva con l'esclusione quanto meno dell'indissolubilità» (*loc.ult.cit.*). La posizione della dottrina e della giurisprudenza è suffragata, osservano ulteriormente i giudici, dal disposto normativo del *Codex* del 1983, che, a differenza del precedente, non fa più menzione della condizione contraria alla struttura ed ai fini del matrimonio, quale appunto quella volta ad escludere l'indissolubilità (*loc.ult.cit.*). In effetti, il *Codex* del 1917 faceva esplicito riferimento, nel can. 1092, n. 2, alla *conditio contra matrimonii substantiam*, riferimento scomparso nel can. 1102 del nuovo Codice.

[35] Cfr. Tribunale di Appello del Vicariato di Roma, 16 aprile 2002, cit., pp. 7 s.; i giudici osservano che nell'istanza introduttiva del secondo giudizio l'attore «riporta, citandole, le sue stesse affermazioni del libello del primo processo».

mano, che entrambi i giudizi fanno riferimento allo stesso fatto giuridico[36]: ciò tanto più che i due libelli non erano stati redatti dallo stesso legale[37], sicché la loro parziale identità letterale doveva essere ricondotta direttamente all'attore e non poteva essere considerata un effetto della «mediazione» concettuale e lessicale posta in essere dalla difesa tecnica allorquando aveva attribuito veste giuridica alla narrazione effettuata dalla parte; non potevano esservi dubbi, cioè, sul fatto che l'attore avesse narrato ai due legali le medesime circostanze di fatto. Da qui l'inammissibilità della nuova istanza e la conseguente nullità insanabile della sentenza di primo grado.

Se dunque l'identità letterale solo parziale tra i due libelli è stata ritenuta indice della conformità per equivalenza tra i diversi capi di nullità, *a fortiori* siffatta conformità può ravvisarsi qualora, come nella vicenda decisa dal T.E.R.S., le due istanze appaiano integralmente coincidenti. Né può ritenersi che i giudici siciliani avrebbero dovuto escludere la sussistenza del *bis in idem* a motivo della diversità intercorrente tra l'*incapacitas adsumendi obligationes essentiales* dedotta nel primo giudizio ed il *defectus discretionis iudicii* invocato nel secondo processo. La giurisprudenza canonica ha stabilito, infatti, che i due *capita nullitatis*, pur essendo certamente dotati di reciproca autonomia, possono essere accomunati dall'identità dell'elemento fattuale, sicché è possibile che nonostante in sede di contestazione della lite il dubbio sia stato formulato con riferimento soltanto ad uno di essi, l'indagine processuale concretamente svolta includa anche l'altro[38].

---

[36] Sulla nozione di fatto giuridico, cfr., per tutte, *coram* Raad, *Mexicana*, 23 giugno 1973, n. 8, in Aa.Vv., *Verità e definitività..*, cit., p. 165, ove si afferma che «Factum dicitur iuridicum quando producit, vel producere potest, effectus qui relationes iuridicas constituunt vel modificant vel extinguunt»; con riferimento specifico all'invalidità del vincolo nuziale, cfr. *coram* Serrano, *Bononien.*, 24 ottobre 1986, cit., n. 3, p. 285, secondo cui i fatti giuridici «matrimonium in concreto invalidum reddere valent, quin sufficiat concordantia circa facta simplicia»; *coram* Stankiewicz, *Teramen.*, 22 marzo 1994, cit., n. 9, p. 651, ove si precisa che «in aestimanda sententiarum conformitate attendi debet ad factum principale tantum, hoc est autonomum et constitutivum, quod nullitatem matrimonii iam ex se efficit, non autem ad factum secundarium seu simplex, quod nullam qualificationem iuridicam autonomam habet». Significativa appare, per converso, anche una decisione della Segnatura Apostolica, che ha negato la sussistenza della conformità equivalente proprio sulla base della diversità dell'atto giuridico assunto a fondamento delle due pronunce: cfr. Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, *Decisio*, 10 febbraio 1971, in *Periodica de re morali canonica liturgica*, 1971, pp. 315 ss.; cfr. anche Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, *Decretum*, 4 maggio 1974, *ibidem*, 1975, pp. 249 ss. Su quest'ultimo profilo, cfr. anche *coram* Felici, *Matriten.*, 5 agosto 1950, in *S.R.R. Dec.*, vol. XLII, dec. 85, nn. 2 e 4, pp. 542 s. e 544; *coram* De Jorio, *Pittsburgen.*, 14 marzo 1973, cit., n. 5, p. 252.

[37] Cfr. Tribunale di Appello del Vicariato di Roma, 16 aprile 2002, cit., p. 8.

[38] Cfr. Tribunale Ecclesiastico Regionale Lombardo, 17 dicembre 1998, in *Dir. eccl.*, 2003, II, pp. 201 ss. Anche siffatta vicenda processuale appare alquanto articolata. In data 5 gennaio 1982 la moglie si era rivolta al Tribunale Ecclesiastico Lombardo, chiedendo che il matrimonio venisse dichiarato nullo a causa «del difetto di sufficiente capacità deliberativa» del marito: in sede di concordanza del

L'analisi dell'operato dell'organo giudicante, in particolare del contenuto della sentenza, nonché, soprattutto, del comportamento tenuto dalle parti, ad es., delle istanze istruttorie e delle memorie difensive, è suscettibile di dimostrare che, al di là del dato formale riferentesi alla qualificazione giuridica del capo accusato, l'indagine probatoria e, pertanto, la pronuncia hanno ricompreso entrambi i motivi di nullità. Di conseguenza, applicando siffatta elaborazione – enucleata, fra l'altro, proprio con riferimento specifico all'individuazione dell'ambito di operatività del divieto di *bis in idem* – alla vicenda in esame ne discende che l'identità letterale tra i due libelli, riferentisi rispettivamente al can. 1095, n. 3, ed al can. 1095, n. 2, può essere qualificata come indice della conformità per equivalenza («i medesimi fatti e le medesime prove»), conformità che rende inammissibile la trattazione della causa in quanto illegittima riproposizione di un'istanza già decisa.

Né può essere trascurato il fatto che l'elenco dei testimoni di cui la par-

---

dubbio il *caput* era stato formalizzato nel «defectus discretionis iudicii in viro». In primo grado il Tribunale aveva concluso, però, per la validità del matrimonio: la sentenza era stata appellata innanzi al Tribunale Ligure, che, riformando la pronuncia, aveva concluso *pro nullitate*. Resosi necessario un terzo grado di giudizio, l'istanza era stata trasmessa al Tribunale Apostolico della Rota Romana, che si era pronunciato in senso sfavorevole all'attore, determinando così, essendosi raggiunta la *duplex sententia conformis*, la cessazione della pendenza della lite. In data 16 marzo 1998 l'attrice si era rivolta nuovamente al Tribunale Lombardo, accusando il matrimonio, ai sensi del can. 1095, n. 3, «per incapacità dell'uomo di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio». Prima della contestazione della lite il Difensore del Vincolo aveva eccepito il divieto di *bis in idem*, ritenendo che la nuova causa integrasse una illegittima nuova trattazione in primo grado di fatti in ordine ai quali si era già formata una sentenza esecutiva impugnabile soltanto attraverso la *nova causae propositio*. L'attrice aveva replicato rilevando che le due cause dovevano considerarsi del tutto distinte ed indipendenti, dato il diverso capo di nullità accusato. I giudici, chiamati a risolvere la predetta questione incidentale, osservavano che la prima causa era stata introdotta sotto la vigenza del *Codex* pio-benedettino, cioè quando la distinzione tra il difetto di discrezione di giudizio e l'incapacità ad assumere, sancita formalmente dal *Codex* del 1983, non era normativamente definita. Conseguentemente, non poteva ritenersi in modo aprioristico ed assoluto che la formula adottata nel primo processo per individuare il dubbio oggetto di indagine fosse necessariamente rispondente, sotto il profilo contenutistico, al can. 1095, n. 2: soltanto l'analisi degli atti processuali avrebbe potuto consentire di stabilire l'esatta portata dell'indagine processuale; da qui la necessità dell'analisi predetta. Nello svolgimento di siffatta opera interpretativa il Collegio rilevava (sulla base di dati testuali): che la pronuncia «negativa» resa nel precedente processo aveva preso in considerazione sia la carenza di discrezione di giudizio, sia l'incapacità ad assumere lo *status* di coniuge; che la parte attrice, sia nel giudizio di primo grado, sia nei gradi successivi, lungi dal contestare siffatto orientamento, lo aveva condiviso, facendo ripetutamente riferimento, nelle proprie istanze e negli scritti difensivi, sia al *defectus discretionis*, sia all'*incapacitas adsumendi*. Sulla base di queste considerazioni i giudici concludevano per l'accoglimento dell'eccezione presentata dal Difensore del Vincolo e dichiaravano inammissibile il nuovo giudizio per violazione del divieto di *bis in idem*. La decisione veniva poi riformata dalla Rota Romana, secondo cui, stante l'oggettiva diversità tra il *defectus discretionis* e l'*incapacitas adsumendi*, non era possibile sussumere la seconda nel primo se non in presenza di una formale modifica della formula del dubbio, modifica che nel caso di specie non era mai stata disposta: cfr. *coram* Serrano, *Mediolanen.*, 23 gennaio 2004, nn. 4-10, in *Ius Ecclesiae*, 2005, pp. 716-721 (con nota di Joaquín Llobell, cit.).

te attrice chiedeva l'escussione nella seconda causa coincidesse pressoché integralmente con l'elenco dei testimoni del primo giudizio: la sostanziale identità della prova testimoniale conferma ulteriormente come il *factum iuridicum* posto a base del (presunto) difetto di discrezione di giudizio fosse lo stesso già analizzato (con esito negativo) nel processo concernente l'incapacità di assumere gli obblighi essenziali; diversi i *nomina iuris*, ma identico il fatto e, pertanto, identici l'esposizione della vicenda prenuziale e nuziale, nonché i mezzi istruttori indicati[39].

Non può sottacersi, comunque, che la problematica concernente la relazione dialettica intercorrente tra le tre ipotesi di nullità contemplate dal can. 1095 è indubbiamente molto complessa ed articolata, sia in ordine ai profili sostanziali, sia in ordine ai conseguenti profili processuali (che assumono qui rilevanza centrale): è opportuno, perciò, soffermarsi ulteriormente su di essa.

4. *Le interrelazioni esistenti tra le tre fattispecie contemplate dal can. 1095*

Il disposto del can. 1095 appare senz'altro di non facile interpretazione: ciò a causa sia della novità della norma (è risaputo che il *Codex* pio-benedettino non presentava alcuna disposizione ad essa direttamente ed immediatamente assimilabile), sia della complessità del suo contenuto articolato in tre distinte fattispecie. Il rapporto intercorrente tra le varie ipotesi di nullità contemplate dal can. 1095 ha destato, ovviamente, l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza, che si sono soffermate lungamente su di esso. Un'analisi di tutti i profili presi in considerazione dagli Autori e dai giudici trascenderebbe i confini del presente lavoro: ci soffermeremo, perciò, unicamente sugli aspetti direttamente connessi con la tematica oggetto di trattazione, e cioè la nozione di conformità sostanziale ed il divieto di *bis in idem*.

Non va trascurato, innanzitutto, come le tre ipotesi contemplate dal can.

---

[39] Cfr. Paolo Moneta, *La determinazione..*, cit., pp. 432-434, il quale, dopo aver evidenziato che una parziale difformità dei mezzi di prova utilizzati non esclude che possa ravvisarsi la conformità sostanziale tra due pronunce, prosegue rilevando che, *a fortiori*, l'identità del materiale probatorio utilizzato nei due giudizi è indice della equivalenza del fatto giuridico posto a fondamento delle due istanze: «il fatto che le prove che hanno indotto in ciascuno dei due giudici la certezza morale sulla nullità del matrimonio siano le stesse costituisce una significativa conferma che ci si trova di fronte ad un evento di vita unitario, a cui va sostanzialmente ricondotta la decisione di ciascuno dei giudici» (p. 432); pur consapevoli che qualora l'eccezione di *bis in idem* venga sollevata in sede di contestazione della lite del secondo giudizio, sia possibile che i mezzi di prova indicati dall'attore vengano integrati e completati nel corso del procedimento, riteniamo che le considerazioni dell'Illustre Autore possano essere applicate anche alla vicenda che ha dato origine al presente lavoro.

1095 presentino un elemento comune costituito dalla nozione di diritti e doveri coniugali. Secondo un'autorevole interpretazione, invero, la portata innovativa della norma *de qua* consisterebbe nell'aver finalmente commisurato la capacità a contrarre nozze non ad un ipotetico *actus humanus*, bensì al negozio matrimoniale considerato nella sua specifica identità e, quindi, connotato da peculiari diritti e doveri[40].

Il riferimento ai «diritti e doveri matrimoniali essenziali» ed agli «obblighi essenziali del matrimonio», contenuto rispettivamente nei nn. 2 e 3, dev'essere ritenuto presente, implicitamente, anche nel n. 1: la mancanza dell'uso di ragione va rapportata alla *substantia matrimonii* identificata dalle situazioni giuridiche attive e passive che scaturiscono dal *foedus* nuziale[41]. L'*usus rationis* richiesto dal can. 1095 è quello necessario per compiere non qualunque negozio giuridico, ma lo specifico atto costitutivo del rapporto di coniugio, rapporto contraddistinto da determinati diritti e doveri che vanno attribuiti, accettati ed adempiuti.

Siffatto denominatore comune non può certo annullare le differenze esistenti tra i tre numeri del canone, differenze che divengono più accentuate in ordine al can. 1095, n. 3, che, diversamente dalle altre due fattispecie, prende in considerazione la capacità nuziale non solo nel momento statico del *matrimonium in fieri*, ma anche nella proiezione dinamica del *matrimonium in facto esse*[42]: esso costituisce, però, un elemento imprescindibile che accomuna le tre ipotesi e le rende intercomunicanti; ciò soprattutto in ordine ai nn. 2 e 3.

Del resto, anche un diverso orientamento esegetico volto a sottolineare le diversità intercorrenti tra i vari capi previsti dal can. 1095, in specie tra il n. 2 ed il n. 3, ponendo in risalto la differenza esistente tra il *defectus discretionis iudicii* e l'*incapacitas*, nonché la peculiare prospettiva, afferente più allo *sta-*

---

[40] Cfr. José Maria Serrano Ruiz, *Interpretazione ed ambito di applicazione del can. 1095 n. 3. La novità normativa e la sua collocazione sistematica*, in Aa.Vv., *L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1998, pp. 7 ss., secondo cui il can. 1095, nel commisurare la capacità psichica dei nubendi al contenuto specifico del patto nuziale, opera «una differenziazione qualitativa con i parametri dell'atto umano e della tradizionale considerazione della *capacità di intendere e di volere* [corsivo nel testo: *n.d.a.*], che più che considerarsi quantitativamente *maggiore o minore* [corsivo nel testo: *n.d.a.*] dobbiamo riconoscere qualitativamente e specificamente *diversa* [corsivo nel testo: *n.d.a.*]».

[41] Cfr. *ivi*, p. 31, ove si rileva che il «sufficiente uso di ragione» contemplato dal can. 1095, n. 1, deve assumere quale parametro di riferimento i diritti ed i doveri propri del rapporto di coniugio, poiché «non si tratta della ragione *in sé* [corsivo nel testo: *n.d.a.*] ma della ragione *in uso* [corsivo nel testo: *n.d.a.*] – pertanto in applicazione ad un atto concreto, nel caso al consenso – e per di più ad un uso *sufficiente* [corsivo nel testo: *n.d.a.*] da misurare in riferimento a tale applicazione».

[42] Su siffatta connotazione del can. 1095, n. 3, cfr. *ivi*, *passim* ed in specie le pp. 8-12.

tus di coniuge che all'atto costitutivo dello *status* stesso, con cui quest'ultima viene presa in considerazione dal Codice[43], non può esimersi dal rilevare come dall'analisi dei lavori preparatori risulti che in origine l'incapacità a contrarre per ragioni di ordine psichico o psicologico era destinata ad essere regolamentata da due diverse norme: una comprendente i nn. 1 e 2 e un'altra contenente esclusivamente il n. 3[44]. La scelta (operata dalla Commissione preparatoria) di modificare l'impianto originario della disciplina *de qua*, inserendo le tre fattispecie all'interno della stessa disposizione, ha creato, inevitabilmente, un'assimilazione, assimilazione che l'orientamento in esame valuta negativamente, ma contemporaneamente riconosce di non poter contestare[45].

La circostanza che i nn. 2 e 3 del can. 1095 facciano espressa menzione, sia pure non nella stessa ottica, della dimensione contenutistica propria specificatamente del patto nuziale, la loro riconducibilità al diritto divino naturale – che, al di là delle classificazioni e partizioni operate dal legislatore umano, postula che il matrimonio venga contratto solo da quanti siano dotati di sufficiente maturità psichica ed affettiva –, la comune matrice nella disposizione pio-benedettina concernente la necessità che le nozze vengano celebrate da individui *iure habiles*[46], inducono a ritenere che la distinzione operata dal *Codex* non sia assoluta[47]. Conseguentemente, si è rilevato come sia possibile che il giudice ecclesiastico chiamato a decidere della validità, o meno, di un matrimonio abbia difficoltà a stabilire se una data situazione di fatto vada sussunta sotto il n. 2, oppure sotto il n. 3[48]: si tratterebbe, cioè, di

---

[43] Cfr. Sebastiano Villeggiante, *Il canone 1095, n. 3 nella giurisprudenza*, in Aa.Vv., *L'incapacità…*, cit., pp. 35 ss., in specie p. 41.

[44] Cfr. *ivi*, p. 36, ove si osserva che «inizialmente, cioè nel primo schema, esistevano due canoni distinti: il 54 che conteneva i numeri 1 e 2 ed il 55 che conteneva il numero 3. Questo numero tre avrebbe dovuto costituire una disposizione di legge staccata dalle prime due, poi tutte e tre le disposizioni di legge sono state fuse e unificate nell'attuale canone 1095». Per il diritto canonico orientale cfr. il can. 818 del *C.C.E.O.*

[45] Cfr. *ivi*, pp. 38 e 40, il quale, dopo aver rilevato che «la fusione dei due canoni…ha creato *una enorme confusione* [il corsivo è nostro: *n.d.a.*], forse non del tutto sradicata ancora oggi», pone in risalto come in virtù di siffatta fusione dottrina e giurisprudenza sovente utilizzino gli stessi criteri ermeneutici sia per il *defectus discretionis iudicii*, sia per l'*incapacitas adsumendi*.

[46] Cfr. il can. 1081, §1, del *Codex* del 1917, che recitava: «Matrimonium facit partium consensus inter personas *iure habiles* [il corsivo è nostro: *n.d.a.*] legitime manifestatus, qui nulla humana potestate suppleri valet»; il disposto è stato riprodotto nel can. 1057 del *Codex* del 1983.

[47] Cfr. José Maria Serrano Ruiz, *op.cit.*, pp. 31 s.

[48] Cfr. *ivi*, p. 32, il quale, dopo aver osservato che «alle volte il passaggio dall'una all'altra [delle tre fattispecie contemplate dal can. 1095: *n.d.a.*] non sarà di facile discernimento, specialmente tra il n. 2 e il n. 3», pone in risalto che, conseguentemente, «può diventare eccessivo trovare in questa [cioè nel can. 1095: *n.d.a.*] compartimenti stagni, come se le sue direttive fossero sconnesse e si

motivi di nullità che possiamo definire «magmatici», sprovvisti di contorni rigidamente definiti.

5. (Segue) *Il can. 1095 ed il* ne bis in idem

Il Magistero pontificio ha evidenziato che alcuni *capita nullitatis*, accomunati dalla circostanza di integrare ipotesi di mancanza o di vizio del consenso nuziale, sono stati descritti dal Codice del 1983 in modo generico: ciò non per un difetto di tecnica legislativa, bensì per l'impossibilità di individuare in modo rigido, quasi fossero delle monadi, motivi di nullità che, in quanto riferentisi tutti all'elemento consensuale, presentano inevitabilmente connotazioni comuni. Tra siffatti *capita* rientrano certamente, prosegue la suprema autorità della Chiesa, quelli contemplati dai nn. 2 e 3 del can. 1095[49].

La dottrina e la giurisprudenza[50] hanno condiviso siffatto orientamento,

---

ignorassero a vicenda». Cfr. anche Antoni Stankiewicz, *L'incapacità di assumere e adempiere gli obblighi coniugali essenziali*, in Aa.Vv., *L'incapacità…*, cit., pp. 66 s.

[49] Cfr. Giovanni Paolo II, *Allocutio ad Praelatos Auditores S. Romanae Rotae coram admissos* (26 gennaio 1984), in *A.A.S.*, 1984, p. 648, ove si afferma: «Ma rimangono ancora canoni, di rilevante importanza nel diritto matrimoniale, che sono stati necessariamente formulati in modo generico e che attendono una ulteriore determinazione, alla quale potrebbe validamente contribuire innanzitutto la qualificata giurisprudenza rotale. Penso, ad esempio, alla determinazione del «defectus gravis discretionis iudicii», agli «officia matrimonialia essentialia», alle «obligationes matrimonii essentiales», di cui al can. 1095, come pure alla ulteriore precisazione del can. 1098 sull'errore doloso, per citare solo due canoni».

[50] Cfr. André Cantan, *Un récent décret de la Rote romaine au sujet de la conformité des chefs de nullité d'incapacité et de simulation*, in *L'année canonique*, 1987, pp. 133 ss.; Nikolaus Schöch, *Il principio della duplice conformità..*, cit., pp. 106 ss., ove si sottolinea, tra l'altro, che «Nelle cause di nullità di matrimonio si hanno in concreto tante *causae petendi* quanti sono i fatti che provocano la nullità del matrimonio. La *causa petendi*, ossia il fatto giuridico, non coincide necessariamente con il capo di nullità proposto dalla parte ovvero dalle parti, ma spetta ai giudici attribuire un nome ai fatti apportati dall'una o entrambe le parti, se esse non l'hanno fatto o l'hanno fatto in modo errato» (p. 109); Sebastiano Villeggiante, *La conformità equivalente…*, cit., *passim*, il quale, peraltro, sottolinea ripetutamente la necessità che il giudice eserciti la facoltà di qualificare giuridicamente il motivo di nullità nel pieno rispetto del principio del contraddittorio, onde consentire a tutte le parti coinvolte l'esercizio del diritto di difesa (pone in risalto quest'esigenza anche Gian Paolo Montini, *Alcune questioni processuali…*, cit., pp. 510-516 e 549 s.); Mario Francesco Pompedda, *Verità e giustizia…*, cit., p. 10; Joaquín Llobell, *Il concetto di conformità equivalente…*, cit., pp. 548 ss. Cfr. anche Antonio Vitale, *Sulla conformità delle sentenze nel processo canonico*, in *Ephem. iuris canonici*, 1962, pp. 435 ss. (nota a *coram* Pasquazi, *Romana*, 30 novembre 1951); Aegidius Del Corpo, *op.cit.*, p. 31, secondo cui «In causis matrimonialibus tot habentur causae seu facta iuridica, quot sunt facta, quae efformant matrimonium nullum»; Giovanni Maragnoli, *Alcune note su: cumulo di capi di domanda, "assorbimento" di un capo in un altro e concordanza del dubbio nel secondo grado di giudizio delle cause di nullità del matrimonio*, in *Ius Ecclesiae*, 2007, pp. 191 ss., in specie 200 s. In giurisprudenza, cfr. *coram* Mattioli, *Osloen.*, 4 dicembre 1957, cit., n. 8, *loc.cit.*; *coram* De Jorio, *Leodien.*, 13 maggio 1964, cit., n. 2, p. 354, ove, dopo aver premesso che «ratio habenda est factorum quae partes attulerint, atque comprobaverint, non nominum iuris, quae eisdem tribuerint», si

sottolineando come la valutazione di conformità equivalente si fondi sull'identità del fatto giuridico da cui discende la nullità, senza che possa attribuirsi valore decisivo al *nomen iuris* attribuito al fatto stesso: la *causa petendi* non si identifica con la qualificazione formale del motivo di invalidità.

È stato precisato che, una volta individuato siffatto fondamento unitario, la conformità sostanziale può ravvisarsi anche tra motivi di nullità che «nella sistematica legislativa presentano una diversa collocazione», afferendo, ad es., l'uno allo *ius connubii* e l'altro all'elemento consensuale[51]: *a fortiori*, prosegue l'orientamento in parola, sono suscettibili di essere considerati equivalenti motivi di invalidità strutturalmente affini.

Ciò rende abbastanza agevole l'affermazione della conformità sostanziale allorquando si tratti di *capita* afferenti comunque alla mancanza od insufficienza della volontà matrimoniale[52], *capita* che raramente si fondano

---

sottolinea che possono essere ritenute conformi «duas sententias, quae eisdem nitantur factis, etiamsi una matrimonium nullum declaravit ob simulationem totalem, altera ob exclusum bonum sacramenti vel fidei»; *coram* Pinto, *Panormitana*, 17 marzo 1971, n. 3, in AAVV., *Verità e definitività..*, cit., p. 161, secondo cui «Duae sententiae aequivalenter conformes dicendae sunt cum, licet ob diversum caput matrimonii nullitatem declarent, tamen una ut comprobatum admittit factum juridicum ac proinde caput ob quod altera matrimonii nullitatem declaravit»; *coram* Lefebvre, *Romana*, 22 luglio 1972, cit., n. 19, p. 500, secondo cui il *nomen iuris* «non mutat rei substantiam», sicché possono essere qualificate conformi le pronunce basate «super eisdem factis et probationibus»; *coram* De Jorio, *Pittsburgen.*, 14 marzo 1973, cit., n. 13, p. 257, che dichiara conformi due pronunce fondate rispettivamente sul timore reverenziale incusso alla sposa e sulla incapacità della stessa di esprimere un valido consenso «cum iisdem nitatur factis iudicialiter comprobatis: nomen iuris est quidem diversum, at iudicum est tradere factis a partibus allatis et iudicialiter comprobatis verum iuris nomen, si partes id non praestiterint vel in eo dando erraverint»; *coram* Colagiovanni, *Theatina*, 9 marzo 1982, n. 3, in AAVV., *Verità e definitività…..*, cit., p. 194, ove si precisa che i capi di nullità devono ritenersi conformi qualora «eadem sint facta, etsi aliud nomen juris tribuatur ab una vel alia sententia»; *coram* Serrano, *Bononien.*, 24 ottobre 1986, cit., n. 7, p. 290, che sancisce la conformità equivalente tra una pronuncia di secondo grado, secondo cui l'invalidità del vincolo discende dalla simulazione totale posta in essere dal marito, ed una di terzo grado, fondata, invece, sul difetto di discrezione di giudizio *in ipso viro*, osservando che «facta esse sub diversis respectibus in iure sumpta in ordine ad nullitatem: quae autem ab una norma sub uno respectu considerantur ab altera sub altero assumi possent, quin eo ipso quo ab una lege accipiantur iam inepta dici debeant ut ab alia considerentur»; *coram* Sciacca, *Maronitarum*, 18 gennaio 2008, in questa *Rivista*, 2008/2, pp. 728 ss.; *coram* De Angelis, *Baren.-Bituntina*, 3 luglio 2008, in *Ius Ecclesiae*, 2009, pp. 587 ss. (con nota di GIOVANNI MARAGNOLI); *coram* Erlebach, *Panormitana*, 16 ottobre 2008, *ibidem*, pp. 594 ss. (con nota di GIOVANNI MARAGNOLI).

[51] Cfr. PAOLO MONETA, *La determinazione…*, cit., pp. 430 s.

[52] Cfr. NIKOLAUS SCHÖCH, *op.ult.cit.*, p. 113, secondo cui «Frequentemente sarà giustificata una conformità *equivalente* [corsivo nel testo: *n.d.a.*] in cause di nullità del consenso, cioè in quasi tutte le cause matrimoniali eccetto quelle che si fondano sul difetto di forma o su qualche impedimento inteso in senso stretto»; MARIO FRANCESCO POMPEDDA, *op.ult.cit.*,*loc.ult.cit.*, ove si osserva che «Anzitutto va adeguatamente considerata l'unicità, forse sarebbe meglio dire la *singolarità, dell'indivisibile momento consensuale* [corsivo nel testo: *n.d.a.*], che non pare prestarsi ad un'analisi troppo frammentata delle ragioni che possono invalidarlo, quasi che si tratti di capi (di nullità) realmente distanti o distinti l'uno dall'altro»; JOAQUÍN LLOBELL, *Ancora sulla modifica…*, cit., pp. 742 ss.

su fatti reciprocamente incompatibili (in quest'ultimo caso, infatti, sarebbe illogico ravvisare una coincidenza sostanziale): conseguentemente, conclude l'indirizzo *de quo*, è possibile considerare equivalenti, tra l'altro, le ipotesi di incapacità consensuale contemplate dal can. 1095, con riferimento alle quali la casistica giudiziaria ha evidenziato in molti casi la sostanziale omogeneità del substrato fattuale, omogeneità dalla quale discende la comune idoneità ad invalidare il consenso nuziale[53].

In giurisprudenza, cfr. *coram* Mattioli, *Osloen.*, 4 dicembre 1957, cit., n. 8, *loc.cit.*, secondo cui può ravvisarsi la conformità per equivalenza anche tra capi di nullità formalmente diversi, ma accomunati dalla circostanza di inficiare comunque il consenso nuziale: la pronuncia rileva, infatti, che l'attore «nihil aliud petit quam ut declaretur vinculi nullitas, et quidem ob aliquod vitium, quo consensum eius laborasse tenet. Tale vitium ille mordicus sustinet ac defendit; quod autem proprio nomine vitium idem nominare non valeat, ipse, qui scientiae iuris canonici expers est»; *coram* De Jorio, *Leodien.*, 13 maggio 1964, cit., n. 2, p. 353, secondo cui è compito dei giudici «nomen iuris tribuere factis…si actor seu actrix id non praestiterit aut verum non tribuerit»; *coram* Serrano, *Bononien.*, 24 ottobre 1986, cit., n. 8, p. 291, che afferma che due distinti *capita*, accomunati dalla peculiarità di concretizzarsi entrambi in vizi o carenze della volontà nuziale, «possunt dici compatibilia eo sensu quo ex iisdem comprobatis factis sequantur ideoque apta sint ut in binam (etiamsi in re solum unam) nullitatis figuram concurrant»; *coram* Bruno, *Romana*, 24 febbraio 1989, cit., n. 4, *loc.cit.*, ove si ravvisa la conformità equivalente «cum idem matrimonium ex defectu consensus nullum declaretur congruenti, etsi non eadem figura iuridica comprobata», e n. 7, p. 216, secondo cui ciò che giustifica la dichiarazione di conformità equivalente tra due sentenze fondate su *capita* formalmente distinti è che «Utraque enim nullitatis ex defectu consensus promanat, etsi Patres diversum nomen iuris iisdem factis tribuerint»; *coram* Stankiewicz, *Teramen.*, 22 marzo 1994, cit., n. 9, *loc.cit.*, che precisa che allorquando la nullità del vincolo nuziale è dovuta ad una carenza del consenso, decisiva, ai fini della conformità sostanziale, è la coincidenza del fatto giuridico principale consistente nel «facto psychico….cui eadem lex effectum invalidantem matrimonium tribuit»; *coram* Serrano, *Mediolanen.*, 23 gennaio 2004, cit., nn. 7-9, pp. 719-721; *coram* Boccafola, *Praenestina*, 23 febbraio 2006, nn. 7-8, in *Ius Ecclesiae*, 2008, pp. 542 s. (con nota di Francesco Pappadia, cit.), secondo cui affinché due pronunce possano essere ritenute conformi è sufficiente che «in idem obiectum, scilicet nullitatem matrimonii ob eadem facta probata, conveniant».

[53] Cfr. Nikolaus Schöch, *op.ult.cit.*, p. 130; Joaquín Llobell, *Incompetenza assoluta…*, cit., p. 761; Paolo Moneta, *op.ult.cit.*, p. 431, che sottolinea la «particolare contiguità» esistente tra le tre ipotesi di incapacità consensuale; Héctor Franceschi, *La capacità per l'atto di volontà: relazione tra il difetto grave della discrezione di giudizio e l'incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio in una recente sentenza* c. *Stankiewicz*, in *Ius Ecclesiae*, 2010, pp. 144 s. (nota a *coram* Stankiewicz, *Rapoten.*, 14 dicembre 2007); Id., Quaestiones disputatae *sul canone 1095*, 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, pp. 284-286, secondo cui nell'ermeneusi del can. 1095 occorre evitare «di concepire in modo autonomo, come se fossero tre capacità diverse, le tre dimensioni dell'unica capacità per il consenso che il legislatore ha tentato di tradurre, tenendo conto della struttura dell'atto volontario della persona, nei tre numeri del canone» (p. 284). In giurisprudenza, cfr. *coram* Bruno, *Romana*, 30 aprile 1993, in *Mon. eccl.*, 1994, n. 4, pp. 322 s., ove le tre fattispecie individuate dal can. 1095 vengono reputate sostanzialmente fungibili sulla base della circostanza che «conclusio substantialiter semper eadem est, scilicet incapacitas subiecti validum consensum praestandi ob deordinatum exercitium facultatis intellectivae et volitivae»; *coram* Stankiewicz, *Rapoten.*, 14 dicembre 2007, in *Ius Ecclesiae*, 2010, pp. 107 ss. (con nota di Héctor Franceschi, cit.). Cfr. anche Tribunale Ecclesiastico Regionale Campano e di Appello, 20 dicembre 2007, in questa *Rivista*, 2009/1, pp. 674 ss. (con nota di Paolo Bonaiuto).

Non a caso è stato posto in risalto che l'*incapacitas adsumendi* è strutturalmente connessa alla carenza dell'uso di ragione e della discrezione di giudizio, in quanto deriva da esse: qualora uno dei nubendi sia affetto da un deficit intellettivo-volitivo riconducibile al can. 1095, nn. 1 e 2, deve ritenersi *ipso iure* incapace di assumere gli obblighi essenziali[54].

L'interpretazione «estensiva» dei vizi contemplati dai primi due numeri del can. 1095 è stata formulata soprattutto al fine di raggiungere l'esecutività della declaratoria di nullità attraverso la conformità equivalente delle pronunce di primo e secondo grado[55]: in base al principio della parità di posizione tra attore e convenuto, principio basilare della dialettica processuale, riteniamo, però, che l'esegesi *de qua* possa essere utilizzata anche al fine di far valere il rispetto del divieto di *bis in idem*, impedendo che il mero mutamento della denominazione formale del capo accusato (dal *defectus discretionis* all'*incapacitas adsumendi* e viceversa) possa consentire la riproposizione di un'istanza sulla quale il tribunale canonico si sia già pronunciato negativamente.

Né può trascurarsi che anche un orientamento volto a ritenere che molto raramente il divieto di *bis in idem* potrebbe essere utilizzato per impedire l'introduzione di un giudizio di nullità individua nelle tre ipotesi contemplate dal can. 1095 uno degli ambiti in cui la conformità per equivalenza va considerata applicabile[56]. Risulta così ulteriormente ribadita l'impossibilità di considerare le tre fattispecie come sprovviste di elementi comuni e, quindi, del tutto indipendenti l'una dall'altra. In tal senso, a nostro giudizio, depone anche la prassi adottata dagli avvocati abilitati ad operare innanzi alla giustizia ecclesiastica, i quali sovente invocano congiuntamente, in sede di contestazione della lite, i nn. 2 e 3, onde evitare che una eccessiva predeterminazione dell'oggetto del giudizio possa nuocere al buon esito della causa.

È, quindi, ipotizzabile che le peculiarità della situazione concreta oggetto dell'indagine giudiziale inducano a ritenere che gli stessi fatti possano essere

---

[54] Cfr. José Maria Serrano Ruiz, *op.cit.*, p. 19; Antoni Stankiewicz, *L'incapacità di assumere…*, cit., p. 67; Sebastiano Villeggiante, *Il canone 1095, n. 3….*, cit., p. 45, ove si rileva che sovente la giurisprudenza canonica qualifica l'incapacità di assumere le obbligazioni essenziali connesse allo *status* di coniuge come una conseguenza della carenza di discrezione di giudizio. In giurisprudenza, cfr. *coram* Bruno, *Romana*, 30 aprile 1993, cit., n. 4, p. 322, secondo cui «Si contrahens igitur sufficienti usu rationis careat, gravi quoque defectu discretionis iudicii evidenter laborat et incapax certe evadit assumendi obligationes matrimoniales».

[55] Cfr. Grzegorz Erlebach, *La procedura abbreviata (can. 1682, §2) nella giurisprudenza rotale*, in *Giornate canonistiche baresi* (a cura di Raffaele Coppola), II, Adriatica Editrice, Bari, 2001, pp. 79-81.

[56] Cfr. Paolo Moneta, *La nuova trattazione…*, cit., pp. 493-495, secondo cui il can. 1095 individua «diverse specie o figure nell'ambito di un capo di nullità sostanzialmente unitario».

ricondotti sia al n. 2, sia al n. 3: ciò indipendentemente dal *nomen iuris* ad essi attribuito in sede di contestazione della lite. Qualora ciò si verificasse, conclude l'orientamento in esame, non potrebbe non avere refluenza sulla conformità per equivalenza delle sentenze[57], nel senso che potrebbero essere ritenute conformi due pronunce (e, nella nostra ottica, anche due istanze, una già decisa ed una ancora da decidere) fondate rispettivamente sui nn. 2 e 3 del can. 1095: si tratterebbe, invero, di una diversa qualificazione giuridica degli stessi fatti.

6. *Osservazioni conclusive*

L'analisi svolta ha consentito di evidenziare come l'istituto della conformità per equivalenza possa conservare la propria rilevanza anche dopo il superamento, nell'ambito delle cause di nullità matrimoniale, del principio della *duplex sententia conformis*. La conformità sostanziale può essere ravvisata, infatti, non solo tra due vicende giudiziarie conclusesi entrambe con una pronuncia, ma anche tra un processo definito con sentenza ed un processo che si trovi ancora nella fase iniziale (o, comunque, non sia ancora terminato).

Il principio in base al quale non è legittimo trattare due volte la medesima istanza nello stesso grado di giudizio va applicato, alla luce delle acquisizioni dottrinali e giurisprudenziali esposte nel presente lavoro, sia qualora vi sia identità formale tra i *capita nullitatis* addotti rispettivamente nella prima e nella seconda causa, sia qualora i diversi *nomina iuris* siano accomunati dalla circostanza di fondarsi sulla medesima situazione di fatto e sui medesimi mezzi istruttori. La regola *ne bis in idem* potrebbe essere utilizzata, pertanto (soprattutto nella fase iniziale del secondo giudizio, antecedentemente cioè

[57] Cfr. José Maria Serrano Ruiz, *op.cit.*, p. 32. Più restrittiva appare la posizione dello Stankiewicz, il quale osserva che il ritenere equivalentemente conformi due distinti capi di nullità, quali, ad es., la grave carenza di discrezione di giudizio e l'incapacità di assumere le *obligationes essentiales*, in quanto fondati sulle medesime circostanze di fatto (i cd. fatti semplici) e sui medesimi elementi probatori, non deve mai tradursi in una violazione sostanziale del principio della doppia sentenza conforme (principio che, lo ribadiamo, fino alla recentissima riforma voluta da Papa Francesco costituiva uno dei capisaldi della normativa processuale canonica concernente il giudizio di nullità): cfr. Antoni Stankiewicz, *La conformità…*, cit., pp. 164-166. Su quest'ultimo punto, cfr. anche Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, *Responsio*, Prot. 26882/96, in *Periodica de re canonica*, 1998, pp. 613 ss. Va rilevato che antecedentemente alla riforma operata dall'attuale Pontefice il principio della necessità della *duplex sententia conformis* aveva subito un temperamento ad opera di Benedetto XVI, il quale, con Rescritto dell'11 febbraio 2013, aveva stabilito che le pronunce rotali dichiarative della nullità del matrimonio fossero esecutive «senza che occorra una seconda decisione conforme»: il testo del summenzionato Rescritto può leggersi in *Dir. eccl.*, 2013, p. 684.

alla contestazione della lite), per inibire al tribunale ecclesiastico di valutare la nuova istanza attorea: un'eventuale trattazione nel merito sarebbe viziata, infatti, dall'incompetenza assoluta dell'organo giudicante, in quanto verrebbe ad integrare una seconda decisione emessa nello stesso grado di giudizio in ordine alla medesima vicenda fattuale e processuale.

Siffatta applicazione del divieto di *bis in idem* non è scevra di difficoltà, giacché i principi di atipicità e libertà, che secondo la normativa canonica sovraintendono alla formazione della prova, rendono senz'altro possibile che nel corso del giudizio i mezzi istruttori vengano integrati e/o modificati rispetto all'indicazione formulata inizialmente dall'attore: potrebbe così venir meno la coincidenza dei dati probatori, presupposto imprescindibile, lo si è già evidenziato, della conformità equivalente. Ci sembra, però, che la *conformitas substantialis* tra una causa già decisa con sentenza «negativa» ed una nuova istanza non possa essere contestata qualora si riscontri l'assoluta identità, non solo contenutistica, ma anche letterale, tra il primo ed il secondo libello e a ciò si aggiunga la coincidenza pressoché integrale tra la prova testimoniale acquisita nel corso del primo giudizio e quella della quale si chiede l'acquisizione nel nuovo processo.

Va altresì sottolineato che la valutazione relativa alla sussistenza, o meno, della conformità per equivalenza non può prescindere, a nostro giudizio, dalla natura dei *capita nullitatis* invocati nei due giudizi: occorre cioè verificare se si tratti di motivi di invalidità che, pur essendo formalmente distinti, presentino, oggettivamente considerati, una connessione strutturale tale da consentire di sussumere il medesimo substrato fattuale sia sotto l'uno, sia sotto l'altro.

Emblematiche appaiono, al riguardo, le tre ipotesi contemplate dal can.1095, in ordine alle quali sia il Magistero pontificio, sia l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale hanno posto in risalto l'impossibilità di considerarle quali monadi assolutamente separate ed indipendenti l'una dall'altra: lo impedirebbe non solo la circostanza di afferire tutte all'elemento consensuale, ma anche la summenzionata comunanza del substrato fattuale; la mancanza di uso di ragione ricomprenderebbe anche il difetto di discrezione di giudizio e l'*incapacitas adsumendi*, così come il difetto di discrezione ricomprenderebbe l'*incapacitas*.

Sarebbe quindi possibile ritenere che un giudizio concernente formalmente solo una delle tre ipotesi previste dal can. 1095 ricomprenda, di fatto, anche una (o entrambe) delle altre due fattispecie menzionate dalla norma: da qui l'illegittimità di una eventuale, ulteriore istanza promossa nello stesso grado e concernente le altre ipotesi di incapacità a contrarre per ragioni di ordine psichico.

Siffatta applicazione della conformità equivalente contribuisce a tutelare appieno il diritto di resistere di cui è titolare la parte convenuta; così come l'originaria elaborazione della nozione *de qua*, volta a rendere più agevole il raggiungimento della cd. doppia conforme, rispondeva (e risponde), di regola, all'interesse della parte attrice ad una celere definizione della vicenda processuale. Si realizza così il principio di parità delle parti del giudizio, principio basilare della dialettica processuale canonica, in quanto costituisce applicazione al settore specifico della tutela dei diritti di una delle connotazioni fondamentali dello *status* giuridico del fedele e cioè la «vera uguaglianza nella dignità e nell'agire»[58].

[58] Cfr. il can. 208; pressoché identico il can. 11 del *C.C.E.O.*

Il Consiglio presbiterale: un esempio di sinodalità in regimine dioecesis

Marco Fiorenzo Nogara

La codificazione del 1983 ha introdotto nell'ordinamento ecclesiale un istituto giuridico composto esclusivamente da presbiteri, la cui presenza è prescritta per ogni Chiesa particolare. Si tratta del Consiglio presbiterale: un organismo di natura consultiva avente il compito di coadiuvare il vescovo diocesano nel governo pastorale della porzione di popolo di Dio a lui affidata.

Nel presente studio tre sono le questioni che cercheremo di affrontare. Anzitutto liberare questo organismo da ogni possibile fraintendimento, cogliendone la natura e l'originale identità. Segue una riflessione sull'agire di questo istituto, individuando i momenti in cui il successore degli apostoli necessita del suo intervento. Un breve accenno al concetto di *in regimine dioecesis* potrebbe offrire spunti per rispondere a una domanda/provocazione: ha senso parlare di partecipazione nel governo pastorale del vescovo quando viene riconosciuto "soltanto" un compito consultivo? Un'attenta indagine sull'intrinseco legame tra vescovo e presbiterio potrà offrire qualche spunto per una risposta ragionevole.

Il lavoro non ha la pretesa di esaurire la trattazione dell'argomento, piuttosto fornire a chi legge qualche elemento per una ricerca sulle ragioni per cui il vescovo diocesano è tenuto a sentire – in alcune circostanze – il parere del suo presbiterio e, allo stesso tempo, il senso e le garanzie oggettive di questa collaborazione e partecipazione nel governo della Chiesa[1].

[1] Interessante notare che il Legislatore utilizza il termine "partecipazione" nel CIC anzitutto per prescrivere il dovere di ogni fedele di concorrere alla missione della Chiesa e solo successivamene per descivere l'agire . Cf. Cann. 204 § 1 e 16. Per ulteriori rilievi si rinvia a Manlio Miele, *Dalla sinodalità alla collegialità nella codificazione latina*, CEDAM, Padova 2004, p. 45.

1. *Cenni sull'origine del Consiglio presbiterale*

Il *Codex iuris canonici* promulgato nel 1983 dedica alcuni canoni del Libro II al Consiglio presbiterale[2], un *coetus* di sacerdoti a cui il legislatore supremo affida il compito di coadiuvare il vescovo nel governo della diocesi per il bene pastorale di quella determinata porzione di popolo di Dio. Il can. 495 descrive questo *consilium* come *senatus episcopi*, rappresentante il presbiterio della diocesi o – trattandosi di un territorio di missione nei primi stadi di organizzazione della cura pastorale[3] – del vicariato o della prefettura apostolica; e ne prescrive la costituzione all'interno di ogni Chiesa particolare. La stessa denominazione scelta dal Supremo Legislatore veicola una determinata modalità di coinvolgimento nell'azione ecclesiale dei presbiteri, ponendo una distinzione rispetto ad altre forme quali ad esempio il Collegio dei consultori[4].

Il Consiglio presbiterale nasce come tale solo dopo il Concilio Vaticano II[5], eppure è possibile ravvisare la sua esistenza già in epoca apostolica[6]. Il paradosso espresso impone a chi si accinge a ricostruire la storia di questo istituto di intrecciare in modo armonico due differenti linee di ricerca e di lettura: una che potremmo definire linea della discontinuità e una della continuità. Con la prima, evidente nell'origine prossima di questo organismo presbiterale, sarà possibile far emergere la sua totale novità, con la seconda invece risulterà evidente la connaturale familiarità di questo *coetus* con la prassi e la vita della Chiesa dei primi secoli.

Anzitutto l'origine prossima. Il codice piano-benedettino prevedeva al can. 391 un collegio di chierici denominato *capitulum canonicorum cathedra-*

---

[2] Cann. 495-501 CIC.

[3] Can. 371 § 1 CIC.

[4] Can. 502 CIC. Nel citato volume di Miele è possibile trovare un approfondimento circa la poliedricità del termine *collegium*, sia attraverso la ricostruzione di un percorso storico sullo sviluppo degli istituti ecclesiali collegiali, sia con puntualizzazioni di natura semantica. Manlio Miele, *op. cit.*, 47-57. Ulteriori considerazioni in Id., *Papa Francesco e gli sviluppi recenti del metodo sinodale*, nel vol. *Famiglia e matrimonio di fronte al Sinodo. Il punto di vista dei giuristi*, a cura di Ombretta Fumagalli Carulli-Anna Sammassimo, Vita e Pensiero, Milano 2015, pp. 317-345, in particolare pp. 321-325.

[5] La denominazione di *consilium presbyterale* compare per la prima volta nel 1966 con il motu proprio *Ecclesiae sanctae* del beato Paolo VI, mentre la previsione di questo organismo è frutto del dibattito conciliare, in particolare del decreto *Prebyterorum ordinis* del 1965.

[6] Vincenzo Fagiolo, *Il* «consilium presbyterale», nel vol. *Miscellanea. Diritto canonico e pastoralità*, Libreria editrice Vaticana, Città del Vaticano 2001, pp. 365-366. Tadeusz Pieronek, *Natura e funzioni del Consiglio presbiterale*, in *Partecipazione e corresponsabilità nella Chiesa. I Consigli diocesano e parrocchiali*, in *La synodalité: La partecipation au governement dans l'Eglise. Actes du VII^e congrés international de Droit canonique, Paris, Unesco, 21-28 septembre 1990*, in *L'année canonique. Hors série,* II, 1992, p. 693.

le, descritto dal legislatore come *senatus et consilium episcopi*, avente oltre alle finalità proprie relative al culto, anche il compito di aiutare il vescovo nel governo della diocesi. Durante l'assise conciliare venne riconosciuta la crisi di questo collegio, non più rispondente alle mutate esigenze dei tempi[7], e insieme si consolidò la domanda di un "*verum senatum, ex omni genere sacerdotum formatum et omnem realitatem dioecesanam vere repraesentantem – qui [Episcopum] adiuvet in gubernio Ecclesiae localis*"[8]. In poco più di un anno la riflessione circa la creazione di un istituto che potesse incarnare questa necessità si tradusse in un'indicazione esplicita affinché si costituisse, «nella forma e secondo norme giuridiche da stabilire, [un *coetus seu senatus* di sacerdoti] in rappresentanza del presbiterio, il quale con i suoi consigli possa aiutare efficacemente il vescovo nel governo della diocesi»[9].

I padri conciliari poterono vedere realizzato questo organismo consultivo già prima del completamento dei lavori di revisione del Codice di diritto canonico: il 6 agosto 1966 infatti, promulgando le norme per l'applicazione di alcuni decreti conciliari, Paolo VI, *ad experimentum*, fornì alla Chiesa alcune linee per la costituzione dei primi consigli presbiterali, "*senza sancirne definitivamente la natura giuridica*"[10]. Il Pontefice offrì una definizione essenziale, individuandone le finalità e le competenze. L'obbligatorietà venne nuovamente ribadita qualche anno dopo con la lettera circolare *Presbyteri sacra* della Sacra Congregazione per il Clero, inviata dal dicastero romano a tutte le conferenze episcopali[11].

L'istituzione del Consiglio presbiterale venne salutata da molti canonisti come una "reale novità"[12], mentre ad altri parve eccessivo esprimersi in questi termini. Secondo Arrieta, ad esempio, questa nuova struttura non veniva a colmare un vuoto nell'ambito del governo della diocesi, in quanto già *Presbyterorum ordinis* individuava un gruppo di sacerdoti che potesse-

---

[7] Cf. interventi dei padri conciliari raccolti negli *Acta Synodalia*, vol. III, pars IV, Typis Polyglottis Vaticanis, Città del Vaticano, 1974, ripresi in Giacomo Incitti, *Il consiglio presbiterale. Alle origini di una crisi*, EDB, Bologna 1996, pp. 10-12.

[8] Eduardo Pironio, *Animadversiones scripto exhibitae quoad schema de vita et ministerio sacerdotali,* in *Acta Synodalia*, vol. III, pars IV, p. 626. Le osservazioni del Pironio furono sottoscritte da altri otto vescovi.

[9] PO 7: EV 1/1264.

[10] Paolo VI, motu proprio *Ecclesiae sanctae*, 6 agosto 1966: EV 2/752-913, in particolare EV 2/782-793.

[11] Sacra Congregatio pro Clericis, *Litterae circulares ad Praesides Conferentiarum Episcopalium Presbyteri sacra de Consiliis presbyteralibus iuxta placita congregationis plenariae*, 10 ottobre 1969: EV 3/2449-2476.

[12] Ad esempio il card. V. Fagiolo, poi responsabile del Consiglio per l'Interpretazione dei testi legislativi, in Vincenzo Fagiolo, *op. cit.*, p. 367.

ro integrare il capitolo dei canonici, con lo scopo di coadiuvare il vescovo, perfezionando e adeguando alle circostanze e alle necessità dell'epoca gli organismi già esistenti[13]. L'accento è posto quindi sulla continuità rispetto alla vita della Chiesa. Molteplici sono le testimonianze relative all'epoca apostolica quando i presbiteri, quasi come un senato attorno agli apostoli (dove appaiono sempre collettivamente), li coadiuvavano nel momento in cui si dovevano prendere delle decisioni di maggiore importanza[14]. Indizi a sostegno di questa lettura si trovano negli scritti di Ignazio di Antiochia, di Clemente Romano, di Policarpo di Smirne e di Cipriano. Quest'ultimo in una lettera rivolta ai suoi collaboratori testimonia l'aiuto offerto dai presbiteri all'attività pastorale del vescovo. Il discepolo di Tertulliano scrive addirittura: "*nihil sine consilio vestro*"[15]. I presbiteri vengono descritti non soltanto come esecutori delle direttive del vescovo nell'ambito dell'annuncio e dei sacramenti, ma ricoprono, nel senso più ampio, un ruolo nell'azione pastorale all'interno della Chiesa, estendendo il proprio influsso sulle decisioni prese dal vescovo[16].

Il Consiglio presbiterale ha conosciuto una rapida fortuna, sebbene non sia stato esente da fasi di crisi causate principalmente dall'errata comprensione dell'istituto o delle competenze dello stesso, così come da fraintendimenti circa la composizione o il rapporto con il vescovo. Il pericolo maggiore è consistito infatti nella lettura mondana di un organismo squisitamente di natura ecclesiale[17]. Si è tentato di ridurlo a strumento sindacale posto a

---

[13] Juan Ignacio Arrieta Ochoa, *El regimen juridico de los consejos presbiteral y pastoral*, in *Ius canonicum*, n. 21, 1981, pp. 571-572.

[14] Basti ricordare il Concilio di Gerusalemme, dove il presbiterio di Gerusalemme partecipa, insieme agli apostoli, alla soluzione della controversia riguardante la circoncisione dei neofiti e il rapporto con la legge di Mosé (At 15,2-24). Cf. Erio Castellucci, *Il ministero ordinato*, Queriniana, Brescia 2002, p. 63. Agostino Montan, *La Chiesa Particolare. Strutture e missione*, Scuola Tipografica S. Pio X, Roma 2007, pp. 143-148.

[15] Tullio Citrini, *Presbiterio e presbiteri. I. La vivacità degli inizi (I-III secolo)*, Ancora, Milano 2010, p. 212.

[16] Padre Agostino Montan ricorda che "*i vescovi chiamano spesso i membri del presbiterio con l'appellativo di "co-presbiteri", segno che si sentivano parte di uno stesso organo*". Agostino Montan, *op. cit.*, p. 145. Eugenio Corecco, *Il vescovo, capo della Chiesa locale, protettore e promotore della disciplina locale*, nel vol. *Ius et communio. Scritti di diritto canonico*, a cura di Graziano Borgonovo-Arturo Cattaneo, Piemme, Casale Monferrato 1997, I, p. 331. Pubblicato anche in *Concilium*, n. 4, 1968, pp. 106-121.

[17] "*L'esistenza dei presbiteri attorno al Vescovo, infatti, non deriva da semplici motivi di ordine funzionale, quasi che il Vescovo da solo non fosse in grado di esercitare tutti i compiti attinenti al suo ufficio, ma da motivi ecclesiologici*". Eugenio Corecco, *Sinodalità e partecipazione nell'esercizio della* «Potestas sacra», nel vol. *Ius et communio*, cit., p. 140. Libero Gerosa, *Il governo: fra Chiesa cattolica e cultura democratica*, nel vol. *Memorie scientifiche, giuridiche, letterarie*, a cura dell'Accademia Nazionale di Scienze Lettere e Arti di Modena, Serie VIII, vol. VII, fasc. II, 2004, pp. 587-589.

tutela dei diritti dei sacerdoti[18], così come non sono mancate istanze volte a strumentalizzarlo in funzione di una logica di potere, in nome di una presunta «democratizzazione» della Chiesa o, al contrario, per paura di perdere il potere stesso[19].

Una parola inequivocabile a tale proposito è stata recentemente espressa dalla Congregazione per i Vescovi. Nel Direttorio *Apostolorum successores*, si precisa che "*tali organismi imprimono uno stile comunionale al governo pastorale del vescovo, in quanto si realizza una sorta di circolarità tra quanto il vescovo è chiamato a disporre e provvedere con responsabilità personale per il bene della diocesi e la collaborazione di tutti i fedeli. Il vescovo ricorderà chiaramente che gli organismi di partecipazione non si ispirano a criteri della democrazia parlamentare, perché sono di natura consultiva e non deliberativa*"[20].

2. *Senatus episcopi*

Il Codice definisce il Consiglio presbiterale "senato del vescovo", legando tale istituto all'ufficio vescovile. Un esempio della forza di tale connessione è ravvisabile nel caso di sede vacante quando, mentre continua ad esistere il presbiterio diocesano, cessa il Consiglio presbiterale[21]. Più in generale si può affermare che l'intera vita del Consiglio presbiterale è scandita dall'agire del vescovo: al vescovo diocesano ne spetta la costituzione[22] e lo scioglimento

---

Congregazione per il clero, *Direttorio per il ministero e la vita dei presbiteri. Nuova edizione*, Città del Vaticano 2013, n. 26.

[18] Si pensi, ad esempio, ai tentativi di assimilarlo agli strumenti di rappresentanza politico-sindacale caratteristici delle società occidentali contemporanee. Mario Marchesi, *Il Consiglio presbiterale: gruppo di sacerdoti, rappresentante di un presbiterio*, nel vol. *Partecipazione e corresponsabilità nella Chiesa. I Consigli diocesano e parrocchiali*, a cura di Mauro Rivella, Ancora, Milano, 2000, pp. 103-105. Id, *c. 495*, nel vol. *Comentario exegético al Código de derecho canónico*, a cura dell'Instituto Martín De Azpilcueta. Faculdad de Derecho Canónico Universidad de Navarra,. III/2, EUNSA, Pamplona 1997, 1142-1146. Michel Dortel-Claudot, *L'évêque et la synodalité*, in *Nouvelle Revue Théologique*, p. 652. Winfried Aymans-Klaus Mörsdorf, *Kanonisches Recht. Lehrbuch Aufgrund des Codex iuris Canonici*, Band II, Ferdinan Schöningh, Paderborn 1997, p. 393.

[19] Eugenio Corecco, *Struttura sinodale o democratica della Chiesa particolare?*, in *Ius et communio.* cit., pp. 15-17. L'articolo fu pubblicato inizialmente nel vol. *Miscelánea en honor de Juan Becerril y Antón-Miralles*, a cura di Horacio Santiago Otero, Ed. Revista de Occidente, Madrid 1974, II, pp. 269-299.

[20] Congregazione per i Vescovi, *Direttorio per il ministero pastorale dei vescovi* Apostolorum successores, n. 165, 22 febbraio 2004, Città del Vaticano 2004: EV 22/1974.

[21] Can. 501 § 2 CIC.

[22] Can. 495 § 1 CIC. Nei vicariati e nelle prefetture apostoliche tale compito spetta al vicario o al prefetto. Can. 495 § 2 CIC.

nel caso di inadempienza o di grave abuso[23], l'approvazione degli statuti[24], la nomina di alcuni membri[25], la convocazione[26], la presidenza e la definizione dell'ordine del giorno[27], l'opportunità di accogliere o meno le proposte dei membri[28], la responsabilità di far conoscere la decisione al termine della consultazione[29] e ciò che è stato stabilito[30].

Se è vero che il Consiglio presbiterale non esiste e non agisce senza il vescovo diocesano, è altrettanto vero che il vescovo diocesano non può non avere un *senatus* presbiterale che lo assista nel governo pastorale della diocesi. Cessata la situazione di sede vacante, entro un anno dalla presa di possesso, il nuovo vescovo diocesano è tenuto infatti a costituire nuovamente il Consiglio presbiterale[31]; mentre là dove non è possibile costituire un *coetus* di sacerdoti per l'esiguo numero di preti, il presbiterio stesso, senza meccanismi di rappresentatività, coadiuva il vescovo nel perseguimento del bene pastorale della porzione di popolo di Dio a lui affidata[32].

La costituzione del Consiglio presbiterale avviene mediante decreto vescovile ed è un atto di potestà esecutiva, disciplinato dalla normativa universale e da quella particolare. Il *Codex* attribuisce la responsabilità, entro i confini della propria diocesi, esclusivamente al vescovo diocesano, per cui è invalido l'atto compiuto ad esempio dal vescovo ausiliare costituito, ai sensi del can. 406 § 1, vicario generale. Circa l'oggetto, il vescovo può includere tra i membri del Consiglio presbiterale solo presbiteri, *a norma iuris*, in particolare deve attenersi alla normativa dei cann. 497-498, alle norme emanate dalla Conferenza episcopale[33] e agli statuti propri[34].

Il vescovo diocesano presiede legittimamente il Consiglio presbiterale e i lavori dello stesso. Può affidare la conduzione delle discussioni a un mode-

---

[23] Can. 501 § 3 CIC.

[24] Can. 496 CIC.

[25] Can. 497, 3° CIC.

[26] Can. 500 § 1 CIC.

[27] *Ibidem*.

[28] *Ibidem*.

[29] Can. 500 § 2 CIC.

[30] Can. 500 § 3 CIC.

[31] Can. 501 § 2 CIC.

[32] Gianfranco Ghirlanda, *Il diritto nella Chiesa*, San Paolo, Cinisello Balsamo 1990, p. 564. Nei vicariati e nelle prefetture apostoliche il consiglio presbiterale può risultare composto anche solo da tre presbiteri missionari. Cf. Can. 495 § 2 CIC.

[33] Can. 496 CIC.

[34] Can. 499 CIC.

ratore secondo gli statuti senza per questo venir meno al suo dovere[35], ma non può disporre di questo organismo in modo arbitrario. È tenuto infatti all'osservanza degli Statuti propri e nei casi patologici, in cui si riscontra una inadempienza del Consiglio o di alcuni suoi membri – ad esempio assenze ripetute non giustificate, ostruzionismo ideologico – o addirittura un abuso grave delle competenze riconosciutegli dal diritto[36], deve necessariamente consultare il Metropolita prima di procedere con la promulgazione di un decreto di scioglimento, onde evitare un'illecita compressione dell'autonomia del Consiglio stesso[37].

Trattandosi di un organo consultivo, spetta unicamente al vescovo diocesano l'atto decisorio, in quanto la responsabilità del governo pastorale della Chiesa particolare è affidata in modo personale – proprio, ordinario e immediato, sotto l'autorità del Romano Pontefice – a coloro che, per divina istituzione, sono succeduti al posto degli apostoli, quali pastori della Chiesa[38]. Ne consegue che il vescovo, per la validità dell'atto che vuole porre in essere, deve sentire il Consiglio presbiterale nei casi prestabiliti dal Legislatore o comunque negli affari di maggiore importanza, riservandosi però la libertà ultima di agire o meno in conformità al parere ricevuto. È evidente che un comportamento contrario al giudizio espresso dal Consiglio presbiterale in modo collegiale difficilmente avrà ricadute positive sull'attività pastorale, o almeno non apparirà immediatamente come frutto dell'unità tra vescovo e presbiterio. Allo stesso tempo bisogna diffidare da posizioni semplicistiche che affermano che i vescovi debbano sempre attenersi al parere del proprio senato, in quanto essi sono partecipi della sollecitudine per tutte le chiese ed esercitano la carità episcopale come membri di un corpo apostolico, in virtù della loro sacramentale consacrazione e in gerarchica comunione col capo e coi membri del collegio episcopale[39]. Ricorrendo a due immagini utilizzate dal Gerosa per descrivere l'episcopato, possiamo dire che il vescovo, mentre

---

[35] Cf. Pierantonio Pavanello, *Commento al can. 500*, nel vol. *Codice di diritto canonico commentato*, a cura della redazione di Quaderni di Diritto Ecclesiale, Milano 2001, p. 447.

[36] Il Direttorio per il ministero pastorale dei vescovi ricorda che «il consiglio presbiterale non deve mai agire all'insaputa del vescovo diocesano, in quanto soltanto a lui spetta convocarlo, presiederlo, determinare le questioni da trattare e divulgare il contenuto delle discussioni e le eventuali decisioni adottate». AS 182: EV 22/2011.

[37] Can. 501 § 3 CIC. Nel caso in cui si tratta del Consiglio presbiterale della stessa sede metropolitana, il metropolita è tenuto a consultare il vescovo suffraganeo più anziano per promozione.

[38] Cf. LG 20c; 23b: EV 1/333;339. CD 8a; 11b: EV 1/586;594.

[39] Cf. LG 22-24: EV 1/336-343. CD 4a; 6: EV 1/579;582-584. Cf. Eugenio Corecco, *Il Vescovo, capo della Chiesa particolare, protettore e promotore ella disciplina locale*, nel vol. *Ius et communio*, I, pp. 325-339, in particolare pp. 338-339. L'articolo apparve originariamente in *Concilium*, n. 4, 1968, pp. 106-121.

governa – e quindi anche mentre si relaziona con il suo Consiglio presbiterale – è sempre "*homo apostolicus*" nei confronti del proprio gregge, ma anche sempre "*homo catholicus*" nei confronti della Chiesa intera[40].

Chiave di lettura della subordinazione del Consiglio presbiterale al vescovo diocesano è il principio della *communio hierarchica* ripreso dall'ecclesiologia di comunione del Concilio Vaticano II ed esplicitato nella Relazione finale del Sinodo dei vescovi del 1985[41]. Ne consegue che è errato affermare che il *consilium presbyterale* sia stato istituito per controllare l'attività di governo del vescovo o per avvalorare le decisioni già prese da colui a cui è affidata la cura pastorale della diocesi. La dipendenza di questo organismo dal vescovo vuole esprimere piuttosto lo stretto legame esistente e l'unità nel governo pastorale di quella determinata porzione di popolo di Dio.

3. *Composizione del Consiglio presbiterale*

Il decreto conciliare *Presbyterorum ordinis*, al n. 7a, nell'intento di tradurre in modo pratico la riconosciuta necessità che i vescovi si pongano in ascolto dei loro sacerdoti – suggerendo la consultazione e il dialogo come metodo per il lavoro pastorale al fine di perseguire il bene della diocesi – prescrive "*forma ac normis iure determinandis*" l'istituzione di un "*coetus seu senatus sacerdotum, Presbyterium rapraesentantium*". Il can. 495, riprendendo questi passi, preclude la possibilità di diventare membro del Consiglio presbiterale a chi non è sacerdote, per cui non possiedono alcun diritto, né attivo né passivo in ordine all'elezione – ma neppure possono essere liberamente nominati dal vescovo – coloro che non hanno ricevuto il sacramento dell'ordine, almeno nel grado del presbiterato, ai sensi dei cann. 1008-1009. Formulato in termini positivi, potenzialmente costituiscono il *coetus sacerdotum* solo i presbiteri e i vescovi. Per quanto riguarda questi ultimi, scrive l'Incitti, "*il codice non sancisce alcun divieto alla loro partecipazione [vescovi coadiutori o ausiliari]: non è lecito ad altri operare simili interpretazioni restrittive. Diversa*

---

[40] Libero Gerosa, *El Obispo, punto de convergencia de las dimenciones universal y particolar de la Iglesia*, IX Simposio Internacional de Teologia, Universidad de Navarra, Faculdad de Teologia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona 1989, pp. 434-435. Id, *L'Evêque dans les documents de Vatican II*, nel vol. *Visage de l'Église. Cours d'ecclésiologie*, a cura di Patrick de Laubier, Éditions Universitaires, Fribourg 1989, pp. 73-90. Eugenio Corecco-Libero Gerosa, *Il diritto della Chiesa*, Jaca Book, Milano-Lugano 1995, p. 236. Libero Gerosa, *Il prete "uomo di comunione" perché "uomo vero"? Profili canonistici dell'identità e della missione del presbitero*, in *Rivista teologica di Lugano*, n. 3, 2009, pp. 462-465.

[41] EV 9/1800-1809.

è la questione della convenienza: non sembra opportuno che i vescovi coadiutori e i vescovi ausiliari o anche eventualmente gli emeriti godano di voce attiva e passiva in ordine alla partecipazione al Consiglio episcopale"[42]. Come per i diaconi e i laici, anche per i vescovi ausiliari e coadiutori altra è la modalità di partecipazione al governo della Chiesa.

Il Consiglio presbiterale costituisce un'emanazione del presbiterio della Chiesa particolare in quanto rappresenta i sacerdoti che appartengono a un determinato presbiterio. Che cosa significa concretamente questa espressione? Il can. 498 offre alcuni criteri pratici per comprendere questa "rappresentatività". Dalla lettura del canone, il corpo elettorale risulta essere composto da tutti i sacerdoti incardinati nella diocesi (§ 1, 1°), dai sacerdoti secolari non incardinati nella diocesi (§ 1, 2°), dai sacerdoti membri di un istituto religioso o di una società di vita apostolica i quali, dimorando nella diocesi, esercitano in suo favore qualche ufficio (§ 1, 3°) e, a discrezione del diritto particolare, da altri sacerdoti che abbiano all'interno della diocesi il domicilio o il quasi-domicilio (§ 2). Ne consegue che, per quanto riguarda la normativa universale, due sono i possibili titoli che attribuiscono a un presbitero il diritto di far parte del corpo elettorale e, quindi, di essere eletto membro del Consiglio presbiterale: l'incardinazione e l'esercizio di un ufficio a favore della diocesi (questo secondo titolo si applica solo a coloro che dimorano nella diocesi)[43]. Requisiti formulati dal legislatore in modo esplicito, ma che necessitano di alcune precisazioni utili per gestire situazioni anomale o patologiche del presbiterio.

a. *L'incardinazione* «definisce il legame tra il servizio ministeriale del chierico e una Chiesa particolare; ne indica l'appartenenza e l'impegno a dedicarsi ad essa […]. Con l'incardinazione si stabilisce un legame particolare con un vescovo e la sua Chiesa, ma per servire, attraverso di essa, la Chiesa universale»[44]. *Ex can.* 265, "*quemlibet clericum oportet esse incardinatum*", per cui un sacerdote appartiene sempre a una determinata Chiesa particolare e, quindi, a quel presbiterio[45]. Il vincolo giuridico di natura gerarchico e ministeriale definito "incardinazione" completa l'ordinazione di un soggetto al servizio di

---

[42] Giacomo Incitti, *op. cit.*, cit., p. 128.

[43] Giovanni Paolo II, Es. Ap. post sinodale *Pastores dabo vobis*, 17; 74.

[44] Congregazione per il Clero, *Direttorio per il ministero e la vita dei presbiteri*, n. 35. Andrea Migliavacca, *Commento al can. 265*, nel vol. *Codice di diritto canonico commentato*, a cura della Redazione di Quaderni di Diritto Ecclesiale, Milano 2001, p. 273,

[45] Giacomo Incitti, *op. cit.*, p. 131.

una porzione di popolo di Dio[46] e le conferisce stabilità[47]. *A norma iuris* l'incardinazione è il titolo naturale per cui un sacerdote è parte del corpo elettivo del Consiglio presbiterale. Si possono realizzare però situazioni in cui all'incardinazione non segua l'esercizio di un ufficio ecclesiastico a favore della diocesi di appartenenza[48], oppure casi in cui un sacerdote regolarmente incardinato abbia ricevuto una sentenza o un decreto con cui viene dichiarata o inflitta la pena della scomunica[49]. Ugualmente si può dare il caso in cui un prete eserciti, in modo legittimo, il proprio ministero presso una diocesi diversa da quella di incardinazione, ad esempio come *fidei donum*, oppure – caso meno felice – che per negligenza o disobbedienza si rifiuti di assumere un incarico. Le situazioni menzionate, a titolo diverso, rappresentano delle limitazioni al principio generale enunciato al can. 498 § 1, 1°. Osserva il Marchesi che, "*al fine di salvaguardare la razionalità della norma, l'incardinazione deve avere un nesso giuridico con il servizio per generare una possibilità di agire*"[50].

b. *L'esercizio di un ufficio ecclesiastico a favore della diocesi*: il canone parla di "*aliquod officium*» e «*in eiusdem bonum exercent*". Per il diritto canonico il termine *officium* ha un significato proprio, codificato dal legislatore e descritto al can. 145 § 1. Conseguenza di questa precisazione è la preclusione a quanti, all'interno della diocesi, svolgono un semplice incarico transeunte, non costituito mediante provvisione canonica[51]. L'ufficio, inoltre, deve essere esercitato per il bene della diocesi, ovvero finalizzato direttamente alla Chiesa particolare e in qualche maniera collegato con essa. All'interno della diocesi possono essere presenti dei sacerdoti, non incardinati nella stessa, pieni di zelo per la *salus animarum* e ferventi nell'apostolato, ma dediti ad esempio esclusivamente al servizio di una scuola cattolica appartenente al proprio istituto religioso. Pur riconoscendo la preziosità di questa presenza per la Chiesa particolare, essi non svolgono direttamente

---

[46] Mario Marchesi, *op. cit.*, p. 99.

[47] CD 28a: EV 1/647.

[48] È il caso della incardinazione come puro atto formale, intesa come puro supporto giuridico per un presbitero destinato costitutivamente soggetto a un superiore diverso dal vescovo incardinante e non avere uffici dipendenti dal vescovo. Cf. Mario Marchesi, *op. cit.*, p. 99.

[49] *Ex can.* 171 § 1, 3° lo scomunicato è inabile a dare il voto nelle elezioni canoniche, per cui non può essere soggetto attivo, mentre *ex can.* 1331 § 1, 3° non può essere neppure soggetto attivo.

[50] Cf. *Communicationes*, n. 14, 1982, pp. 216-217. Mario Marchesi, *op. cit.*, p. 99.

[51] Cf. cann. 146-147 CIC. Carlo Redaelli, *Il diritto di voce attiva e passiva nell'elezione del consiglio presbiterale*, in *Partecipazione e corresponsabilità*, cit., p. 130.

un servizio a favore della diocesi, per cui non possono essere inclusi nella previsione del can. 498 § 1, 2°. Il caso presentato ci permette di comprendere nella fattispecie dubbiosa tutti i religiosi presbiteri, così come i sacerdoti membri di società di vita apostolica, delle prelature personali o di ordinariati, ovvero tutti coloro che sia formalmente sia sostanzialmente restano sganciati dal vescovo diocesano, in quanto hanno un ordinario proprio o un moderatore per l'esercizio del proprio ministero sacerdotale. La loro partecipazione al presbiterio diocesano è subordinata all'esercizio di un ufficio a beneficio della diocesi, per cui si può affermare che "*l'inserimento organico nell'attività pastorale della diocesi, in virtù di un mandato del vescovo, viene ad esprimere la circostanza giuridicamente più idonea a giustificare l'appartenenza del presbitero,* durante munere*, al presbiterio diocesano e quindi al Consiglio presbiterale*"[52]. Ne consegue che è "*manifestamente inidoneo chi con il vescovo non ha nessun rapporto né di diritto né di fatto*"[53].

Il can. 497, accanto a quanti sono stati eletti dal presbiterio diocesano, annovera tra i membri del Consiglio presbiterale anche alcuni sacerdoti liberamente nominati dal vescovo diocesano (3°) e altri, secondo quanto stabilito dagli statuti, in virtù dell'ufficio loro affidato (2°). I primi intervengono a perfezionare la rappresentatività del clero diocesano, ad esempio introducendo categorie di presbiteri non espresse dall'elezione: il vescovo può ritenere infatti opportuno che all'interno del Consiglio presbiterale vi sia anche un prete di recente ordinazione, così come un rappresentante del clero anziano, oppure un vicario parrocchiale piuttosto che un cappellano di un ospedale, di una casa di cura o di un istituto di prevenzione e pena. La nomina vescovile di membri non eletti non è obbligatoria e, secondo la *ratio* della norma, non deve essere viziata da logiche mondane di gestione del potere, per cui contraddirebbe la finalità propria del Consiglio presbiterale la scelta di presbiteri in funzione della loro sintonia con le idee del vescovo (semplicemente per bilanciare o correggere le eventuali maggioranze) o legati a lui da interessi alieni rispetto al bene della diocesi.

Alcuni sacerdoti, i cosiddetti *membra nata*, entrano invece a far parte del Consiglio presbiterale con l'assunzione di un determinato ufficio. La designazione degli uffici che conferiscono questa titolarità è riservata agli statuti dello stesso Consiglio. Normalmente figurano tra i membri *ex officio* i vicari

---

[52] Giacomo Incitti, *op. cit.*, p. 140. Carlo Redaelli, *op. cit.*, p. 130. D.J. Andrés Gutiérrez, *Il Diritto dei Religiosi. Commento al Codice*, EDIURCLA, Roma 1996, p. 532.

[53] Mario Marchesi, *op. cit.*, p. 99.

episcopali, il vicario giudiziale e il rettore del seminario. I delegati vescovili per i vari ambiti della pastorale o per particolari categorie di *christifideles*, così come altri collaboratori della curia, sarebbe meglio che non fossero inclusi come membri di diritto, piuttosto prevedere un loro invito come periti per i singoli aspetti di loro competenza.

Il Consiglio presbiterale si compone così di membri eletti, di membri di nomina vescovile e di membri presenti in virtù dell'ufficio: le tre categorie hanno parità giuridica, per cui non vi sono titoli di appartenenza che possano qualificare diversamente il voto.

4. *Il vescovo è membro del Consiglio presbiterale?*

L'esame della composizione del Consiglio presbiterale si completa con qualche nota circa il ruolo del vescovo diocesano. In quanto organo consultivo, il Consiglio presbiterale si pone necessariamente di fronte al vescovo: non avrebbe infatti alcun senso che un soggetto subordinasse il proprio agire all'ascolto del proprio parere. Da un punto di vista ontologico-sacramentale non è però possibile separare il vescovo dal suo presbiterio diocesano. È doveroso distinguerlo, mentre è errato contrapporlo. I documenti conciliari affermano infatti con forza l'unità sacramentale tra vescovo e presbiteri: la costituzione dogmatica *Lumen gentium* afferma che i presbiteri, con le debite distinzioni, sono uniti ai vescovi nell'onore sacerdotale (n. 28a), e con il proprio vescovo costituiscono un unico presbiterio (n. 28b)[54]. Il decreto *Christus Dominus* descrive l'insieme dei sacerdoti diocesani come coloro che sono incardinati o addetti a una Chiesa particolare come un solo presbiterio e una sola famiglia, di cui il vescovo è il padre (28a)[55]. Infine, il decreto sull'attività missionaria della Chiesa *Ad gentes divinitus* parla di un unico soggetto costituito dal vescovo con il proprio presbiterio[56].

Un significativo tentativo di superamento di questa aporia ci sembra quello offerto da F. Coccopalmerio il quale, partendo dalla struttura del Concilio ecumenico e dal suo rapporto con il Romano Pontefice, cerca di ripensare in termini comunionali la relazione tra vescovo diocesano e Consiglio presbiterale. L'insigne canonista propone di individuare una struttura *deliberativo ecclesiale* in cui «non sussisterebbe distinzione tra soggetto che offre consigli

[54] EV 1/354-355.

[55] EV 1/647.

[56] «*Episcopi, una cum suo quisque presbyterio […] cum universali Ecclesia sentiant atque vivant*». EV 1/1152.

e soggetto che prende la deliberazione»: ci sarebbe quindi un unico soggetto comprendente sia il pastore sia i fedeli. Al primo è riconosciuto un ruolo gerarchicamente superiore, al secondo il diritto/dovere di partecipare al governo pastorale della diocesi. In modo analogo a quanto avviene nel Concilio ecumenico, il vescovo diocesano può votare con la maggioranza dei membri e quindi addivenire una *deliberazione d'insieme*, così come può votare in modo diverso: in questo caso non si avrà una deliberazione dell'insieme[57]. In conclusione riteniamo corretto affermare che il vescovo diocesano fa parte del Consiglio presbiterale, ma non ne è membro, almeno così come lo sono i presbiteri, siano essi eletti, nominati o presenti in virtù dell'ufficio ricoperto.

5. *"In regimine dioecesis". Concetto di "governo ecclesiale"*

Paolo VI nel motu proprio *Ecclesiae sanctae*, ha individuato l'ambito di azione del Consiglio presbiterale affermando che "*Episcopum in regimine dioecesis suis consiliis efficaciter adiuvare possit*"[58]. L'ausilio al vescovo nel governo della Chiesa particolare risulta pertanto essere il compito essenziale e unico di questo organismo rappresentante il presbiterio della diocesi. Per comprendere l'ampiezza di questo aiuto è necessario spendere qualche parola circa il concetto di governo ecclesiale, per evitare di attribuire a questo *senatus Episcopi* un ruolo meramente simbolico oppure ridurre il suo intervento alle otto situazioni previste dalla normativa codiciale[59].

Consapevoli della vastità e della complessità della riflessione teologica e canonistica in materia e della necessità di operare in questa sede una sintesi funzionale alla comprensione dei canoni 495-501, ci limiteremo a presentare il concetto di governo ecclesiale così come appare nei documenti del Magistero, condividendo in qualche passaggio la riflessione di E. Corecco e di L. Gerosa[60]. Non è infatti possibile trovare all'interno del Codice promulga-

---

[57] Francesco Coccopalmerio, *La natura della consultività ecclesiale,* in *Partecipazione e corresponsabilità*, cit., pp. 31-32.

[58] ES 15: EV 2/782.

[59] Cann. 461 § 1; 515 § 2; 531; 536 § 1; 1215 § 2; 1222 § 2; 1263; 1742 § 1. Il can. 500 § 2, come vedremo in seguito, merita una riflessione a parte in quanto non prevede una situazione determinata, piuttosto allude, con una formula più generica, ad «affari di maggiore importanza».

[60] Eugenio Corecco, *Natura e struttura della «*sacra potestas» nella dottrina e nel nuovo codice di diritto canonico, in *Ius et communio*, cit., I, pp. 454-485. Pubblicato per la prima volta in *Communio*, n. 13, 1984, pp. 24-52; Id, *Sinodalità e partecipazione*; Eugenio Corecco-Libero Gerosa, *Il diritto della Chiesa*, cit., pp. 173-179; Libero Gerosa, *L'Evêque dans les documents de Vatican II*, nel vol. *Visage de l'Église*, cit., pp. 73-90; Id, *El Obispo*, cit., pp. 431-441; Id, *Der Bischof: seine Bestellung, seine Geistliche Vollmacht und die Christliche Verkündigung in Europa. Kirchenrechtliche Erwägungen*, in *ET-Bulletin der Europäischen Gesellschaft für katholische Theologie*, n. 3, 1992, pp. 66-94;

to nel 1983 una definizione di "governo" nella Chiesa: il legislatore descrive alcuni ambiti del suo esercizio, ma non si addentra nella riflessione circa la natura e l'origine. Nel libro dedicato alle Norme generali, al can. 129 § 1, si parla della *potestas regiminis* come realtà propria della Chiesa, di istituzione divina, e viene identificata con la potestà di giurisdizione, conferendole in tal modo un significato specifico. Dall'epoca moderna in poi, infatti, la dottrina canonistica ha inteso con il concetto di *potestas iurisdictionis* quel potere assunto con la *missio canonica*, distinto da quello conferito dalla consacrazione episcopale o presbiterale (*potestas ordinis*), mutuando tutte le caratteristiche proprie delle società perfette. La riflessione conciliare sulla natura della Chiesa ha imposto un ripensamento della sua struttura, per cui risulta difficile oggi intendere il governo ecclesiale come semplice conseguenza del suo essere *societas perfecta* al pari di un qualsiasi altro ordinamento giuridico primario. Piuttosto occorre partire dagli elementi costitutivi della Chiesa e quindi dal concetto di *sacra potestas* introdotto da *Lumen gentium*[61].

La costituzione dogmatica sulla Chiesa affida la formazione e la guida del popolo di Dio a coloro che hanno ricevuto il sacramento dell'ordine, affondando tali compiti nella potestà sacra di cui sono investiti. Il carattere sacro è dato dalla partecipazione dell'unica potestà di Cristo, conferita nella Chiesa da Cristo stesso. Affermare l'unitarietà della potestà di ordine con quella di giurisdizione nell'unica potestà sacra, non significa identificare o sovrapporre i due concetti, anzi diventa necessario comprendere questa unità nella sua «organica diversificazione»[62]. Per E. Corecco, vi sono alcuni

---

Gianfranco Ghirlanda, *De natura, origine et exercitio potestatis regiminis iuxta novum codicem*, in *Periodica*, n. 74, 1985, pp. 109-164; Id, *Il diritto nella Chiesa*, San Paolo, Cinisello Balsamo 1990, pp. 251-273 e pp. 428-435; Id. *Potestà di governo*, nel vol. *Nuovo dizionario di diritto canonico*, a cura di Carlos Corral Salvador-Velasio De Paolis-Gianfranco Ghirlanda, San Paolo, Cinisello Balsamo 1993, pp. 802-803; Id, *Potestà sacra*, in *Nuovo dizionario di diritto canonico*, cit., pp. 803-811; Klaus Mörsdorf, *Potestà sacra nella chiesa*, nel vol. *Sacramentum mundi*, Morcelliana, Brescia 1976, VI, pp. 415-431; Winfried Aymans-Klaus Mörsdorf, *Kanonisches Recht. Lehrbuch aufgrund des Codex Iuris Canonici, Band II*, Ferdinan Schöning, Paderborn-München-Wien-Zürich 1997. Circa la peculiarità del *munus* pastorale di governo, si segnala Salvatore Berlingò, *Il ministero pastorale di governo: titolari e contenuto*, nel vol. *Discrezionalità e discernimento nel governo della Chiesa*, a cura di Juan Ignacio Arrieta Ochoa, Marcianum Press, Venezia 2008, pp. 29-44 e Antonio Viana, *Cuestiones selects sobre el desarrollo de la organización jerárquica de la Iglesia desde el CIC de 1983*, nel vol. *El Código de Derecho Canónico de 1983. Balance y perspectivas a los 30 años de su promulgación*, a cura di José Luis Sánchez-Girón Renedo-Carmen Peña García, Universidad Pontifica Comillas, Madrid 2014, pp. 162-165.

61 LG 10; 18: EV 1/312; 328.

62 Gianfranco Ghirlanda, *Il diritto nella Chiesa*, cit., p. 270. All'indomani della chiusura del Concilio Vaticano II, scriveva il teologo Ratzinger: «il limite severo che da secoli si era introdotto, nel pensiero della maggior parte dei teologi occidentali, tra il potere di ordine e il potere di giurisdizione, si rende ora permeabile, e lo stretto incrocio delle due realtà che, in definitiva, ne costituiscono una

elementi teologici incontestabili che orientano e confermano la lettura unitaria della *potestas sacra.* Il canonista ticinese li individua nel principio della sacramentalità dell'episcopato affermato in LG 21b, nel principio trattato dal can. 129 § 1, secondo cui il potere di giurisdizione può essere conferito solo da una persona ordinata e nella possibilità, offerta dal Concilio, di dare una nuova interpretazione alla distinzione tra ordine e giurisdizione[63]. I padri conciliari infatti non hanno affrontato la questione del rapporto tra potestà di ordine e potestà di giurisdizione, preferendo affermare un'unica potestà sacra, avente un'origine eminentemente *cristica*, distinta nelle funzioni proprie della missione di Cristo e quindi della Chiesa: vi è un *munus sanctificandi*, un *munus docenti* e un *munus pascendi*. Tradizionalmente si associava il primo alla potestà di ordine mentre gli altri *munera* alla potestà di giurisdizione. Comprendere i *munera Christi* nell'unica potestà sacra permette di riconoscere un'interdipendenza tra le tre funzioni e un'unità maggiore nella missione ricevuta[64]. Il governo ecclesiale è pertanto in funzione della santificazione e dell'annuncio in quanto "*esplicitazione* [insieme al *munus docenti* e *sanctificandi*] *del* munus pastorale *ricevuto mediante la consacrazione episcopale, ed il cui contenuto è la carità pastorale*"[65]. Il vescovo infatti opera sempre in forza di tutta la sua *potestas*, essendo parte della sua struttura ontologica in virtù della consacrazione episcopale, "*anche se diventa operativa e si manifesta secondo modalità formali diverse*"[66].

Il can. 135 § 1 declina le funzioni proprie della *potestas regiminis* secondo le categorie del diritto pubblico secolare, distinguendo una potestà legisla-

---

sola, appare chiaro davanti allo sguardo». Joseph Ratzinger, *La collegialità episcopale: spiegazione teologica del testo conciliare*, nel vol. *La Chiesa del Vaticano II. Studi e commenti intorno alla Costituzione dommatica 'Lumen Gentium'*, a cura di G. Baráuna, Firenze 1965, p. 737.

[63] Eugenio Corecco, *Natura e struttura*, cit., p. 454. Il vescovo Corecco, nel contributo citato, descrive la distinzione tra potestà di ordine e potestà di giurisdizione utilizzando la logica della comunicazione propria del segno simbolico, cioè del Sacramento, per la *potestas ordinis* e la logica della comunicazione propria della Parola per esprimere la *potestas iurisdictionis*.

[64] San Giovanni Paolo II rivolgendosi ai presbiteri disse che «bisogna parlare di una triplice dimensione del servizio e della missione di Cristo, piuttosto che di tre funzioni diverse». Giovanni Paolo II, *Lettera* Novo incipiente *a tutti i sacerdoti della Chiesa*, 8 aprile 1979, in *AAS*, n. 71, 1979, pp. 393-417, qui in EV 6/1293. Salvador Pié-Ninot, *Ecclesiologia. La sacramentalità della comunità cristiana*, Queriniana, Brescia 2008, pp. 329-333.

[65] AS 65: EV 22/1705; Alberto Perlasca, *L'esercizio della* sacra potestas *del vescovo nel* Direttorio per il ministero pastorale dei Vescovi "Apostolorum Successores"*, con particolare attenzione alla potestà di governo*, in *Quaderni di Diritto Ecclesiale*, n. 4, 2010, p. 411.

[66] Eugenio Corecco, *Natura e struttura*, cit., p. 462. L'attuale riflessione teologica sul ministero ordinato, sviluppando la *Nota esplicativa praevia* a LG, afferma che nell'ordinazione viene conferito il *triplex munus*. Affinché il *munus* diventi una *potestas* esercitabile è necessaria la *missio canonica*, ovvero una determinazione di tipo giuridico, confermando l'iterazione tra Sacramento e Parola, così come prospettato da Corecco e Gerosa. Erio Castellucci, *op. cit.*, pp. 220-221.

tiva, una potestà giudiziale e una potestà esecutiva. La natura della Chiesa impedisce però di concepire questa distinzione come una vera separazione simile a quella caratterizzante i sistemi statuali moderni, ed esige che venga assunto come criterio di comprensione il principio dell'unità della potestà, secondo cui ogni ufficio ecclesiastico capitale (Romano Pontefice, vescovi in comunione con lui) possiede «radicalmente – in radice – tutta la potestà legislativa, esecutiva e giudiziale nel suo proprio ambito»: la «razionalizzazione della funzione di governo ecclesiale» risulta pertanto essere meramente formale e finalizzata al buon governo pastorale[67]. Il *munus* episcopale si qualifica in definitiva "*non [come] un comandare sovrano, ma un servire preoccupato del bene del popolo […]: il ruolo che spetta ai pastori della Chiesa è di pura funzione di servizio*"[68].

Da questa lunga introduzione, possiamo cogliere alcuni punti fermi che permetteranno di interpretare alla luce dell'ecclesiologia conciliare il dato normativo relativo al rapporto tra vescovo diocesano e Consiglio presbiterale: a livello metodologico, non possiamo infatti dimenticare lo stretto legame che unisce la codificazione del 1983 al Concilio Vaticano II[69].

– Anzitutto considerare il sacramento dell'ordine (cann. 1008-1009) come luogo teologico in cui fondare l'origine della *potestas* episcopale, articolata nel *triplex munus*. A partire dall'atto sacramentale è possibile comprendere il ministero episcopale e quindi quello presbiterale[70].
– Cogliere nella *communio hierarchica* la condizione di validità per l'esercizio della *potestas* da parte del vescovo: senza gli elementi oggettivi della *communio* viene meno la validità degli atti stessi, sia in ambito sacramentale come in quello non-sacramentale[71].

---

[67] Jorge Miras-Javier Canosa-Eduardo Baura, *Compendio di diritto amministrativo canonico*, EDUSC, Roma 2007, p. 37.

[68] Klaus Mörsdorf, *Potestà sacra*, cit., p. 416. LG 24a: EV 1/342; Si veda anche Paolo Gherri, *Corresponsabilità e Diritto: il Diritto amministrativo*, in *Apollinaris*, n. 82, 2009, pp. 227-264, anche nel vol. *Responsabilità ecclesiale, corresponsabilità e rappresentanza. Atti della Giornata Canonistica Interdisciplinare*, a cura di Id., Lateran Univeristy Press, Città del Vaticano 2010, pp. 115-152, dove l'autore individua nel governo ecclesiale un'attività di servizio che si concretizza nel discernimento operativo e nel rispetto del principio della corresponsabilità.

[69] Cf. Giovanni Paolo II, *Discorso* del 3 febbraio 1983, in *AAS*, n. 75, 1983, pp. 455-463, qui p. 463. Libero Gerosa, *Teologia del diritto canonico: fondamenti storici e sviluppi sistematici*, Eupress-FTL, Lugano 2005, pp. 28-29.

[70] LG 21: EV 1/334-335; CD 28: EV 1/647; AS 64: EV 22/1704.

[71] Cf. Eugenio Corecco-Libero Gerosa, *Il diritto della Chiesa*, cit., p. 178; Paolo Gherri, *L'ordinamento canonico: norme e strutture*, nel vol. *Manuale di Diritto canonico*, a cura di Manuel Jesus Arroba Conde, Lateran University Press, Città del Vaticano 2014, pp. 43-63; Salvador Pié-Ninot, *Ecclesiologia*, p. 332.

– Descrivere ogni potestà ecclesiale nella prospettiva della *diakonía*, ovvero nella prospettiva della ministerialità: se l'origine della *sacra potestas* è divina in quanto partecipazione dell'unica potestà di Cristo, inevitabilmente la struttura ontologica conferita e il suo esercizio devono avere l'immagine del Gesù Buon pastore insieme a quella del servo sofferente come naturale riferimento[72].
– Non confondere il diritto della Chiesa con quello statuale: il diritto ecclesiale esprime la peculiare natura della *societas* costituita dal popolo di Dio, per cui è metodologicamente errato ridurre le funzioni proprie del governo ecclesiastico (can. 135 § 1) alla distribuzione/separazione dei poteri tipica degli ordinamenti giuridici primari. Il *munus* episcopale – nella natura e nel suo esercizio – descritto nel Codice di diritto canonico è determinato dalla natura e dalla missione della Chiesa e non da criteri di efficienza organizzativa[73]. Un'ulteriore conferma della peculiarità del diritto ecclesiale è contenuta nel can. 130 dove si afferma che la potestà di governo può avere effetti giuridici anche in foro interno[74].
– Da ultimo, distinguere il concetto di *munus regendi* – che abbiamo visto essere una delle dimensioni del servizio episcopale – da quello più ampio di *munus* pastorale[75]. Il legislatore al can. 495 parla di aiuto "*in regimine dioecesis ut bonum pastorale populi Dei ipsi commissae*", per cui occorrerà prestare attenzione a non ridurre l'ambito o le materie su cui ascoltare il Consiglio presbiterale, oltre ai casi prescritti dalla normativa codiciale.

6. *"Audito consilio presbyterali"*

Chiarito il concetto di governo pastorale della diocesi, è ora possibile prendere in considerazione le fattispecie per cui è previsto, *ad validitatem*[76], l'intervento del Consiglio presbiterale nel governo della diocesi. L'esame de-

---

[72] LG 24a: EV 1/342; AS 63: EV 22/1699; 65: EV 22/1705; 66: EV 22/1708; Alberto Perlasca, *op. cit.*, p. 410; pp. 422- 425. Giafranco Ghirlanda, *Il* munus regendi *del vescovo alla luce del can. 381 § 1 e del sinodo dei vescovi del 2001*, in *Periodica*, n. 91, 2002, pp. 680-681.

[73] Gian Giacomo Sarzi Sartori, *La figura del vescovo alla luce del* Direttorio per il ministero pastorale dei Vescovi "Apostolorum Successores"*, con particolare attenzione alla potestà di governo*, in *Quaderni di Diritto Ecclesiale*, n. 4, 2010, p. 438.

[74] Cf. Eugenio Corecco-Libero Gerosa, *Il diritto della Chiesa*, cit., p. 178, nota 249.

[75] Alberto Perlasca, *op. cit.*, p. 422.

[76] *Ex can.* 127 § 2, 2°.

gli istituti per cui il legislatore esige la consultazione di questo organismo permetterà di verificare se l'aiuto offerto al vescovo è limitato ad alcuni settori della vita ecclesiale oppure se abbraccia l'intero governo pastorale.

a) Can. 461 § 1: "*Il sinodo diocesano si celebri nelle singole Chiese particolari, quando a giudizio del Vescovo diocesano e* audito consilio presbyterali*, le circostanze lo suggeriscano*". Tra i vari consigli diocesani, il sinodo diocesano costituisce l'istituzione sinodale più antica e più significativa in quanto esprime l'intera porzione di popolo di Dio, riunendo membri fedeli di ogni stato di vita ecclesiale (laici, religiosi e chierici). Scrive L. Gerosa: "*in questo modo la Chiesa particolare di fronte al Sinodo diocesano non è più soltanto destinataria dei provvedimenti e delle direttive pastorali decise dall'assemblea sinodale, ma è essa stessa soggetto protagonista della medesima*"[77]. Il sinodo aiuta il vescovo diocesano in ordine al bene di tutta la comunità diocesana (can. 460) e costituisce con lui un unico soggetto. I membri del Consiglio presbiterale, non solo partecipano di diritto al sinodo diocesano (can. 463 § 1, 4°), ma ancora prima della sua indizione devono essere sentiti circa l'opportunità e la possibilità di una sua celebrazione, valutando se le circostanze la suggeriscono (can. 461 § 1). L'attività del Consiglio presbiterale non si esaurisce nella fase previa all'apertura dei lavori sinodali, ma continua anche nei passi successivi, proponendo o esaminando l'ordine del giorno oppure esprimendosi sulle modalità di convocazione o di celebrazione (ad esempio suggerendo la composizione di determinate commissioni). Il parere del Consiglio può determinare quindi le modalità con cui si realizza la forma più solenne e autentica di partecipazione dei fedeli al governo pastorale della Chiesa.

b) Can. 515 § 2: "*Spetta unicamente al Vescovo diocesano erigere, sopprimere o modificare le parrocchie; egli non le eriga, non le sopprima e non le modifichi in modo rilevante* nisi audito consilio presbyterali". La riflessione ecclesiologica del Concilio Vaticano II ha permesso al legislatore di prendere in considerazione l'istituto giuridico della parrocchia anzitutto come *coetus fidelium* e solo successivamente i soggetti chiamati a reggerla, confermando la dimensione ministeriale degli uffici annessi alla parrocchia. Modificare *notabiliter*, o addirittura erigere o sopprimere una parrocchia significa intervenire su una comunità di fedeli normalmente legati a un determinato territorio, e

[77] Eugenio Corecco-Libero Gerosa, *Il diritto della Chiesa*, cit., 238.

una scelta di questo tipo non può essere dettata da ragioni di geopolitica ecclesiastica.

Il Consiglio presbiterale, *ex* can. 515 § 2, è chiamato a coadiuvare il vescovo nella gravosa decisione riguardante l'esistenza o la modifica di una comunità, producendo ultimamente, attraverso il proprio parere, delle conseguenze sulla modalità con cui viene perseguita la *salus animarum*.

c) Can. 531: "*[…] Spetta al Vescovo diocesano,* audito consilio presbyterali*, stabilire le norme con le quali si provvede alla destinazione delle offerte [ricevute dai fedeli in occasione dello svolgimento di qualche incarico parrocchiale] e alla rimunerazione dei chierici che svolgono il medesimo incarico*". Il canone citato disciplina la destinazione delle offerte date ai pastori in occasione dell'assolvimento di incarichi parrocchiali e delle offerte volontarie date in modo spontaneo dai fedeli. Al vescovo spetta tutelare l'intenzione di coloro che donano delle offerte alla Chiesa, così come è chiamato a garantire un adeguato sostentamento al proprio clero. Il Consiglio presbiterale, interpellato sulla questione, può aiutare il vescovo fornendo informazioni circa le necessità economiche dei ministri sacri o delle comunità parrocchiali.

d) Can. 536 § 1: "*Se risulta opportuno a giudizio del Vescovo diocesano,* audito consilio presbyterali*, in ogni parrocchia venga costituito il Consiglio pastorale […]*". In virtù del battesimo, a tutti i fedeli è riconosciuto il dovere della corresponsabilità in ordine alla missione della Chiesa. La presenza del Consiglio pastorale permette di dare forma a questa corresponsabilità dei fedeli: si tratta di una presenza opportuna, ma non obbligatoria e solo il diritto particolare, quindi il Vescovo coadiuvato dal Consiglio presbiterale, può ravvisare la necessità di questo organismo consultivo nelle parrocchie della propria diocesi.

e) Can. 1215 § 2: "*Il Vescovo diocesano non dia il consenso [per la costruzione di una nuova chiesa] se,* audito consilio presbyterali *e i rettori delle chiese vicine, non giudica che la nuova chiesa potrà servire al bene delle anime e che non mancheranno i mezzi necessari alla sua costruzione e al culto divino*". – Can. 1222 § 2: "*Quando altre gravi ragioni [rispetto a quanto previsto dal § 1] suggeriscono che una chiesa non sia più adibita al culto divino, il Vescovo diocesano,* audito consilio presbyterali*, può ridurla a uso profano non indecoroso, con il consenso di quanti rivendicano legittimamente diritti su di essa e purché non ne patisca alcun danno il bene delle anime*".

In queste situazioni il vescovo deve essere illuminato sull'utilità e sulla necessità di un nuovo edificio sacro, oppure sulla possibilità che

uno venga completamente ristrutturato dopo un lungo periodo di abbandono e lasciato in uno stato fatiscente. Il criterio fissato dal legislatore è quello del servizio al bene delle anime, per cui il Consiglio presbiterale, oltre alle considerazioni di tipo economico, deve valutare l'opportunità e la necessità *in regimine* pastorale di una decisione a favore della costruzione di una nuova chiesa, piuttosto che a sostegno della riduzione ad uso profano che non sia indecoroso.

f) Can. 1263: "*Il Vescovo ha il diritto,* auditis *il Consiglio per gli affari economici e* consilio presbyterali*, d'imporre alle persone giuridiche pubbliche soggette al suo governo un moderato tributo proporzionato ai redditi di ciascuna per le necessità della diocesi […]"*. Il Codice, in corrispondenza con il dovere dei fedeli di contribuire alle necessità della Chiesa (can. 222 § 1), riconosce un *ius nativum* della Chiesa di esigere dai fedeli quanto le è necessario per le finalità sue proprie (can. 1260), ovvero per ordinare il culto divino, provvedere ad un onesto sostentamento del clero e degli altri ministri, esercitare opere di apostolato sacro e di carità, specialmente a servizio dei poveri (can. 1254 § 2)[78].

Il Consiglio presbiterale, affinché possa offrire un consiglio utile, deve essere portato a conoscenza della realtà patrimoniale della Chiesa particolare. Oltre a un giudizio tecnico, il *senatus episcopi* è tenuto a valutare la corrispondenza tra un determinato progetto pastorale (che può prevedere anche un investimento immobiliare, altri atti di maggiore importanza o di straordinaria amministrazione, *ex* can. 1277) e la realtà della diocesi; quindi la possibilità e l'opportunità di una determinata azione. Il Consiglio presbiterale si esprime quindi anche in merito ai mezzi necessari al vescovo per pascere nel nome del Signore le pecore affidategli ed esercitare a loro vantaggio la funzione di insegnare, di santificare e di governare[79].

g) Can. 1742 § 1 (e cann. 1745, 2; 1750): "*Se dall'istruttoria svolta è risultato esservi la causa di cui al can. 1740 [per la rimozione legittima del parroco dalla sua parrocchia], il Vescovo discuta la cosa con due parroci scelti dal gruppo a ciò stabilmente costituito dal Consiglio presbiterale, su proposta del Vescovo*".

Il parroco, secondo il Codice di diritto canonico, è il pastore proprio di una determinata comunità di fedeli costituita in modo stabi-

---

[78] Velasio De Paolis, *I beni temporali della Chiesa*, EDB, Bologna 1995, pp. 105-112.

[79] Cf. CD 11: EV 1/594.

le nell'ambito di una Chiesa particolare, individuata giuridicamente come parrocchia (cann. 515 § 1; 519). Il sacerdote, costituito nell'ufficio di parroco, esercita la cura pastorale di quella *communitatis* in comunione con il proprio vescovo, ovvero sotto la sua autorità e nella comune partecipazione al ministero di Cristo. Il legislatore, facendo propria l'indicazione di *Christus Dominus*, secondo cui i parroci nella loro parrocchia devono poter godere di quella stabilità nell'incarico che il bene delle anime esige[80], ne riconosce la stabilità e impedisce al vescovo diocesano di disporre in modo parziale o arbitrario i membri del suo presbiterio. Nel momento in cui il vescovo ravvisa una dannosità, *aut saltem* un'inefficacia, nel ministero di un parroco (anche senza una sua colpa grave, *ex* can. 1740), attenendosi a determinate procedure legali e accertata l'esistenza di almeno una delle cause elencate al can. 1741, può rimuovere quel sacerdote, così come può trasferirlo qualora lo richieda il bene delle anime oppure la necessità o l'utilità della Chiesa (can. 1748). Di fronte al verificarsi delle cause per la rimozione o al rifiuto del parroco nei confronti dell'invito a trasferirsi ad un'altra parrocchia o ad un altro ufficio, il vescovo diocesano è obbligato a consultare due parroci scelti da un gruppo *ad hoc stabiliter constitutus*. Questo particolare *coetus*, *ex* can. 1742 § 1, viene costituito dal Consiglio presbiterale, per cui si può attribuire a questo organo consultivo anche il compito di assistere il vescovo nelle relazioni con i singoli presbiteri incardinati nella diocesi o che esercitano in suo favore qualche ufficio. L'aiuto non è da leggersi nella prospettiva di un controllo sindacale sul governo del vescovo, a tutela dei diritti dei chierici, piuttosto nel concretizzare il loro essere cooperatori della verità, uniti da intima fraternità sacramentale[81].

Dal lungo elenco di situazioni in cui il vescovo è tenuto ad ascoltare il Consiglio presbiterale – o almeno a coinvolgerlo – è emerso che pochi sono gli ambiti sottratti alla valutazione di questo organo consultivo. Realmente esso si configura come un organo di aiuto nel governo della diocesi. A quanto stabilito esplicitamente dal legislatore, si può aggiungere la norma "aperta" del can. 500 § 2: "*il vescovo diocesano ascolti il Consiglio presbiterale negli affari di maggiore importanza, ma ha bisogno del suo consenso solo nei casi espressamente previsti dal diritto*". Ci pare di cogliere da queste righe la possibilità che vengano introdotte fattispecie per cui l'agire del vescovo è

[80] CD 31: EV 1/662.

[81] PO 8: EV 1/1267.

subordinato al consenso del Consiglio presbiterale – anche se al momento il diritto universale non prevede situazioni del genere – così come la necessità che il vescovo non agisca da solo, ma in comunione con il suo presbiterio, negli affari di maggiore importanza della Chiesa particolare a lui affidata, siano essi di natura eminentemente economica, così come le scelte o gli indirizzi di carattere pastorale (si pensi ad esempio la proposta di adeguare i cammini di iniziazione cristiana alle esigenze dei tempi e del territorio)[82].

Il Codice di diritto canonico demanda, a tale proposito, alle Conferenze episcopali l'emanazione di eventuali norme per l'applicazione del diritto universale all'interno del proprio territorio affinché – come chiesero i padri conciliari al n. 7 di *Presbyterorum ordinis* – il Consiglio presbiterale possa aiutare il vescovo nel governo della diocesi "*nel modo più confacente alle circostanze e ai bisogni di oggi*". A titolo esemplificativo, riportiamo alcuni stralci di quanto stabilito dalla Conferenza Episcopale Maltese: «Oltre ai casi previsti dal diritto universale, è conveniente che si ascolti il Consiglio presbiterale anche: a) prima dell'approvazione di un piano pastorale diocesano; b) prima di indire una missione o altra attività pastorale straordinaria su livello diocesano; c) sulla cura pastorale degli emigranti; d) su tutto ciò che riguarda la vita e il ministero del clero, specialmente per quel che riguarda la santità del clero, la sua formazione, la remunerazione e la previdenza sociale»[83].

Concludendo possiamo condividere la considerazione espressa da Arrieta secondo cui "*el campo material*" della funzione consultiva del Consiglio presbiterale abbraccia tutta l'ampiezza delle competenze del vescovo diocesano, salvo le materie riservate o espressamente escluse dal diritto[84].

7. *Gaudet voto tantum consultivo*

Come conciliare la natura consultiva del Consiglio presbiterale con il suo essere realmente un organo di governo della Chiesa particolare? Prima di rispondere a questa domanda occorre precisare le modalità di intervento di questo organismo rappresentativo del presbiterio diocesano. Il Consiglio

---

[82] Congregazione per il clero, *Direttorio per il ministero e la vita dei presbiteri*, cit., n. 60.

[83] Cf. José Tomás Martin de Agar, *Legislazione delle Conferenze episcopali complementare al CIC*, Giuffré, Milano 1990, p. 407.

[84] Cf. Juan Ignacio Arrieta Ochoa, *El regimen juridico*, cit., p. 588. Id., *L'attività consultiva nell'amministrazione ecclesiastica di governo*, nel vol. *Discrezionalità e discernimento nel governo della Chiesa*, a cura di Id., Marcianum Press, Venezia 2008, 133-152, dove l'insigne canonista illustra la nozione di funzione consultiva e distingue le previsioni codiciali che esigono un parere obbligatorio da quello che richiedono un parere vincolante.

presbiterale è infatti un organo della diocesi, necessario per il governo di quella porzione di popolo di Dio affidata al vescovo, per cui sarebbe errato concepirlo solo come un organo pastorale[85]. In alcune circostanze, abbiamo visto, l'agire del vescovo è vincolato, *ex iure*, all'ascolto di questo Consiglio. Allo stesso tempo non si può parlare di una sorta di "autorità gerarchica parallela" a quella del vescovo diocesano, a modo di organo di controllo ad esempio, o di "autorità concorrente", in quanto andrebbe a contraddire il legame ontologico tra il vescovo e il suo presbiterio, così come la natura e la missione stessa della Chiesa[86].

Il Consiglio presbiterale è un organo consultivo ausiliare del vescovo, vincolato alla sua persona, che lo assiste negli atti di governo che gli competono e di cui risponde personalmente[87]. Il vescovo ha infatti una piena responsabilità della cura del gregge affidatogli e risponde personalmente del suo agire davanti a Dio e davanti agli uomini[88]. Precisato il carattere personale del *munus pastorale*, è possibile comprendere correttamente lo spazio della corresponsabilità dei presbiteri nel governo della Chiesa particolare in cui sono inseriti. I sacerdoti partecipano *attraverso il vescovo* al governo[89], per cui si può parlare di una *partecipazione mediata* alla missione del successore degli apostoli. La garanzia di questa unità, che impedisce ogni tentativo di separazione o contrapposizione al vescovo, è data dal vincolo giuridico espresso dal valore consultivo del parere del Consiglio presbiterale, ma anche dalla necessità che venga sentito, al fine di maturare una decisione illuminata anche dal confronto con il proprio clero, qui legittimamente rappresentato.

Questo dialogo *in regimine dioecesis* può essere descritto individuando tre spazi temporali differenti: un momento cognitivo, uno valutativo e, infine, una fase deliberativa[90]. In un primo tempo sul vescovo diocesano grava il dovere di garantire una corretta informazione ai singoli membri del Consiglio presbiterale, affinché si possa raggiungere una conoscenza potenzialmente piena o almeno sufficiente. Tuttavia – annota C. Begus – "*non si può*

---

[85] AS 182: EV 22/2009; Cf. Juan Ignacio Arrieta Ochoa, *El regimen juridico*, cit., p. 574.

[86] Cf. Carlos José Errázuriz M., *Corso fondamentale sul diritto nella Chiesa. I. Introduzione. I soggetti ecclesiali di diritto*, Giuffré, Milano 2009, p. 474.

[87] Cf. Juan Ignacio Arrieta O., *El regimen juridico*, cit., p. 575.

[88] Alberto Perlasca, *op. cit.*, p. 424.

[89] Juan Ignacio Arrieta Ochoa, *El regimen juridico*, cit., p. 575.

[90] Cf. Cristian Begus, *Responsabilità patrimoniale degli Organi canonici di consultazione*, nel vol. *Responsabilità ecclesiale, corresponsabilità e rappresentanza. Atti della Giornata canonistica Interdisciplinare*, a cura di Paolo Gherri, Roma 2010, pp. 185-192; Si segnala anche l'accurata analisi del processo decisionale nella Chiesa a cura di Gherri, Paolo Gherri, *Decidere e giudicare nella Chiesa*, in *Apollinaris*, n. 84, 2011, pp. 27-88.

escludere che ai singoli componenti sia deputata l'acquisizione di dati rilevanti o che siano questi di propria iniziativa ad ottenere informazioni e chiedere notizia sia sullo stato economico della persona giuridica sia sullo svolgimento di determinati affari sia sulla rilevanza di particolari atti nella conduzione complessiva, potendosi addirittura ipotizzare che sussista a carico dei membri un dovere di ricevere o ricercare notizie sulla gestione e sul funzionamento della persona giuridica"[91]. Il completamento dell'informazione, che si realizza in un arco di tempo stabilito a discrezione dello stesso vescovo, diviene una condizione preliminare alla reale partecipazione al governo della diocesi[92].

Segue il momento valutativo, ovvero il Consiglio presbiterale è chiamato a compiere un esame della questione effettuando "*una stima preventiva sulla corrispondenza di un singolo atto specifico con quanto previsto dal Diritto prima che abbia effetti giuridici*"[93]. Per le ragioni espresse nelle prime pagine di questo capitolo, si comprende che la valutazione non può però ridursi a un giudizio di legittimità, ma deve necessariamente addentrarsi anche nel merito della decisione.

Da ultimo il Consiglio deve formulare un'opinione che lascia il vescovo libero di agire o meno in accordo con quanto espresso, "*anche se per discostarsi risulta necessario vi sia una ragione prevalente (can. 127 § 2, 2°) da valutarsi con particolare prudenza poiché devono ponderarsi bene le motivazioni che spingono ad agire in modo contrario*"[94]. Il rispetto di questo processo cognitivo-valutativo-deliberativo permette la realizzazione di una vera corresponsabilità e quindi partecipazione al governo pastorale della diocesi. Ai preti membri del Consiglio presbiterale infatti non viene chiesto soltanto un giudizio parziale o soggettivo su una determinata proposta, piuttosto è loro riconosciuto uno spazio di studio e di confronto che può completare le informazioni già raccolte e possedute dal vescovo, in modo tale da integrare o modificare in parte o totalmente, oppure addirittura riformare un progetto pastorale così come un singolo atto di governo: il voto consultivo, così inteso, si afferma come "*parte integrante e costitutiva del processo dal quale nasce il giudizio dell'autorità*"[95].

L'unità tra vescovo e Consiglio presbiterale *in regimine* appare ancora più forte nella lettura che F. Coccopalmerio, nel contributo già citato, fa

---

[91] Cristian Begus, *ivi*, p. 186.

[92] Al dovere del vescovo di informare adeguatamente tutti i membri del consiglio presbiterale, corrisponde il dovere dei singoli presbiteri al segreto – operante nei confronti di terzi – di quanto si è conosciuto. Cf. Cristian Begus, *ivi*, 187.

[93] Cristian Begus, *ivi*, 188.

[94] Cristian Begus, *ivi*, 189-190.

[95] Eugenio Corecco, *Struttura sinodale*, cit., 21.

dell'istituto del voto consultivo[96]. Il canonista milanese compara la dinamica consultiva in ambito ecclesiastico con quella propria del diritto civile, facendone emergere le peculiarità (si pensi ad esempio alla posizione particolare del vescovo in seno al Consiglio presbiterale, così come al legame tra vescovo e presbiteri, o al valore della volontà del vescovo). Si impone la necessità del chiedere consiglio *ex iure* a prescindere dall'esistenza o meno di una situazione di ignoranza (nel deliberante) o di speciale conoscenza (nell'esperto)[97]: nei casi previsti dal legislatore il vescovo è tenuto a sentire il parere del Consiglio presbiterale anche qualora possieda una quantità/qualità di informazioni maggiore rispetto a quella dei membri dell'organo consultivo. In tal caso, il vescovo è tenuto a comunicare almeno parte delle sue conoscenze al Consiglio affinché questi possa esprimersi con sufficienza di giudizio. Come si vedrà nel prossimo paragrafo, oltre alla dimensione dell'obbligatorietà giuridica, prescritta dal Codice nei singoli casi, i vescovi sono chiamati a pascere un gregge che gode, in virtù del battesimo, dell'abilitazione o capacità di consigliare i propri pastori[98]. Ne consegue che i presbiteri, coloro che sono investiti del compito di coadiuvare il vescovo nel governo pastorale della diocesi, hanno l'obbligo e il diritto di consigliare colui a cui è affidata la cura della propria Chiesa particolare.

La natura consultiva del Consiglio presbiterale, in definitiva, non costituisce né un compromesso tra la struttura gerarchica della Chiesa e le istanze democratiche degli ultimi secoli, né una limitazione imposta dal più forte al più debole. Per E. Corecco, l'istituto del voto consultivo "*istituzionalizza una necessità inerente alla dinamica della comunione*"[99], in quanto esprime la posizione dei presbiteri chiamati strutturalmente a contribuire alla formulazione del giudizio di fede di coloro che hanno la responsabilità di esprimerlo come giudizio comune, vincolante per tutti[100]. Ultimamente si può affermare che la dinamica della consultività *in regimine* manifesta il "*rapporto strutturale di immanenza, del vescovo alla sua Chiesa particolare e dei fedeli [in particolare dei presbiteri] al ministero episcopale*"[101].

---

[96] Francesco Coccopalmerio, *op. cit.*, 23.

[97] Francesco Coccopalmerio, *ivi*, pp. 27-28.

[98] Can. 212 § 3 CIC; Francesco Coccopalmerio, *op. cit.*, p. 28.

[99] Eugenio Corecco, *Sinodalità e partecipazione*, cit., p. 125.

[100] Cf. Eugenio Corecco, *ibidem*. Nella riflessione di Corecco il voto è anzitutto *testimonianza di fede*, per cui il giudizio prodotto dal confronto con chi è chiamato a dare un parere non può essere che *giudizio di fede*.

[101] Eugenio Corecco, *ivi*, p. 126. Cf. anche Eugenio Corecco-Libero Gerosa, *Il diritto della Chiesa*, cit., pp. 223-224.

8. *Ragioni di una presenza: livello del buon governo"*

L'analisi fin qui condotta ci ha permesso di descrivere come il legislatore ha previsto il rapporto tra il vescovo diocesano e il suo Consiglio presbiterale nel governo pastorale della Chiesa particolare a lui affidata, qualificandolo come necessario. Si tratta ora di impostare l'indagine circa le ragioni della obbligatorietà della costituzione e dell'ascolto di questo particolare organismo presbiterale.

Osservando e comparando i diversi ordinamenti giuridici primari contemporanei, così come quelli di altre epoche storiche, si constata che colui che governa è sempre assistito da un particolare organismo che lo aiuta, mediante il proprio consiglio, nell'esercizio delle funzioni proprie dell'ufficio ricoperto. La Chiesa, nella sua realtà di organismo visibile affidato alla cura pastorale dei successori degli Apostoli in comunione con il Romano Pontefice[102], non sfugge a questa dinamica umana, per cui chi governa – pur godendo di una potestà ordinaria, propria e immediata – è assistito nell'esercizio del proprio ufficio. Errazuriz descrive questo fenomeno come conseguenza di "*esigenze primordiali di buon governo che determinano la necessità di contare sull'aiuto di altri nell'esercizio della funzione di governare della diocesi*"[103]. L'autore individua due esigenze: una prima costituita dai limiti umani della persona del vescovo e una seconda concernente invece la scienza per il buon governo della Chiesa particolare: vi è infatti la "*necessità di avvalersi della conoscenza e del giudizio dei diocesani (clero e altri fedeli)* […] *per conoscere più da vicino la realtà diocesana nonché per poterla valutare adeguatamente agli effetti di prendere decisioni ed avviare progetti pastorali*"[104]. Alcune scelte di governo necessitano di competenze tecniche e specifiche, quali ad esempio la capacità di stimare i costi per l'erezione di una nuova chiesa o la capacità di una parrocchia di adempiere alle obbligazioni derivanti dall'accensione di un mutuo o da un finanziamento bancario nella realizzazione del nuovo edificio di culto, per cui si rende necessario l'ascolto di professionisti o di persone informate sulla realtà.

La necessità di avvalersi del giudizio o della conoscenza dei propri fedeli si rivela utile anche per la definizione degli orientamenti pastorali per la propria Chiesa particolare: considerare le attese del popolo di Dio, valutare le paure e le preoccupazioni dei parroci o dei laici impegnati nell'annuncio

---

[102] LG 8: EV 1/304; 18: EV 1/328-329; 20: EV 1/331-333.

[103] Carlos José Errázuriz Mackenna, *Corso fondamentale sul diritto nella Chiesa. I. Introduzione. I soggetti ecclesiali di diritto*, Milano 2009, p. 463.

[104] Carlos José Errázuriz Mackenna, *Ibidem*.

e nella testimonianza, discernere le iniziative che spontaneamente sorgono all'interno della diocesi, misurare il grado di realizzabilità di alcuni progetti alla luce della diversità delle zone in cui geograficamente la diocesi è suddivisa.

Da ultimo vi è un'esigenza di garanzia a tutela del "retto e prudente esercizio"[105] della potestà episcopale. L'umanità del vescovo è ferita dal peccato quanto quella di qualsiasi altro uomo, per cui occorre sempre vigilare affinché si eviti "*perfino l'apparenza di interessi personali nelle decisioni di governo*"[106]. L'aiuto offerto da chi è preposto dal diritto a consigliare il vescovo diventa in questa prospettiva una garanzia per il ministero episcopale e, insieme, per il conseguimento del bene comune dei *christifideles*[107].

Personalmente ritengo che il Consiglio presbiterale nasca non solo da queste esigenze di buon governo, piuttosto dall'intrinseco legame esistente tra vescovo e presbiterio in virtù di due particolari atti giuridici: il battesimo e il sacramento dell'ordine. Seguendo la riflessione di E. Corecco, ravvisiamo anzitutto nella realtà sacramentale l'origine della collaborazione necessaria tra il vescovo diocesano e il Consiglio presbiterale quale espressione del presbiterio diocesano. Secondo il canonista ticinese infatti "*sarebbe scorretto affrontare il problema della sinodalità, quale dimensione del ministero episcopale, a partire da modelli istituzionali naturali secolari. L'operazione sfocerebbe inevitabilmente nell'insanabile antinomia esistente tra il principio individuale e quello collettivo soggiacente ad ogni istituto collegiale umano e civile*"[108].

9. *Ragioni di una presenza: livello sacramentale*

La lettura combinata dei cann. 375 § 2 e 1009 § 3 permette di individuare un ulteriore livello nella fondazione del legame tra vescovo diocesano e Consiglio presbiterale. Le norme citate recepiscono la riflessione ecclesiologica del Concilio Vaticano II circa la sacramentalità dell'episcopato, affermando che il *munus sanctificandi*, il *munus docendi* e il *munus regendi* del vescovo derivano dal sacramento ricevuto con la consacrazione episcopale[109]. Il

---

[105] Carlos José Errázuriz Mackenna, *ivi*, p. 465.

[106] Carlos José Errázuriz Mackenna, *Ibidem*.

[107] Cf. Can. 223 § 1 CIC.

[108] Eugenio Corecco, *Ontologia della sinodalità*, in *Ius et communio*, cit., II, p. 92. Pubblicato per la prima volta nel vol. *Pastor bonus in Populo. Figura, ruolo e funzioni del Vescovo nella Chiesa*, a cura di A. Autiero-O. Carena, Città Nuova, Roma 1990, pp. 303-329

[109] Vincenzo Fagiolo, *L'episcopato: sacramentalità, collegialità, ministero secondo il CIC*, nel vol.

sacramento dell'ordine nel grado dell'episcopato conferisce a chi lo riceve la pienezza del sacramento stesso, ovvero il vertice del sacro ministero[110]. La teologia conciliare riconosce un unico sacramento dell'ordine fondato sull'unità del ministero apostolico del quale è la continuazione, la cui unità prevede una gradualità. P. Goyret spiega che "*la divisione dell'ordine non è quella del tutto integrale nelle sue parti (distintio totius in partes), ma quella del tutto potenziale (distintio totius potestativi), per cui si riscontra completo solo in una parte (l'episcopato), mentre nelle altre si ha una qualche partecipazione di esso (il presbiterato e il diaconato). Di conseguenza la successione degli ordini è cumulativa: nel riceverne uno non si perde il precedente, di modo che un vescovo è anche presbitero e diacono, e un presbitero è anche diacono*"[111]. Tralasciando il grado del diaconato, che come stabilisce il nuovo § 3 del can. 1009 non conferisce la missione e la facoltà di agire nella persona di Cristo Capo – piuttosto abilita al servizio del popolo di Dio nella diaconia della liturgia, della parola e della carità – concentriamo la nostra attenzione al rapporto tra vescovo e presbitero in quanto entrambi sono configurati a Cristo Capo. A entrambi viene conferito in modo indelebile una funzione di servizio particolare: quella della paternità spirituale di fronte a tutta la comunità, così come entrambi sono deputati ad essere autorità nella comunità ecclesiale[112]. Corecco presenta la differenza di grado tra l'episcopato e il presbiterato in termini quantitativi e non qualitativi, in quanto entrambi hanno lo stesso e identico potere consacratorio rispetto all'eucarestia[113]. Il decreto conciliare *Presbyterorum ordinis*, al n. 2 dichiara che il sacerdote partecipa alla pienezza del sacramento dell'ordine del vescovo in grado "subordinato"[114], ma ciò non significa che il vescovo trasmetta parte

---

Episcopato. Presbiterato. Diaconato. Teologia e Diritto canonico, a cura di E. Cappellini, Edizioni Paoline, Cinisello Balsamo 1988, p. 219. Rinviamo allo studio di Miele per una ponderata sintesi della riflessione sul rapporto tra teologia e diritto canonico, quindi tra linguaggio teologico e linguaggio giuridico. L'autore illustra l'integrità dell'autonomia scientifica delle due discipline e la complessità dell'inevitabile passaggio dalle categorie dell'una scienza a quelle dell'altra. Manlio Miele, *Dalla sinodalità alla collegialità nella codificazione latina*, cit., pp. 23-24 e pp. 37-38.

[110] LG 21b: EV 1/335. L'affermazione della sacramentalità dell'episcopato costituisce una delle grandi novità del Concilio Vaticano II; ne è prova il fatto che il Codice del 1917, al can. 949, presentando i sette gradi dell'ordine (presbiterato, diaconato, suddiaconato, accolitato, esorcistato, lettorato ed ostiariato) non contemplava l'episcopato.

[111] Philip Goyret, *Chiamati, consacrati, inviati. Il sacramento dell'ordine*, Libreria Editrice Vaticana, Roma 2003, p. 120. Libero Gerosa, *Il prete "uomo di comunione" perché "uomo vero"?*, cit., p. 461.

[112] Cf. Eugenio Corecco, *Articolazione della sinodalità*, cit., p. 169.

[113] Cf. Eugenio Corecco, *Sacerdozio e presbiterio nel CIC*, in *Ius et communio*, cit., I, p. 444. Pubblicato anche in *Servizio Migranti*, n. 19, 1983, pp. 354-372

[114] PO 2b: EV 1/1245.

del proprio sacramento al presbitero. Fonte del sacramento presbiterale è Cristo che, servendosi strumentalmente del segno, opera nel sacramento[115]. L'unità del sacramento, così intesa, origina un'interdipendenza attiva e passiva dei presbiteri nei confronti del vescovo e del successore degli Apostoli nei confronti dei loro cooperatori. Si intuisce, anche solo da queste prime note, come la necessarietà della cooperazione dei presbiteri al ministero episcopale non si basa solo sulla promessa di obbedienza o su varie esigenze di buon governo, ma sulla stessa unità di consacrazione e missione così come affermato al n. 7 di *Presbyterorum ordinis*[116].

Lo studio del sacramento dell'ordine, compreso come luogo teologico e giuridico del fondamento del legame tra i due istituti che lo esprimono, ci permette di riconoscere due tratti propri dell'identità del vescovo che ancorano maggiormente il presbitero alla missione di colui che è chiamato a reggere una Chiesa particolare: si tratta della *rappresentanza sacramentale* e della *dimensione sinodale* che ne deriva.

a) *Rappresentanza sacramentale del vescovo.* Con il sacramento dell'ordine ricevuto nel grado dell'episcopato si viene a creare una relazione di adeguazione non totale, ma parziale tra il ministro e Cristo, in quanto tra i due soggetti permane il rapporto di alterità. Ciò si realizza non solo come tensione etica costante e permanente nella vita e nel ministero del vescovo, ma anzitutto come frutto dell'azione di Cristo, *ex opere operato* nel sacramento. Tale adeguazione è possibile solo nelle persone fisiche in quanto le persone giuridiche non possono ricevere i sacramenti. La considerazione può sembrare banale, ma subito ci si accorge che precisando quanto detto si esclude la possibilità che vi siano soggetti collegiali in grado di "*rappresentare sacramentalmente, e perciò personalmente, Cristo in quanto capo invisibile della Chiesa: solo il vescovo rappresenta sacramentalmente Cristo Capo*"[117]. La partecipazione all'unico sacerdozio di Cristo conferisce una nuova identità, imprimendo una dimensione sinodale che va a qualificare le relazioni dei vescovi tra loro e del vescovo con i presbiteri della propria diocesi.
b) *Dimensione sinodale del sacramento dell'ordine*. Il can. 336 introduce l'istituto del Collegio dei vescovi all'interno della costituzione gerarchica della Chiesa, affermando che tutti i vescovi, in forza della consacrazione sacramentale e mediante la comunione gerarchica, ne

---

115 Cf. Eugenio Corecco, *Sacerdozio e presbiterio*, cit., p. 445.

116 PO 7: EV 1/1264.

117 Eugenio Corecco, *Sinodalità e partecipazione*, cit., p. 113.

> fanno parte in qualità di membri. L'ordinazione episcopale costituisce il neo-ordinato all'interno di questo particolare *ordo* di istituzione divina, che continua l'esperienza dell'unico collegio apostolico costituito da San Pietro con gli altri Apostoli[118]. Il sacramento dell'ordine risulta così essere connotato da una natura essenzialmente sinodale. Questo si riflette in una proiezione universale nei confronti degli altri membri del *collegium episcoporum*, ma anche in una prospettiva particolare in virtù della sua peculiarità personale. Dal sacramento dell'ordine deriva, "necessariamente", il grado sacramentale del presbiterato. Afferma il Corecco: "*il vescovo, concettualmente, non esiste da solo, ma soltanto assieme al Collegio dei presbiteri. Questi ultimi, tuttavia, non avendo la pienezza del sacramento, non sono in grado di rappresentare, nella sua totalità, la Chiesa universale, cioè la* Communio Ecclesiarum" e, conclude il canonista ticinese, "*la Chiesa universale non potrebbe realizzarsi (con la sua struttura sinodale) nella Chiesa particolare, se quest'ultima le fosse strutturalmente eterogenea, se non avesse, cioè, a sua volta, una struttura sinodale, ma fosse retta monisticamente solo dal vescovo. […] Il carattere sinodale della Chiesa particolare deriva come tale dalla natura dello stesso sacramento dell'ordine, che si realizza secondo tre gradi diversi: l'episcopato, il presbiterato e il diaconato*"[119].

Affermare l'esistenza di un'identità ontologicamente sinodale del vescovo significa quindi ampliare l'estensione del suo ministero, in quanto permette di riconoscere una relazione con i membri del Collegio episcopale che supera i limiti istituzionali, giurisdizionali o territoriali. L'unicità del sacramento nella pluralità delle sue realizzazioni personali è il fondamento della struttura non solo personale, ma anche sinodale del ministero[120]. Il Concilio Vaticano II, definendo i presbiteri *necessarios adiutores et consiliarios* del vescovo[121], dichiara che il vescovo diocesano ha bisogno del presbiterio per compiere il suo *munus* pastorale nella Chiesa particolare. Il Consiglio presbiterale acquista così un ruolo molto importante in quanto istituzione fondamentale e costitutiva di quella particolare porzione di popolo di Dio: manifesta la dimensione sinodale della potestà episcopale e rende visibile, in modo analogico, la Chiesa universale nella Chiesa particolare[122]. Il vescovo

---

118 Cf. LG 22: EV 1/336.

119 Cf. Eugenio Corecco, *Articolazione della sinodalità*, cit., p. 136.

120 Cf. Eugenio Corecco, *Ontologia della sinodalità*, cit., p. 81.

121 PO 7a: EV 1/1264.

122 "*La Chiesa particolare ha già in se stessa una sua componente sinodale. Infatti non è costituita*

viene collocato dai padri conciliari all'interno del presbiterio, pur guidandolo con un'autorità di istituzione divina: «è membro dello stesso presbiterio, e ne è il membro più insigne»[123]. L'approfondimento della teologia dell'episcopato e, di conseguenza, della Chiesa particolare, hanno permesso di cogliere e sviluppare il dinamismo sinodale insito nell'identità dei sacri pastori. Nel corso del XX secolo si è assistito a una fioritura del dibattito teologico e a un diffondersi di tentativi di sistematizzazione della materia, sia da parte del movimento liturgico, come in ambito strettamente più teologico[124].

La riflessione fin qui condotta sembra dare ragione alla forza con cui il Legislatore prescrive la costituzione del Consiglio presbiterale all'interno di ogni Chiesa particolare. Il can. 495 § 1 non esprime altro che la necessarietà del presbiterio accanto al vescovo nel governo pastorale, così come quella dinamica di reciprocità necessaria che caratterizza la relazione tra vescovo e il proprio presbiterio. Il presbitero realizza a fondo la propria missione solo se agisce con gli altri presbiteri e sotto la guida di coloro che governano la Chiesa, partecipando alla loro missione. Allo stesso tempo il vescovo manifesta la pienezza del suo sacerdozio agendo in unione con i presbiteri. Queste mutue relazioni sono di carattere strutturale e non possono essere definite né contingenti né meramente di ordine pratico.

---

solo dal vescovo, anche se è il principio e il fondamento della sua unità (LG 23,1), bensì dal vescovo con il suo presbiterio (oltre alla porzione di popolo di Dio che le è propria; can. 369). Il ministero episcopale è già costituito sinodalmente anche dal profilo della sua dimensione personale, perché non esiste senza i presbiteri. L'esistenza dei presbiteri attorno al vescovo non deriva da semplici motivi di ordine funzionale, quasi che il vescovo da solo non fosse in grado di esercitare tutti i compiti attinenti al suo ufficio, ma da motivi ecclesiologici. Una struttura monistica della Chiesa particolare, cioè una struttura formata dal solo vescovo senza il presbiterio, non sarebbe in grado di realizzare in se stessa la struttura sinodale della Chiesa universale. Solo perché esiste nella Chiesa particolare la struttura sinodale del presbiterio, di cui è capo il vescovo, è possibile la realizzazione in essa della Chiesa universale. Evidentemente la struttura sinodale della Chiesa particolare è solo analogica rispetto a quella della Chiesa universale, poiché il rapporto vescovo-presbiteri è diverso da quello tra Papa e vescovi; se così non fosse il processo andrebbe all'infinito". Eugenio Corecco, *Ontologia della sinodalità*, cit., p. 81; Cf. Eugenio Corecco-Libero Gerosa, *Il diritto della Chiesa*, cit., pp. 236-237.

123 Tadeusz Pieronek, *Natura e funzioni*, cit., 705.

124 Cf. Parick Valdrini, *Comunità, Persone, Governo. Lezioni sui libri I e II del CIC 1983*, Lateran University Press, Roma, pp. 71-75. Id., *Prêtre*, col. 888-894; *Presbyterium*, col. 834-839, in *Catholicisme* (T. 11); Id, *La synodalité: La partecipation au governement dans l'Eglise. Actes du VII^e congrés international de Droit canonique*, *Paris, Unesco, 21-28 septembre 1990*, in *L'année canonique. Hors série,* II, 1992, p. 847-860. Circa la configurazione della Chiesa particolare come espressione della compenetrazione e della reciproca *ordinatio* "*tra linea istituzionale e linea partecipativa; tra rappresentanza critistica generale e rappresentanza cristica speciale; tra le realizzazioni, ontologicamente diverse, dei* munera *dei pastori e dei fedeli*" si rinvia a Manlio Miele, *Dalla sinodalità alla collegialità nella codificazione latina*, cit., 169. Si segnala inoltre Maria d'Arienzo, *Il concetto giuridico di responsabilità. Rilevanza e funzione nel Diritto Canonico*, Pellegrini Editore, Cosenza 2012, p. 175ss.

10. *Ragioni di una presenza: livello dell'Unica missione*

Individuato il fondamento ultimo del legame tra vescovo diocesano e Consiglio presbiterale, vorremmo ora abbozzare un'ulteriore pista che potrebbe rivelarsi meritevole di uno sviluppo. Nelle pagine precedenti abbiamo visto come i due istituti giuridici trovino nella realtà sacramentale il momento costitutivo dell'esigenza del loro dialogare e cooperare. Vescovo e presbiteri con il sacramento dell'ordine ricevono la missione e la facoltà di agire *in persona Christi Capitis*[125], ovvero sono configurati a Cristo sacerdote, in modo da poter agire in nome e nella persona di Cristo capo[126]. Questa consacrazione avviene in virtù dell'unzione dello Spirito Santo e origina in coloro che sono segnati da questo speciale carattere una tensione del ministero e della vita verso la gloria di Dio Padre[127]. Coloro che sono insigniti dell'ordine sacro sono pertanto coinvolti in una dinamica trinitaria, propria della vita del Cristo. Non si può infatti concepire l'identità e la missione di Cristo prescindendo dalla sua obbedienza al Padre e dal suo rapporto con lo Spirito. Il ministero episcopale, in quanto pienezza del sacerdozio ministeriale, è informato dal principio trinitario e questo si esprime sia nello stile e nel fine del proprio servizio alla Chiesa (potremmo dire a livello di tensione morale), sia nella realtà ontologica dello stesso vescovo. Il Direttorio per il ministero pastorale dei vescovi, *Apostolorum successores*, al n. 56 presenta il principio trinitario nella prima prospettiva, affermando che "*Il Vescovo non dimentica che è stato posto a reggere la Chiesa di Dio nel nome del Padre, del quale rende presente l'immagine; nel nome di Gesù Cristo suo Figlio, dal quale è stato costituito maestro, sacerdote e pastore; nel nome dello Spirito Santo che dà vita alla Chiesa. Lo Spirito Santo sostiene costantemente la sua missione pastorale e salvaguarda l'unica sovranità di Cristo*"[128].

L'individuazione a livello ontologico del carattere trinitario dell'azione

---

[125] Cf. Can. 1009 § 3 CIC.

[126] Cf. PO 2d: EV 1/1246.

[127] Cf. PO 2c.e: EV 1/1246.1248.

[128] AS 56: EV 22/1692. Esaminando la comprensione della sinodalità da parte della Chiesa ortodossa, il Miele evidenzia sia un principio comunionale strettamente connesso all'immagine-icona della Trinità, sia un principio comunionale derivante dalla cosiddetta ecclesiologia eucaristica, concludendo che «entrambi confermano come le istituzioni canoniche relative al governo della Chisa non possano prescindere dai principi teologici che riguardao la natura di essa». Manlio Miele, *Papa Francesco e gli sviluppi recenti del metodo sinodale*, cit., p. 337. Si segnala anche Matteo Visioli, *La valutazione dlla comunione nella provvista canonica*, nel vol. *Discrezionalità e discernimento nel governo della Chiesa*, cit., pp. 215-228, in particolare p. 220. Con dei distinguo, anche Gianfranco Ghirlanda, *Il diritto nella Chiesa mistero di comunione. Compedio di diritto ecclesiale*, GbPress, Roma 2014, pp. 48-50.

pastorale del vescovo permette di evitare di ridurre il *munus episcopale* a un ufficio meramente organizzativo, conferendo invece al vescovo un'identità capace di essere promotore di una spiritualità di comunione[129]. Interessante sarebbe approfondire le implicazioni all'interno della Chiesa particolare di questa identità e cogliere le dinamiche tra vescovo e presbiterio diocesano alla luce di questa impronta trinitaria presente in virtù del sacramento dell'ordine. La centralità di questo sacramento nella vita della Chiesa permette di irradiare su questa la sua dimensione sinodale, conferendole intrinsecamente una struttura comunionale.

11. *Conclusioni*

Il percorso fin qui tracciato conduce all'affermazione dell'ontologica necessità del vescovo di godere della presenza e dell'aiuto del proprio presbiterio, o di una parte rappresentativa di esso, nel governo di quella porzione di popolo di Dio che gli è stata affidata. La prospettiva indicata da E. Corecco porta ad individuare nel sacramento dell'ordine il luogo teologico e giuridico in cui fondare la necessarietà del dialogo costante tra vescovo e Consiglio presbiterale. Dalla realtà sacramentale emerge l'immagine della Chiesa con le dinamiche tipiche tra i vari soggetti che la compongono: la corresponsabilità di tutti i battezzati nei confronti della missione della Chiesa, la partecipazione dei presbiteri al governo pastorale del vescovo e l'impossibilità di questi di agire senza il proprio presbiterio.

Nella previsione del can. 495, § 1 ravvisiamo alcune garanzie a tutela dell'autenticità e del retto esercizio della potestà episcopale, così come un richiamo alla realtà della Chiesa, sottraendola all'arbitrio dei pastori o alle mode secolari che posso affascinare e abbagliare i presbiteri o gli altri membri del popolo di Dio. Il rapporto tra i due istituti non è altro che manifestazione dell'unità e alterità propria dell'unico sacramento dell'ordine, in cui si riconosce una differente (graduale) partecipazione ai *munera Christi*.

Il Consiglio presbiterale risulta in definitiva un organismo che permette, in questo momento storico, la realizzazione dell'identità sinodale del vescovo, così come allontana la tentazione di concepire la diocesi o la Chiesa

---

[129] Cf. Alberto Perlasca, *op. cit.*, p. 413. Analogamente Urso che osserva che «la comunione e la partecipazione nella Chiesa scaturiscono non da esigenze di efficienza pastorale, ma dalla natura della Chiesa stessa, così come si è stata riproposta dal Concilio e soprattutto come è stata voluta da Cristo Signore». Paolo Urso, *La struttura interna delle Chiese particolari*, nel vol. *Il Diritto nel Mistero della Chiesa. Quaderni di Apollinaris*, a cura del Gruppo Italiano Docenti di Diritto Canonico, Pontificia Università Lateranense, Roma 2001, II, p. 367.

particolare come realtà monistica. Il rapporto con il presbiterio, nella specie con il Consiglio presbiterale, permette altresì di affermare che nella Chiesa particolare pluralità e unità possono trovare una corretta armonizzazione ed espressione secondo il principio ecclesiologico e trinitario della *communio*[130].

[130] Scrive Miele "*[la sinodalità] consente di cogliere il concretarsi della* communio *nel suo momento funzionale, costituendo essa un fattore di dinamismo della Chiesa. Da tale prospettiva, la sinodalità qualificherà la* communio *in ordine a ogni genere di rapporti (in ultima analisi, anche in ordine a quelli giuridici) tra fedeli e dunque si svolgerà a considerare* ab intra *la compagine ecclesiale*». Manlio Miele, *Dalla sinodalità alla collegialità nella codificazione latina*, cit., p. 5.

Integrazione sociale e lotta alla discriminazione: il contributo dell'associazionismo religioso

Fabio Balsamo

1. Premessa

L'obiettivo di favorire la convivenza pacifica tra i diversi credi religiosi costituisce, com'è noto, una delle sfide decisive che le democrazie occidentali sono chiamate ad affrontare alla luce all'assetto multietnico e multireligioso assunto, in via ormai definitiva[1], nei diversi Paesi europei, seppure con tempistiche e dinamiche molto differenti[2].

Di fronte al massiccio flusso di migrazioni che sta interessando l'Europa trova un rinnovato interesse il dibattito sulle possibili proposte di "gestione" del fenomeno del multiculturalismo[3] e dei suoi possibili conflitti[4], anche

---

[1] Difatti «la presenza di gruppi religiosi di minoranza non costituisce più una fase culturale passeggera, ma è divenuta una condizione reale e permanente destinata a pesare sulle forme della convivenza». Così Maria Cristina Folliero, *Libertà religiosa e società multiculturali: la risposta italiana,* in Aa.Vv., *Studi in onore di Piero Pellegrino. Scritti di diritto canonico ed ecclesiastico,* I, a cura di Maria Luisa Tacelli e Vincenzo Turchi, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, p. 610.

[2] Le differenze sono in parte dovute anche al margine di apprezzamento riconosciuto ai singoli Stati membri dell'Unione Europea in materia religiosa. Sul punto cfr. Angelo Licastro, *Il diritto statale delle religioni nei paesi dell'Unione Europea. Lineamenti di comparazione*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 6 ss.

[3] Cfr. Nicola Venturini, *Multiculturalismo e Politically Correct,* in *Grande dizionario enciclopedico. Appendice 1997,* Utet, Torino, 1997, pp. 386-346; Gerd Baumann, *L'enigma multiculturale. Stati, etnie, religioni,* Il Mulino, Bologna, 2003; Maria Laura Lanzillo, *Il multiculturalismo*, Laterza, Roma-Bari, 2005.

[4] In particolare, di fronte all'incapacità del legislatore di intervenire adeguatamente nel governo del multiculturalismo, un ruolo cruciale è affidato all'interprete ed a chi nel concreto applica le leggi. In tal senso si rinvia a Sergio Ferlito, *Le religioni, il giurista e l'antropologo*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2005; Arnaldo Nesti (a cura di), *Multiculturalismo e pluralismo religioso fra illusione e realtà: un altro mondo è possibile?*, Firenze University Press, Firenze, 2006; Ilenia Ruggiu, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali,* Franco Angeli, Milano, 2012; Pierluigi Consorti - Andrea Valdambrini, *Gestire i conflitti interculturali e interreligiosi.*

se, al riguardo, sembrerebbe preferibile parlare di un "multiculturalismo contemporaneo", piuttosto che di un multiculturalismo *tout court,* sia per sottolineare come tale fenomeno non costituisca soltanto una novità dei nostri giorni[5], sia per impedire che lo stesso venga ritenuto, in modo alquanto fuorviante, l'immediata conseguenza dell'ingresso del considerevole numero di immigrati nel territorio dell'Unione[6].

Senza voler entrare nel merito di un'indagine sui crismi dell'attuale multiculturalità[7], nel presente contributo, ci si propone, più semplicemente, di ricercare attraverso quali modalità sia possibile assicurare, nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano, le condizioni per una stabile convivenza tra i diversi credi religiosi[8]. Infatti, l'accentuato pluralismo della società contemporanea occidentale impone che tale risultato si realizzi attraverso

---

Approcci a confronto, Pisa University Press, Pisa, 2013; Pierluigi Consorti, *Conflitti, mediazione e diritto interculturale,* Pisa University Press, Pisa, 2013.

[5] Difatti se è vero che i termini «'multiculturalismo' e 'multiculturale' sono termini coniati di recente», al contrario «i fenomeni che essi designano sono tutt'altro che nuovi. In passato, le società che oggi definiamo multiculturali erano caratterizzate come 'multinazionali', 'multietniche', 'multiconfessionali', 'multirazziali', o ancora come 'segmentate', come espressioni di 'pluralismo culturale', di 'diversità culturale', oppure di mestizaje». Così Göran Therborn, s.v. *Società multiculturale,* in *Enciclopedia delle scienze sociali,* Istituto della Enciclopedia Italiana, Treccani, Roma, VIII, 1998, p. 146. Sul punto si rinvia, anche per le opportune precisazioni sui termini multiculturalismo e multiculturalità, a Marco Ventura, *Grillo parlante o Pinocchio? Come sta nascendo il diritto ecclesiastico dell'Italia multiculturale*, in Antonio Fuccillo (a cura di), *Multireligiosità e reazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 182, 187-189.

[6] Cfr. Mario Ricca, *Culture interdette. Modernità, migrazioni e diritto interculturale*, Bollati Boringheri, Torino, 2013.

[7] Sul punto, pertanto, si rinvia alla più recente dottrina ecclesiasticistica, che si è anche preoccupata delle risposte più adeguate per fronteggiare il fenomeno, ivi compresa quella interculturale. In particolare, cfr. Gaetano Dammacco, *Diritti umani e fattore religioso nel sistema multiculturale euro mediterraneo,* Cacucci, Bari, 2000; Pasquale Lillo, *Globalizzazione del diritto e fenomeno religioso,* Giappichelli, Torino, 2002; Carlo Cardia, *Le sfide della laicità. Etica, multiculturalismo, islam*, San Paolo, Cinisello Balsamo, 2007; Pierluigi Consorti, *Pluralismo religioso: reazione giuridica multiculturalista e proposta interculturale*, in *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, *www.statoechiese.it*, maggio, 2007; Mario Ricca, *«Multireligiosità», «multiculturalità», «reazioni dell'ordinamento». Tre segnavia per il diritto interculturale*, in Antonio Fuccillo (a cura di), *Multireligiosità e reazione giuridica,* cit., pp. 157-174; Mario Ricca, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Dedalo, Bari, 2008; Id., *Dike meticcia. Rotte di diritto interculturale*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008; Antonio Fuccillo (a cura di), *Multireligiosità e reazione giuridica*, cit.; Mario Ricca, *Pantheon*, Torri del Vento, Palermo, 2012; Fortunato Freni, *La laicità nel biodiritto. Le questioni bioetiche nel nuovo incedere interculturale della giuridicità,* Giuffrè, Milano, 2012; Paolo Stefanì, *Il problema giuridico della laicità dello Stato nella società multiculturale*, Aracne, Roma, 2013; Antonio Fuccillo (a cura di), *Esercizi di laicità interculturale e pluralismo religioso,* Giappichelli, Torino, 2014; Maria d'Arienzo, *Diritti culturali e libertà religiosa*, in *Diritto e Religioni*, 2-2014, pp. 577-594.

[8] Con specifico riferimento alla situazione italiano si segnala il lavoro di Giovanni Battista Varnier (a cura di), *Fattore religioso, ordinamenti e identità nazionale nell'Italia che cambia*, Accademia Ligure di Scienze, Genova, 2004.

strumenti diversi da quelli utilizzati in passato per consentire la coesistenza all'interno di uno stesso territorio di diverse religioni[9]. Probabilmente, tra i vari strumenti a disposizione quello dell'integrazione sociale[10] – che è cosa ben diversa dall'integrazione religiosa – sembra essere il più efficace per la costruzione di una società che, aprendosi alle istanze delle diverse confessioni religiose, sia in grado di scoraggiare l'isolamento e lo stato di emarginazione in cui versano talune comunità religiose, stimolandone, al contrario, un'attiva partecipazione a tali processi.

Il traguardo di una pacifica convivenza e di una vera integrazione sociale non può essere però raggiunto senza un costante e parallelo impegno diretto al contrasto delle discriminazioni basate sull'elemento religioso[11], in presenza delle quali diventa impraticabile il percorso di costruzione di una pacifica convivenza tra i diversi credi.

2. *L'integrazione sociale come presupposto per una pacifica convivenza tra le distinte comunità religiose*

In prima analisi, occorre, pertanto, verificare se ed in che modo l'ordinamento giuridico italiano favorisca l'integrazione sociale delle diverse comunità religiose.

Al riguardo, preliminarmente, non possono non segnalarsi alcune evi-

---

[9] In particolare ci si riferisce al concetto politico di tolleranza quale strumento con cui realizzare la coesistenza pacifica di più religioni all'interno di uno stesso territorio, così come proposto dai *politiques* francesi nel XVI secolo. Sul punto si rinvia a Maria d'Arienzo, *La libertà di coscienza nel pensiero di Sebastien Castellion,* Giappichelli Torino, 2008, pp. LXIV-LXX; Id., *Islam e pluralismo religioso nella «Carta di Medina»,* in *Diritto e Religioni*, 2-2014, pp. 374-387, in particolare pp. 376-377. Per la necessità di nuovi strumenti, o meglio di una "rilettura" del concetto di tolleranza, si rinvia a Maria d'Arienzo, *Attualità della tolleranza,* in *Il Diritto Ecclesiastico*, II, 2004, pp. 490-501*;* Ead., *Deux Concepts de Tolérance: Michel de L'Hospital et Sébastien Castellion*, nel vol. *Michel Servet (1511-1553). Héresie et pluralisme du XVI^e au XXI^e siècle.* Actes du colloque de l'École Pratique des Hautes Études, 11-13 décembre 2003, réunis par Valentine Zuber *,* Honoré Champion, Paris, 2007, pp. 213-223. Cfr. inoltre Laura Mai, *Per una rilettura del concetto di tolleranza*, Pellegrini Editore, Cosenza, 2011.

[10] Cfr. Ilaria Zuanazzi, *La convivenza fra Stati e Religioni: profili giuridici*, in *Lessico di etica pubblica,* 3, 2012, pp. 32-41; Pierluigi Consorti - Andrea Valdambrini *Mediazione sociale. Riflessioni teoriche e buone pratiche,* Pisa University Press, Pisa, 2015, nonché Valerio Tozzi, *La trasformazione dello Stato nazionale, l'immigrazione ed il fenomeno religioso*, in Giovanni Battista Varnier (a cura di), *Fattore religioso, ordinamenti e identità nazionale nell'Italia che cambia,* cit., p. 120, il quale auspica «l'integrazione delle minoranze, in una logica non assimilatoria, ma di reciproco rispetto».

[11] Sul punto si rinvia ad Anna Gianfreda, *Diritto penale e religione tra modelli nazionali e giurisprudenza di Strasburgo (Italia, Regno Unito, Francia),* Giuffrè, Milano, 2012. In particolare, per la situazione italiana, si rinvia alle pp. 222-240.

denti criticità all'interno del nostro sistema giuridico, soprattutto in relazione all'effettivo godimento del diritto di libertà religiosa costituzionalmente garantito nelle ipotesi di esercizio del culto in forma associata e pubblica. La questione, in particolare, concerne la concreta disponibilità dei luoghi di culto da parte delle confessioni religiose prive di intesa[12] – ancora qualificate come culti ammessi dal nostro ordinamento[13] –, disponibilità che è di fatto ostacolata dalla rigidità della normativa urbanistica e dalla stessa giurisprudenza amministrativa[14], in particolare in materia di mutamento di destinazione d'uso degli immobili. Pertanto, essendo pregiudicata la possibilità di disporre di luoghi di culto[15], ne consegue il venir meno dell'effettiva possibilità di un pieno esercizio del diritto di libertà religiosa.

In questo senso, l'ordinamento giuridico italiano sembra non favorire adeguatamente l'integrazione sociale delle diverse componenti religiose.

Al contempo, però, non possono non segnalarsi esempi di segno opposto, come quello rappresentato dalla scelta di incoraggiare la promozione della convivenza tra le diverse comunità religiose attraverso la «conoscenza» e la «valorizzazione» delle rispettive espressioni religiose. La condivisione

---

[12] In particolare, in relazione ai luoghi di culto islamici era stato emanato dal Comitato per l'Islam italiano un apposito documento, la cui contraddittorietà è stata prontamente segnalata da attenta dottrina. Cfr. Nicola Fiorita, *Commento al documento del Comitato per l'Islam italiano presso il Ministero dell'Interno in materia di "luoghi di culto islamici in Italia" del* 28 gennaio 2011. Il contributo è consultabile al seguente *link http://www.stranieriinitalia.it/briguglio/immigrazione-e-asilo/2011/febbraio/fiorita-comit-islam-culto.pdf*

[13] Sul tema si rinvia a Giuseppe Leziroli (a cura di), *Dalla legge sui culti ammessi al progetto di legge sulla libertà religiosa,* Jovene, Napoli, 2004, in cui si segnala il contributo di Mario Tedeschi, *La legge sui culti ammessi,* pp. 35-47. Si rinvia, inoltre, ai più recenti lavori di Francesco Alicino, *La legislazione sulla base di intese. I test delle religioni "altre" e degli ateismi,* Cacucci, Bari, 2013, in particolare pp. 54-60 e Laura De Gregorio, *Legge generale sulla libertà religiosa. Disegni e dibattiti parlamentari*, Libellula, Tricase, 2012, in particolare pp. 7-20, dove l'A. affronta, come criticità del diritto ecclesiastico del terzo millennio, il tema della legislazione sui culti ammessi ancora in vigore.

[14] Cfr. Fabiano Di Prima, *Giudice amministrativo e interessi religiosi collettivi. Istanze confessionali, conflitti e soluzioni giurisprudenziali,* Libellula Edizioni, Tricase, 2013.

[15] Sul grado di (in)attuazione del diritto dei musulmani ai propri luoghi di culto si rinvia a Francesco Alicino, *La legislazione sulla base di intese. I test delle religioni "altre" e degli ateismi*, cit., pp. 128-130. Di certo non soccorrono le leggi regionali in materia, quali la recente legge regionale lombarda sull'edilizia di culto, ribattezzata come "legge anti-moschee". Sul punto si rinvia a Giuseppe Casuscelli, *La nuova legge regionale lombarda sull'edilizia di culto: di male in peggio,* in *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale, www.statoechiese.it,* 27 aprile 2015, nonché Alessandro Tira, *La nuova legge regionale lombarda sull'edilizia di culto: profili di illegittimità e ombre di opportunità*, in *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose, www.olir.it*, Anno XII, n. 2/2015; Giancarlo Anello, *La legge cd. "anti-moschee" della Regione Lombardia e la memoria (corta) del legislatore. Alcuni moniti a tutela della libertà religiosa*, in *Confronti Costituzionali*, 18 febbraio 2015; Natascia Marchei, *La legge della Regione Lombardia sull'edilizia di culto alla prova della giurisprudenza amministrativa*, *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale, www.statoechiese.it,* 31 marzo 2015.

delle differenti «espressioni religiose» sembrerebbe costituire, pertanto, un efficace strumento di integrazione sociale delle diverse comunità religiose.

Tale *input* può ricavarsi dal Testo Unico sull'immigrazione (D. Lgs. 286/1998 e successive modifiche), il quale, nonostante alcune zone d'ombra e molte contraddizioni[16], all'art. 42 stabilisce che lo «Stato, le regioni, le province e i comuni, nell'ambito delle proprie competenze, anche in collaborazione con le associazioni di stranieri…. favoriscono…la conoscenza e la valorizzazione delle espressioni culturali, ricreative, sociali, economiche e religiose degli stranieri regolarmente soggiornanti in Italia..».

In atto, quindi, le espressioni religiose sono da considerarsi, a tutti gli effetti, fattore di integrazione[17] che lo Stato, e gli altri enti pubblici territoriali sono chiamati a sostenere, anche al fine di porre le basi della convivenza tra le numerose compagini che compongono il quadro del pluralismo religioso italiano[18].

2.1 *Le pratiche di culto finalizzate all'integrazione sociale nella concreta applicazione della normativa urbanistica*

In base all'art. 42 del T.U. sull'immigrazione le attività poste in essere dalle associazioni che operano in favore degli stranieri sono meritevoli di essere favorite dai pubblici poteri e dagli stessi enti locali. In particolare ciò vale per quelle associazioni a cui sembra riconoscersi un ruolo cruciale nella sfida dell'integrazione, quali le associazioni di cui all'art. 52, primo comma, lett. a) del d.P.R. 394/1999, chiamate a perseguire, come propria finalità istituzionale, il fine peculiare dell'integrazione sociale degli stranieri.

---

[16] Cfr. Nicola Fiorita, *L'Islam spiegato ai miei studenti. Otto lezioni su Islam e diritto*, Firenze University Press, Firenze, 2006, p. 119 ss; Pierluigi Consorti, *Nuovi razzismi e diritto interculturale. Dei principi generali e dei regolamenti condominiali nella società multiculturale,* in *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale, www.statoechiese.it*, ottobre 2009, in particolare pp. 10-12.

[17] Sul tema si rinvia a Giandonato Caggiano (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezioni internazionali tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Giappichelli, Torino, 2014. Le espressioni religiose costituiscono un importante fattore di integrazione soprattutto nei contesti a forte incidenza migratoria. Cfr. Rafael Briones, Carmen Castilla, Celeste Jeménez, Sol Tarrés, Raquel Yebra, Oscar Salguero, *La religione come fattore di integrazione sociale nei contesti di immigrazione: il caso dell'Andalusia (Spagna),* in Aa.Vv., *Multiculturalismo e pluralismo religioso fra illusione e realtà: un altro mondo è possibile?*, cit., pp. 283-295. Inoltre vedasi Enrico Pugliese, *L'immigrazione in Italia: la portata e le caratteristiche del fenomeno, l'appartenenza religiosa degli immigrati e i processi di integrazione*, in Valerio Tozzi (a cura di), *Integrazione europea e società multi-etnica. Nuove dimensioni della libertà religiosa*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 1-13.

[18] Come emerge chiaramente in Francesco Alicino, *La legislazione sulla base di intese. I test delle religioni "altre" e degli ateismi*, cit., p. 93 ss.

Infatti, dal combinato disposto dell'art. 42 del Testo Unico sull'immigrazione con l'art. 52, primo comma, lett. a) del relativo regolamento di attuazione (d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394), si può desumere che gli enti pubblici sono invitati ad incoraggiare lo svolgimento di attività dirette alla valorizzazione delle "espressioni religiose" esercitate dalle associazioni che operano per agevolare l'integrazione sociale degli stranieri. Sulla scorta di siffatta indicazione pare dunque opportuno verificare fino a che punto la necessità di assecondare lo svolgimento di tali attività possa incidere sull'applicazione della normativa urbanistica, che sanziona con particolare rigore l'uso degli immobili per finalità diverse da quelle previste dalla loro specifica destinazione, come accade nel caso dell'utilizzo di un immobile per finalità di culto da parte delle associazioni culturali.

La questione dell'abusiva destinazione a fini cultuali degli immobili che sono nella disponibilità delle associazioni culturali e/o religiose, nonché di promozione sociale[19], è stata ampiamente dibattuta in dottrina ed in giurisprudenza[20]. Al riguardo, sono però da segnalare le recenti aperture di parte

---

[19] Cfr. in particolare Paolo Cavana, *Verso nuove forme di organizzazione religiosa nell'ordinamento italiano: le associazioni di promozione sociale con «finalità di ricerca etica e spirituale»*, in *Il diritto ecclesiastico,* I, 2003, pp. 493-531.

[20] Talvolta, tali associazioni culturali, realizzano vere e proprie operazioni di «mimetismo giuridico» volte a rivestire il fine cultuale di un carattere sociale e/o culturale, anche al fine di accedere alle opportunità offerte dal diritto comune, per poter godere, in via fattuale, di una più piena autonomia confessionale senza i controlli derivanti dalla soggezione alla legge sui culti ammessi, oltre che per consentire ai propri membri, quali fedeli, l'esercizio del diritto di libertà religiosa in forma associata, garantito dall'art. 19 Cost. In particolare, è questo il caso delle associazioni islamiche italiane, le quali, di fronte alle aporie della legislazione nazionale e regionale, si sono rivolte ai modelli organizzativi offerti dal diritto comune per tentare di soddisfare i bisogni religiosi del gruppo. Sul punto si rinvia ai recenti contributi di Rita Benigni, *Le organizzazioni musulmane a dimensione nazionale. Aspetto giuridico ed azione, tra mimetismo ed emersione del carattere cultuale, rappresentatività di un Islam italiano;* Erminia Camassa, *Caratteristiche e modelli organizzativi dell'islam italiano a livello locale: tra frammentarietà e mimetismo giuridico,* nonché di Pierangela Floris, *Comunità islamiche e lacune normative. L'ente che non c'è: l'associazione con fine di religione e di culto,* contenuti nel Volume di Carlo Cardia-Giuseppe Dalla (a cura di), *Comunità islamiche in Italia. Identità e forme giuridiche*, Giappichelli, Torino, 2015. Si veda inoltre Alberto Fabbri, *L'utilizzo di immobili per lo svolgimento di attività di culto,* in *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 40/2013, pp. 1-23. Pertanto, si è ravvisata proprio nell'esigenza di esercitare la libertà religiosa in forma aggregata – e, nel caso specifico, nella necessità di offrire ai fedeli un luogo di preghiera – «la motivazione ed al contempo la causale giuridica del ricorso a strutture organizzative di varia tipologia». Così Antonio Fuccillo, *Società di capitali, enti religiosi e dinamiche interculturali*, in Antonio Fuccillo (a cura di), *Esercizi di laicità interculturale e pluralismo religioso,* Giappichelli, Torino, 2014*,* p. 4. Tali tentativi, peraltro, sono stati spesso stroncati da una normativa urbanistica rigida nel sanzionare l'abusivo mutamento di destinazione d'uso dell'immobile al fine di culto, oltre che da una giurisprudenza amministrativa rigorosa nel censurare ogni ipotesi di "abuso del diritto", ossia ogni tentativo di strumentalizzazione delle opportunità offerte dalle norme giuridiche, in consonanza con l'ancora attuale definizione di abuso del diritto data da Mariano D'Amelio, s.*v. Abuso del diritto*, in *Novissimo*

della giurisprudenza amministrativa, che si spinge a ricondurre l'avvenuta violazione della normativa urbanistica – con la conseguente comminazione dell'accessoria sanzione della chiusura dei locali – ai soli casi di esercizio "effettivamente pubblico" del culto[21].

Al fine di individuare quali fattispecie integrino effettivamente l'ipotesi di mutamento abusivo di destinazione al culto ci si propone, in questa sede, di verificare se possa ritenersi sussistente una deroga allorquando l'esercizio del culto, svolto nell'ambito delle attività esercitate dalle associazioni di cui all'art. 42 T.U.IM, sia finalizzato all'integrazione sociale degli stranieri. Ovvero, in questa ipotesi occorre osservare se possa ritenersi giustificabile un'attenuazione nell'applicazione di detta normativa, consentendosi così lo svolgimento di pratiche cultuali anche in difetto di una conforme destinazione urbanistica dell'immobile.

Per rispondere a questo interrogativo occorre preliminarmente chiedersi se nell'ambito del concetto di "espressione religiosa" sia possibile ricomprendere finanche le pratiche di culto. Sul punto, accogliendo un'interpretazione ampia di detta locuzione, pare preferirsi una soluzione affermativa, in quanto le pratiche di culto sembrano costituire senz'altro l'*espressione* per antonomasia del sentimento religioso. Conseguentemente, può sostenersi che l'atteggiamento di favore che l'ordinamento riconosce per lo svolgimento di attività dirette all'integrazione sociale degli stranieri[22] debba rimanere inalterato – e ciò talvolta non accade! – in presenza di attività che perseguono questo meritorio fine attraverso la condivisione di espressioni religiose, quali, appunto, l'esercizio del culto in forma associata.

In ordine alla possibilità che lo svolgimento di pratiche cultuali finalizzate all'integrazione sociale dei fedeli stranieri all'interno di immobili non destinati al culto sia riguardato differentemente da altre ipotesi di abusiva destinazione al culto è da segnalare una significativa pronuncia del T.A.R. Lombardia (T.A.R. Lombardia, sentenza 23 settembre 2010, n. 6415), che ha sottolineato come non si configuri un'abusiva destinazione degli immobili al culto nel caso in cui un'associazione coinvolga in attività religiose comunità appartenenti ad una determinata confessione religiosa al solo fine di promuoverne l'integrazione e l'inserimento nella società. Difatti, dalla circo-

---

Digesto Italiano, 1957, I, p. 95 ss. Cfr. inoltre il più recente lavoro di Carmelo Restivo, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 2007.

[21] Difatti, secondo la più recente giurisprudenza amministrativa, soltanto in queste ipotesi sembra configurabile l'utilizzo dell'immobile quale vero e proprio edificio di culto. Sul punto mi sia consentito un rinvio a Fabio Balsamo, *Associazioni culturali islamiche e destinazione non abusiva degli immobili al culto*, cit., pp. 413-416.

[22] Ciò si desume in modo chiaro dal tenore letterale dell'art. 42 T.U.IM.

stanza che in un immobile (nel caso di specie non una moschea ma un luogo di riunione ed assistenza riservato alla comunità religiosa islamica) siano erogati servizi rivolti «ad una comunità appartenente ad una determinata confessione religiosa, ma dichiaratamente offerti al solo scopo di promuoverne l'integrazione e l'inserimento nella società, non è possibile affatto desumere la volontà di destinare i locali a luogo di culto, o comunque ad attività connesse all'esercizio del ministero pastorale»[23].

Sembrerebbe, pertanto, che il fine dell'integrazione sociale sia tale da giustificare un'attenuazione del rigore della normativa urbanistica, che invece, negli altri casi, è oggetto di un'applicazione particolarmente rigorosa, che culmina con la chiusura dei locali delle associazioni di promozione sociale, o culturali, in cui si svolgono dette pratiche di culto.

Una tale conclusione, che potrebbe ritenersi eccessiva per una qualsivoglia associazione culturale o di promozione sociale[24], sembrerebbe, al contrario, opportuna nei confronti delle associazioni che si occupano di favorire l'integrazione sociale degli stranieri nel rispetto di quanto previsto dall'art. 42 del T.U.IM. e dal relativo regolamento attuativo, e ciò anche in virtù dei controlli connessi all'iscrizione nell'apposito Registro, che sembrano effettivamente in grado di garantire un costante monitoraggio sulla conformità delle attività concretamente svolte con l'istituzionale finalità dell'integrazione sociale.

Pertanto, nei confronti di questi enti – deputati istituzionalmente a perseguire l'integrazione sociale degli stranieri attraverso "la conoscenza e la valorizzazione delle espressioni religiose" – parrebbe auspicabile una maggiore elasticità nell'applicazione, spesso non uniforme, della normativa urbanistica, affinché, nel concreto, non si pregiudichi – in ossequio al *favor* che l'ordinamento riconosce a tale finalità – l'effettiva promozione dell'integrazione sociale degli stranieri, tassello ineliminabile nella costruzione della convivenza tra le diverse comunità religiose.

2.2 *Enti religiosi ed integrazione sociale degli stranieri attraverso la "conoscenza e la valorizzazione delle espressioni religiose"*

L'art. 42 T.U. IM. individua la categoria delle associazioni e degli enti che

---

[23] La sentenza è opportunamente riportata in Antonio Fuccillo - Raffaele Santoro, *Giustizia, diritto, religioni. Percorsi nel diritto ecclesiastico civile vivente*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 78-79.

[24] Per tali associazioni, come già evidenziato, si presenta concretamente il rischio di un abuso della forma di associazione culturale in luogo dell'effettiva natura cultuale delle stesse.

svolgono attività in favore degli immigrati, prevedendo all'uopo l'istituzione di un apposito registro tenuto presso il Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali. In particolare, ai fini dell'indagine qui condotta, riveste particolare interesse la prima sezione del Registro, nella quale possono richiedere di essere inserite le "associazioni che favoriscono l'integrazione sociale degli stranieri"[25], che, come ribadito più volte, può avvenire anche attraverso la valorizzazione e la condivisione delle «espressioni religiose».

In tal senso, pare opportuno constatare se gli enti ecclesiastici, e più in generale gli enti religiosi, possano perseguire accanto al caratterizzante ed istituzionale fine di religione e di culto l'ulteriore finalità della promozione dell'integrazione sociale degli stranieri mediante la condivisione di pratiche religiose. In altri termini, occorre analizzare il dato normativo, allo scopo di verificare se gli enti religiosamente ispirati possano soddisfare i requisiti richiesti ai fini dell'iscrizione nella prima sezione del Registro delle associazioni e degli enti che svolgono attività in favore degli immigrati. Difatti, lungi dal voler ridimensionare il contributo che l'associazionismo religioso già offre nel settore dell'integrazione sociale, è rilevante segnalare come l'attuale normativa faccia derivare dall'iscrizione nel Registro il riconoscimento, in capo a detti enti, di una serie di opportunità assolutamente non trascurabili[26].

L'art. 53 del regolamento di attuazione del T.U. IM (d.p.r. 31 agosto 1999, n. 394) stabilisce le condizioni richieste per l'iscrizione nella suddetta sezione del Registro[27], quali la presenza di un atto costitutivo e di uno statuto

---

[25] L'art. 52 del d.P.R. 394/1999 cos prevede tre sezioni all'interno del Registro:

a) nella prima sezione sono iscritti associazioni, enti e altri organismi privati che svolgono attività per favorire l'integrazione sociale degli stranieri, ai sensi dell'art. 42 del testo unico;

b) nella seconda sono iscritti associazioni ed enti che possono essere ammessi a prestare garanzia per l'ingresso degli stranieri per il loro inserimento nel mercato del lavoro, ai sensi dell'art. 23 del testo unico;

c) nella terza sezione sono iscritti associazioni, enti ed altri organismi privati abilitati alla realizzazione dei programmi di assistenza e protezione sociale degli stranieri di cui all'art. 18 del testo unico.

[26] Soprattutto in materia di lotta alla discriminazione. Sul punto ci si soffermerà *infra sub* par. 3.

[27] In base all'art. 53 del d.P.R. 394/1999 possono iscriversi nella sezione del registro di cui all'art. 52, comma 1, lettera a), gli organismi privati, gli enti e le associazioni che svolgono attività per l'integrazione di cui all'art. 42, comma 1, del testo unico, che abbiano i seguenti requisiti:

a) forma giuridica compatibile con i fini sociali e di solidarietà desumibili dall'atto costitutivo e dallo statuto in cui devono essere espressamente previsti l'assenza di fini di lucro, il carattere democratico dell'ordinamento interno, l'elettività delle cariche associative, i criteri di ammissione degli aderenti, i loro obblighi e diritti. I predetti requisiti non sono richiesti per gli organismi aventi natura di organizzazione non lucrativa di utilità sociale (ONLUS), ai sensi del decreto legislativo 4 dicembre 1997, n. 460;

b) obbligo di formazione del bilancio o del rendiconto dal quale devono risultare i beni, i contributi o le donazioni, nonché le modalità di approvazione dello stesso da parte dell'assemblea degli aderenti;

da cui emerga una forma giuridica compatibile con i fini sociali e di solidarietà e in cui sia espressamente prevista l'assenza di fini di lucro, il carattere democratico dell'ordinamento interno e l'elettività delle cariche; l'assolvimento dell'obbligo di bilancio e di una fedele rendicontazione, la sede in Italia ed una maturata esperienza biennale nel settore dell'integrazione degli stranieri.

Per gli enti ecclesiastici, invero, appare problematico il soddisfacimento dei requisiti rappresentati dal carattere democratico dell'ordinamento interno e dall'elettività della cariche. Tuttavia, tale ostacolo è superabile grazie alla deroga prevista dallo stesso art. 53, primo comma, lett. a), che esonera gli enti che abbiano ottenuto la qualifica di ONLUS dal rispetto di tali stringenti condizioni. In atto, questa deroga sembra senz'altro favorire proprio gli enti ecclesiastici che abbiano già ottenuto la qualifica di ONLUS, peraltro acquisita dagli stessi enti sulla base di un'ulteriore ed analoga eccezione contenuta nell'art. 10, comm. 7 e 9 del D. Lgs. 460/1997[28].

Ciò premesso, non paiono quindi sussistere impedimenti alla possibilità che un ente ecclesiastico, attraverso il proprio ramo ONLUS[29], possa esercitare attività di integrazione sociale degli stranieri e possa, di conseguenza, presentare, dopo aver maturato la richiesta esperienza biennale, i requisiti imposti per l'iscrizione nel relativo registro. In tal modo, il processo di integrazione sociale degli stranieri potrebbe beneficiare anche del contributo delle stesse confessioni religiose, le quali, attraverso la costituzione di enti in possesso dei requisiti prescritti dal d.p.r. 394/1999, potrebbero offrire, per mezzo della valorizzazione delle distinte espressioni religiose, un ulteriore e rilevante sostegno all'integrazione sociale.

---

c) sede legale in Italia e possibilità di operatività in Italia ed eventualmente all'estero qualunque sia la forma giuridica assunta;

d) esperienza almeno biennale nel settore dell'integrazione degli stranieri e dell'educazione interculturale, della valorizzazione delle diverse espressioni culturali, ricreative, sociali, religiose ed artistiche, della formazione, dell'assistenza e dell'accoglienza degli stranieri.

[28] Infatti, i requisiti previsti dall'art. 10, primo comma del D. Lgs. 460/1997 non si applicano agli enti riconosciuti dalle confessioni religiose con le quali lo Stato ha stipulato patti, accordi o intese. La scelta di circoscrivere la portata di tale deroga ai soli enti di confessioni munite di intesa appare senz'altro criticabile.

[29] Per approfondimenti sul ramo Onlus degli enti ecclesiastici si rinvia, tra la sterminata bibliografia, ad Antonino Mantineo, *Enti ecclesiastici ed enti non profit. Specificità e convergenze*, Giappichelli, Torino, 2001; Angela Patrizia Tavani, *Rassegna ricostruttiva in materia di Onlus di ispirazione religiosa*, in *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale, www.statoechiese.it*, maggio 2011; Patrizia Clementi, *Il "ramo onlus" dell'ente ecclesiastico*, in *exLege*, n. 2, 2006, pp. 53-60. Sui rischi di una strumentalizzazione delle Onlus cfr. Antonio Guarino, *Ripensare le Onlus?*, in *Diritto e Religioni*, 1-2011, pp. 160-174.

3. Le azioni contro la discriminazione religiosa nell'ordinamento giuridico italiano

Come sostenuto, il traguardo di una pacifica convivenza tra i diversi credi religiosi può essere raggiunto attraverso un costante impegno finalizzato alla promozione dell'integrazione sociale, cui possono (e devono) contribuire attivamente anche gli enti religiosi. Tuttavia, lo svolgimento di queste pur meritorie iniziative a nulla varrebbe in mancanza di un contestuale impegno diretto al contrasto delle discriminazioni, in particolare religiose.

Anche in questo senso, l'ordinamento giuridico italiano, talvolta per merito delle sollecitazioni provenienti dall'Unione Europea, propone dei segnali incoraggianti, le cui potenzialità paiono ancora non pienamente attuate.

Tra gli strumenti previsti dalla legislazione italiana spicca quello dell'azione civile contro la discriminazione, anche religiosa, prevista dall'art. 44 del Testo Unico sull'immigrazione, a norma del quale si prevede che quando il comportamento di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o religiosi, è possibile ricorrere all'autorità giudiziaria ordinaria per domandare la cessazione del comportamento pregiudizievole e la rimozione degli effetti della discriminazione[30].

L'importanza della previsione di un'azione civile contro la discriminazione occasionata da un atto o un provvedimento della pubblica amministrazione emerge immediatamente se confrontata con i limiti che connotano il diverso rimedio del ricorso amministrativo. Infatti, innanzitutto, la tutela in sede amministrativa è circoscritta all'emanazione non di un qualunque atto amministrativo, ma di un provvedimento amministrativo[31]; sicché la discriminazione potrebbe essere prodotta anche da atti non impugnabili dinanzi alla giurisdizione amministrativa, com'è il caso delle circolari, considerate atti a valenza interna – e quindi dotati di un carattere di vincolatività soltanto all'interno dell'amministrazione – ma che tuttavia sono idonei a produrre effetti, anche pregiudizievoli, nei confronti dei privati, seppure di tipo

---

[30] Nell'art. 44 del Testo Unico sull'Immigrazione è stato trasfuso il testo dell'art. 42 della legge 6 marzo 1998, n. 40. Per approfondimenti sulle caratteristiche e sulla natura dell'azione civile contro la discriminazione si rinvia a Pietro Adami, *L'azione civile anti-discriminazione ex art. 44 T.U. immigrazione*, in *Giurisprudenza di merito*, 3-2013, p. 502 ss.

[31] Sulla differenza, ormai pacifica, tra atto amministrativo ed atto che costituisce provvedimento amministrativo – inteso come atto con cui si chiude il procedimento amministrativo, dotato di effetti sul piano dell'ordinamento generale e che costituisce il risultato del potere amministrativo attribuito all'amministrazione – si rinvia, *ex plurimis*, ad Elio Casetta, *Compendio di diritto amministrativo*, XI edizione, Giuffrè, Milano, 2011, p. 350.

mediato[32]. Inoltre, il ricorso amministrativo, ai fini dell'impugnazione, deve presupporre l'esistenza di vizi del provvedimento, mentre, talvolta, l'effetto discriminatorio si realizza per effetto di un provvedimento amministrativo legittimo, e quindi non censurabile. Infine, sarebbero non tutelabili dinanzi alla giurisprudenza amministrativa tutti quei casi di discriminazione addebitabili a «comportamenti privati», contemplati invece ai fini della proposizione del ricorso contro la discriminazione *ex* art. 44 T.U. immigrazione.

L'azione civile contro la discriminazione, al momento dell'entrata in vigore della l. 40/1998, tuttavia, poteva essere proposta esclusivamente dai singoli destinatari delle condotte discriminatorie, purché individuabili in modo diretto ed immediato, e ciò costituiva un rilevante *vulnus*. Opportunamente, su tale assetto ha inciso in modo significativo il D. Lgs. 215/2003 – normativa di attuazione della direttiva 2000/43/CE per la "parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica" – che ha introdotto ulteriori misure rivolte a prevenire e a contrastare la discriminazione, oltre che forme di razzismo a carattere culturale e religioso[33]. Il D. Lgs. 215/2003 ha determinato un netto rafforzamento del sistema di azioni a contrasto delle discriminazioni delineato nel T.U. immigrazione, in particolare grazie alla disposizione di cui all'art. 5, che ha esteso la legittimazione ad agire in giudizio, oltre che ai destinatari delle condotte discriminatorie che siano individuabili «in modo diretto e immediato», anche alle associazioni impegnate contro le discriminazioni[34] che risultino iscritte in un apposito registro tenuto presso il Dipartimento per le pari opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri e presso il Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali.

In tal modo, in tema di discriminazione si è percorsa la strada di una

---

[32] Si rinvia ancora a Pietro Adami, *L'azione civile anti-discriminazione ex art. 44 T.U. immigrazione,* cit., pp. 505-506.

[33] Sull'importanza di una sollecita e puntuale attuazione delle direttive dell'Unione in materia di lotta alla discriminazione si rinvia al contributo di Nicola Fiorita, *Le direttive comunitarie in tema di lotta alla discriminazione, la loro tempestiva attuazione e l'eterogenesi dei fini*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1-2004, p. 361 ss. Per approfondimenti si rinvia a Chiara Favilli, *La non discriminazione nell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2008, in particolare pp. 196-206; Stella Coglievina, *Diritto antidiscriminatorio e religione*, Libellula Edizioni, Tricase, 2013; Marco Parisi, *Profili giuridici della tutela delle minoranze culturali e religiose nello spazio sociale europeo*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1-2014, p. 449 ss.

[34] L'art. 5, terzo comma del D. Lgs. 215/2003 stabilisce che «le associazioni e gli enti inseriti nell'elenco di cui al comma 1 sono, altresì, legittimati ad agire ai sensi dell'articolo 4 nei casi di discriminazione collettiva qualora non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione».

«doppia tutela»[35]. Accanto alla tutela azionabile dal singolo soggetto leso dinanzi al giudice amministrativo – sempre che, come detto, la lesione derivi da un atto avente natura di provvedimento amministrativo – si è prevista un'ulteriore azione generale e sussidiaria davanti al giudice civile, proponibile anche in mancanza dei presupposti tipici del ricorso giurisdizionale amministrativo. L'efficacia di siffatta forma di tutela – al momento ancora residuale, ma destinata ad assumere un peso sempre più considerevole – è ulteriormente rafforzata dalla possibilità che a promuovere l'azione siano le predette associazioni impegnate contro le discriminazione, a cui è quindi riconosciuta la relativa legittimazione processuale attiva ogni volta che «non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione» (art. 5, terzo comma, D. Lgs. 215/2003).

In effetti nella realtà ciò avviene non di rado quando l'azione (pubblica o privata) si rivolge ad un numero indeterminato di soggetti, come può accadere, ad esempio, nei confronti dei fedeli di una comunità religiosa interessata dagli effetti discriminatori di un atto della pubblica amministrazione o di un comportamento privato. Sono, infatti, le comunità religiose le principali destinatarie dei casi di «discriminazione collettiva» basate sul fatto religioso.

3.1 *Associazionismo religioso e lotta alla discriminazione*

Tra le associazioni legittimate a proporre l'azione civile anti-discriminazione vi possono rientrare anche le associazioni contemplate dall'art. 52, primo comma, lett. a) del d.P.R. 394/1999, che si occupano di favorire l'integrazione sociale attraverso la valorizzazione delle pratiche religiose. Questa possibilità è espressamente prevista dall'art. 5, secondo comma del D. Lgs. 215/2003, secondo cui «le associazioni e gli enti iscritti nel registro di cui all'articolo 52, comma 1, lettera *a)*, del decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1999, n. 394»[36] possono essere iscritte nell'elenco delle

---

[35] Così Pietro Adami, *L'azione civile anti-discriminazione ex art. 44 T.U. immigrazione,* cit., il quale alla nota 21 riporta alcuni significativi casi giudiziari: Tribunale di Monza 27 marzo 2003, in *Foro italiano*, 2003, I, p. 3175, che «ha sanzionato la norma dello statuto di una cooperativa edilizia che non ammetteva tra i soci i cittadini extracomunitari», nonché Tribunale di Roma, 16 luglio 2008, in *Responsabilità e risarcimento*, 2008, f. 9, p. 31, che «ha sanzionato il rifiuto di un soggetto privato di concludere il contratto di fornitura beni/servizi offerti al pubblico, avendo come unica ragione la condizione di straniero dell'acquirente. Il tribunale ha irrogato una condanna al risarcimento del danno non patrimoniale quantificabile equitativamente».

[36] Oltre alle associazioni e gli enti iscritti nel registro delle associazioni e degli enti che svolgono attività nel campo della lotta alle discriminazioni e della promozione della parità di trattamento, previste dall'art. 6 del D. Lgs. 215/2003.

associazioni legittimate ad agire contro le discriminazioni individuali[37] e collettive (art. 5, comm. 1-3 D. Lgs. 215/2003). Come sottolineato *supra*[38] anche gli enti ecclesiastici sembrano poter soddisfare i requisiti richiesti dall'art. 53 del d.P.R. 394/1999 ai fini dell'iscrizione nel registro delle associazioni che promuovono l'integrazione sociale degli stranieri. Di conseguenza, una volta effettuata l'iscrizione nel registro di cui all'art. 52, primo comma lett. a) del d.P.R. 394/99, gli stessi potranno avvalersi dell'opportunità concessa dall'art. 5, secondo comma del D. Lgs. 215/2003, ottenendo così di essere iscritti anche nell'elenco delle associazioni legittimate ad agire contro le discriminazioni. Per questa via, gli enti religiosi potranno quindi beneficiare dell'opportunità di contribuire concretamente alla lotta contro le discriminazioni attraverso il riconoscimento della loro legittimazione ad agire in giudizio in presenza di discriminazioni individuali e collettive.

Una tale conclusione pare davvero opportuna in ragione della natura degli interessi rappresentati dall'associazionismo religioso.

Ciò perché la discriminazione per motivi religiosi, lungi dal danneggiare il singolo fedele, produce effetti pregiudizievoli anche nei confronti dell'intera comunità religiosa di appartenenza. In tal senso, le modifiche introdotte dal d.lgs. 215/2003 paiono ancora più apprezzabili, e sembrano rendere necessario un più convinto coinvolgimento degli enti religiosi in un'azione di contrasto concreto alle discriminazioni. Infatti, nonostante l'impegno che le organizzazioni religiosamente ispirate tradizionalmente profondono nell'accoglienza e nella lotta alle discriminazioni – ed in generale nell'intero settore del *no profit* –, è soltanto l'iscrizione negli appositi elenchi predisposti dalla normativa a determinare la concreta disponibilità, in capo a tali soggetti, degli strumenti idonei a consentire un efficace contributo per l'integrazione sociale e per il contrasto delle discriminazioni, quali appunto è il riconoscimento della legittimazione ad agire in giudizio per i casi di discriminazione individuale e collettiva. Tuttavia, la presenza del mondo dell'associazionismo religioso all'interno del Registro delle associazioni previsto dall'art. 5 del D. Lgs. 215/2003 appare, invero, del tutto residuale ed episodica rispetto alla dimensione assunta dal fenomeno della discriminazione su base religiosa[39].

Anche per questa ragione l'associazionismo religioso è chiamato ad in-

---

[37] In tal caso la legittimazione dell'ente ad agire in giudizio avverrà in forza di delega, rilasciata, a pena di nullità, per atto pubblico o scrittura privata autenticata, in nome e per conto o a sostegno del soggetto passivo della discriminazione (art. 5, primo comma del D. Lgs. 215/2003).

[38] Si rinvia al par. 2.2.

[39] Si segnala, infatti, la presenza nel Registro soltanto di qualche confraternita (ad es. Arciconfraternita del S.S. Sacramento e di S. Trifone di Roma) e di qualche Caritas diocesana. Il Registro è consultabile sul sito istituzionale del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

terpretare un ruolo ancora più decisivo nel favorire l'integrazione sociale e nel contrastare le discriminazioni. Gli strumenti normativi, come visto, non mancano, ed aspettano soltanto di essere colti nella loro pienezza, affinché gli stessi enti religiosi possano offrire un apporto decisivo alla promozione della convivenza ed alla tutela del pluralismo religioso.

4. Brevi riflessioni conclusive

L'ordinamento giuridico italiano consente anche agli enti religiosi di concorrere, insieme agli altri enti del terzo settore, all'integrazione sociale ed al contrasto delle discriminazioni. In effetti, agli stessi sarà garantito, in presenza dei requisiti richiesti dalle diverse normative, l'iscrizione nel Registro delle associazioni che favoriscono l'integrazione sociale degli stranieri e/o delle associazioni legittimate a contrastare le discriminazioni con il contestuale riconoscimento della relativa legittimazione processuale attiva. Sarà quindi l'iscrizione in tali registri ad attribuire agli enti quei poteri necessari ad operare efficacemente in detti settori. In difetto, il contributo che può essere offerto appare decisamente meno incisivo, soprattutto in materia di lotta alla discriminazione.

Di conseguenza, la spontaneità che da sempre caratterizza il fiorire dell'associazionismo, in particolare religioso[40], deve misurarsi con la scelta legislativa di incanalare lo stesso associazionismo su binari predeterminati ed in forme assai rigide, al rispetto delle quali è subordinata la concessione di poteri di intervento effettivamente funzionali agli obiettivi da realizzare. La proliferazione di elenchi e Registri, da questo punto di vista, non può non destare delle perplessità, soprattutto considerando che non sempre ciò costituisce il riflesso di un'effettiva apertura nei confronti di quell'associazionismo espressione delle "nuove minoranze religiose"[41], spesso tagliate fuori dalla previsione di requisiti troppo stringenti o calibrati su misura per le solite entità[42].

In altri termini, occorre scongiurare il rischio che, a causa dell'esaspe-

---

[40] Sul punto cfr. Mario Tedeschi, *Preliminari ad uno studio dell'associazionismo spontaneo nella Chiesa*, Giuffrè, Milano, 1974.

[41] Cfr. Marco Parisi, *Profili giuridici della tutela delle minoranze culturali e religiose nello spazio sociale europeo, cit.,* p. 449.

[42] Emblematico al riguardo è la normativa in materia di Onlus ed impresa sociale, che prevede una corsia preferenziale soltanto per le associazioni e gli enti delle confessioni religiose con cui lo Stato abbia stipulato patti, accordi o intese, escludendo da tale ambito gli enti delle confessioni prive di intesa..

rato formalismo della legislazione, alla promozione della convivenza possano concorrere solamente alcuni soggetti, espressione della maggioranza istituzionalizzata. Difatti, soltanto attraverso il più ampio coinvolgimento possibile di tutti gli enti impegnati nella lotta alle discriminazioni ed alla promozione dell'integrazione si potrà assistere ad una sostanziale svolta nella costruzione di un sistema in cui si proceda all'integrazione di ciò che non è ancora integrato, in luogo della fittizia ostentazione dell'inutile e parossistica integrazione di realtà già integrate.

Le limitazioni giurisprudenziali al riconoscimento delle nullità matrimoniali canoniche

Marco Canonico

1. *L'introduzione del criterio della buona fede*

Sono ormai oltre trent'anni che la giurisprudenza statale, in particolare la Corte di Cassazione, introducendo in via interpretativa elementi considerati rilevanti ai fini del contrasto delle pronunce canoniche di nullità matrimoniale con l'ordine pubblico italiano, si sforza di limitare il riconoscimento di tali provvedimenti ecclesiastici nell'ordinamento civile.

Ferma restando l'impossibilità di delibare sentenze che dichiarino l'invalidità del vincolo per impedimenti tipicamente confessionali, in cui la nullità deriva dall'esistenza di situazioni del tutto peculiari che non trovano alcun riscontro nell'ordinamento civile, quali la disparità di religione, l'ordine sacro ed il voto pubblico di castità[1], l'operazione volta ad arginare l'ingresso delle invalidità sancite dai tribunali della Chiesa ha avuto inizio con l'introduzione del criterio secondo cui la tutela della buona fede e dell'affidamento costituisca esigenza imprescindibile ed inderogabile in materia matrimonia-

[1] Nelle ipotesi contemplate ci si trova in presenza di circostanze che assumono rilievo esclusivamente sotto il profilo spirituale e restano al contrario del tutto indifferenti per l'ordinamento civile, il quale non può interessarsi dell'appartenenza religiosa del soggetto né dei suoi impegni di tipo spirituale, con la conseguenza che lo Stato non può far dipendere la validità di un matrimonio dalla fede professata dai soggetti interessati o dalle scelte di vita da essi effettuate sul piano ecclesiastico. Lo Stato è infatti tenuto a garantire e rispettare il diritto di libertà religiosa sancito dall'art. 19 Cost. nonché il divieto di discriminazioni sotto il profilo religioso di cui all'art. 3 Cost., ragione per cui non può recepire la nullità di un matrimonio per le ipotesi ricordate a carico di un soggetto che, pur se appartenente a confessione diversa dalla cattolica, ordinato sacerdote ovvero membro di ordine religioso, per la normativa statale al momento delle nozze non presentava impedimenti che potessero impedire il matrimonio civile o la trascrizione di quello canonico. In simili ipotesi riconoscere la pronuncia canonica di invalidità del vincolo significherebbe conferire rilevanza alle convinzioni religiose ed alle scelte spirituali degli interessati, in spregio alle esigenze di rango costituzionale sopra evidenziate ed alla libertà matrimoniale del soggetto che comunque merita di essere rispettata e tutelata.

le[2]. In relazione alla cosiddetta simulazione unilaterale, ovvero l'esclusione da parte di uno dei nubendi del matrimonio stesso o di sue proprietà o elementi essenziali, la Corte di Cassazione a partire dalla sentenza 1° ottobre 1982 n. 5026, pronunciata a sezioni unite, con orientamento ormai consolidato, ascrive infatti la buona fede nel novero dei principi di ordine pubblico. In virtù di tale interpretazione, non esente da critiche in dottrina[3], viene in linea di principio impedito il riconoscimento delle pronunce di invalidità del vincolo fondate sull'esclusione di proprietà o elementi essenziali del

---

[2] Sino ad un recente passato, nei casi di invalidità del vincolo previsti dalla normativa canonica diversi dagli impedimenti tipicamente confessionali e, nei termini di cui si dirà, dalla simulazione, la giurisprudenza italiana non rilevava motivi di contrasto con l'ordine pubblico. In questo senso sono state considerate riconoscibili le nullità dichiarate dalla giustizia canonica per incapacità psichica (Cass. 18 settembre 2014 n. 19691, 20 gennaio 2011 n. 1262, 15 settembre 2009 n. 19808, 8 luglio 2009 n. 16051, 7 aprile 2000 n. 4387, 7 aprile 1997 n. 3002, 12 gennaio 1988 n. 140, 5 novembre 1987 n. 8151, 4 giugno 1987 n. 4889, 1° agosto 1986 n. 4910, 18 dicembre 1984 n. 6621), violenza e timore (Cass. 13 settembre 2002 n. 13428, 19 febbraio 1991 n. 1709, 1° agosto 1986 n. 4908, 5 luglio 1984 n. 3944), errore (Cass. 26 maggio 1987 n. 4707), impotenza (Cass. 18 febbraio 1985 n. 1376). Solo nel caso della condizione sembra essersi richiesta la necessità della conoscenza o conoscibilità dell'apposizione di tale elemento accidentale da parte dell'altro nubente (Cass. 6 marzo 2003 n. 3339, 11 giugno 1997 n. 5243, 6 settembre 1985 n. 4644). Non può tuttavia trascurarsi che Cass. sez. un. 18 luglio 2008 n. 19809 ha affermato che "*l'errore, se indotto da dolo… se accertato come causa di invalidità in una sentenza ecclesiastica, potrà dare luogo al riconoscimento di questa in Italia solo se sia consistito in una falsa rappresentazione della realtà che abbia avuto ad oggetto circostanze oggettive, incidenti su connotati stabili e permanenti, qualificanti la persona dell'altro nubente. Appare, quindi, in contrasto assoluto con il nostro ordine pubblico interno la rilevanza, sulla formazione del volere dei nubenti, data in sede canonica ad un errore soggettivo…*".

[3] Pierluigi Consorti, *La tutela della buona fede come principio di ordine pubblico nelle sentenze di nullità del matrimonio canonico*, in *Dir. eccl.*, 1985, II, pp. 163-164, parla di "*… equivoco… di considerare la buona fede come criterio per determinare la validità o l'invalidità del matrimonio… Infatti la tutela della buona fede nell'ambito del rapporto matrimoniale come criterio di validità del rapporto stesso, non è considerata neanche nel nostro ordinamento…*". In maniera analoga si esprime Fulvio Uccella, *Sentenze canoniche di nullità matrimoniale e ordine pubblico italiano: prime riflessioni*, in *Dir. eccl.*, 1986, I, p. 556 e segg., il quale propende per "*l'impossibilità di fare assurgere questo principio a livello di elemento costitutivo dell'ordine pubblico italiano* in re matrimoniali" (p. 571), ragione per cui "*non sembra proponibile la emersione della buona fede e dell'affidamento del coniuge in tema di elementi idonei a dare concretezza all'ordine pubblico in materia matrimoniale*" (p. 577). Anche Francesco Finocchiaro, *"Principi supremi", ordine pubblico italiano e (auspicata) parità tra divorzio e nullità canonica del matrimonio*, in Franco Cipriani (a cura di), *Matrimonio concordatario e tutela giurisdizionale*, Esi, Napoli, 1992, pp. 70-71, afferma: "*L'errore di fondo della Cassazione, mi dispiace dirlo, è di aver ritenuto che la buona fede sia un principio di ordine pubblico nel settore del matrimonio. Ricordo che, molti anni fa, un illustre civilista, Giuseppe Stolfi, in un saggio pubblicato sugli studi in onore di Antonio Segni, diceva che volentieri egli avrebbe travasato la buona fede nei rapporti personali; solo che in tali rapporti la buona fede non funziona; essa conta molto nei rapporti contrattuali, nei rapporti in cui si fa questione del mio e del tuo, ma non ha spazio nei rapporti di famiglia, non conta nei rapporti fra padre e figlio non conta nei rapporti fra marito e moglie*". In senso contrario, a favore della considerazione della buona fede in materia matrimoniale come principio di ordine pubblico, Vincenzo Carbone, *La giurisprudenza della Cassazione sulla delibazione delle sentenze ecclesiastiche*, in Franco Cipriani (a cura di), *Matrimonio concordatario e tutela giurisdizionale*, cit., pp. 20-21.

matrimonio laddove operata da un solo coniuge, in ragione della ritenuta necessità di tutelare l'affidamento dell'altra parte sulla validità del vincolo coniugale[4].

La Corte di Cassazione ha peraltro introdotto delle limitazioni all'operatività di tale criterio precisando che, nonostante l'esclusione posta in essere in maniera unilaterale, si possa comunque pervenire alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale nelle ipotesi in cui il coniuge non simulante fosse, all'epoca delle nozze, a conoscenza delle altrui intenzioni escludenti[5], ovvero avrebbe potuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza[6]. Secondo la giurisprudenza infatti nella prima ipotesi, in cui il non simulante ha effettiva conoscenza delle altrui intenzioni escludenti, si realizzerebbe una sorta di accordo simulatorio, che fa venire meno la buona fede del soggetto interessato ed il suo affidamento sulla validità del vincolo che contrae, mentre nel caso di colposa ignoranza dell'esclusione altrui detto affidamento, per quanto presente, non sarebbe incolpevole e come tale non sarebbe meritevole di tutela. Va peraltro sottolineato come in entrambe le situazioni si demandi al giudice della delibazione l'onere di accertare la conoscenza-conoscibilità della simulazione in capo all'altro coniuge, accertamento che vertendo in materia di *internus animus* incontra comprensibili difficoltà probatorie e valutative, accresciute dalle stringenti limitazioni imposte dalla Cassazione ai poteri istruttori delle Corti d'Appello in sede di delibazione di sentenze ecclesiastiche[7].

---

[4] Fra le numerose pronunce in tal senso: Cass. 10 novembre 2006 n. 24047, 7 dicembre 2005 n. 27078, 28 gennaio 2005 n. 1822, 19 novembre 2003 n. 17535, 16 luglio 2003 n. 11137, 6 marzo 2003 n. 3339, 12 luglio 2002 n. 10143, 28 marzo 2001 n. 4457, 8 gennaio 2001 n. 198, 16 maggio 2000 n. 6308, 10 giugno 1987 n. 5051, 13 gennaio 1987 n. 142, 22 dicembre 1986 n. 7834, 13 ottobre 1986 n. 5986.

[5] In tal senso, ad esempio, Cass. 15 dicembre 1987 n. 9297, 10 giugno 1987 n. 5051, 22 dicembre 1986 n. 7834, 7 maggio 1986 n. 3064, 9 dicembre 85 n. 6215, 4 dicembre 1985 n. 6064, 15 novembre 1985 n. 5599, 19 marzo 1985 n. 2025, 21 gennaio 1985 n. 192, 15 ottobre 1984 n. 5166, 17 novembre 1983 n. 6862, 28 gennaio 1983 n. 770, 24 dicembre 1982 n. 7128, 1° ottobre 1982 n. 5026.

[6] Cfr., fra le altre, Cass. 10 novembre 2006 n. 24047, 7 dicembre 2005 n. 27078, 16 luglio 2003 n. 11137, 12 luglio 2002 n. 10143, 8 gennaio 2001 n. 198, 16 maggio 2000 n. 6308, 2 dicembre 1993 n. 11951, 13 ottobre 1986 n. 5986, 18 ottobre 1984 n. 5261, 13 giugno 1984 n. 3535, 10 maggio 1984 n. 2855, 3 maggio 1984 n. 2688.

[7] La prevalente giurisprudenza, sino alle pronunce delle Sezioni Unite 17 luglio 2014 nn. 16379 e 16380, riteneva che l'accertamento della conoscenza-conoscibilità dell'esclusione simulatoria posta in essere dall'altro contraente dovesse essere compiuto esclusivamente sulla base delle risultanze della sentenza ecclesiastica e degli atti del processo canonico eventualmente acquisiti, in quanto prodotti dalle parti. In tal senso, ad esempio, Cass. 10 novembre 2006 n. 24047, 8 gennaio 2001 n. 198, 16 maggio 2000 n. 6308, 13 maggio 1998 n. 4802, 7 marzo 1998 n. 2530, 10 gennaio 1991 n. 188, 20 novembre 1985 n. 5711. Secondo Cass. 10 gennaio 1991 n. 189 l'accertamento della conoscenza-conoscibilità delle altrui intenzioni simulatorie deve addirittura compiersi con

Ulteriore correttivo al funzionamento del criterio giurisprudenziale che invoca il rispetto della buona fede e dell'affidamento incolpevole si rinviene nell'interpretazione che consente comunque la delibazione delle nullità matrimoniali canoniche per simulazione unilaterale, nonostante la mancata conoscenza o conoscibilità in capo all'altro soggetto, qualora questi rinunci a far valere in sede civile le proprie ragioni, non opponendosi al riconoscimento della sentenza ecclesiastica o addirittura invocandolo egli stesso. In altri termini, si afferma che la declaratoria di invalidità del vincolo per esclusione unilaterale del matrimonio o di sue proprietà o elementi essenziali contrasta con il principio di ordine pubblico che impone di tutelare la buona fede e l'affidamento dell'altro coniuge, ma poi si consente l'ingresso di simile pronuncia sul presupposto che il consenso dell'interessato farebbe venire meno le ragioni di detta tutela[8]. Si trascura in tal modo che se la buona fede viene qualificata principio di ordine pubblico essa diventa degna di protezione sempre e comunque. Se infatti si afferma che un determinato valore è meritevole di tutela *erga omnes*, ciò significa che lo si reputa principio essenziale dell'ordinamento giuridico, e necessita in quanto tale di salva-

esclusivo riferimento alle risultanze della sentenza delibanda. E dunque per un verso si chiede al giudice della delibazione di accertare una data circostanza (conoscenza o conoscibilità delle altrui intenzioni simulatorie) al fine di stabilire la conformità o meno della sentenza all'ordine pubblico, ma nello stesso tempo si impedisce al medesimo giudice di compiere attività istruttoria al riguardo. D'altra parte gli elementi di cui si pretende l'accertamento non sono necessariamente ravvisabili nella decisione canonica, posto che la verifica della situazione psicologica del non simulante non rientra nell'oggetto specifico del processo canonico, che di per sé mira a verificare soltanto se sia stata effettivamente posta in essere l'esclusione da parte del preteso simulante, a nulla rilevando la percezione o meno di essa in capo all'altro coniuge. Per giunta l'invocata produzione degli atti del procedimento ecclesiastico risulta preclusa dal divieto di consegna degli stessi alle parti, previsto sia dal can. 1598, § 1, del Codice di Diritto canonico ("*Acquisite le prove, il giudice con decreto deve permettere alle parti e ai loro avvocati, sotto pena di nullità, di prendere visione degli atti loro ancora sconosciuti presso la cancelleria del tribunale; anzi agli avvocati che lo chiedano si può anche dare copia degli atti; ma nelle cause che riguardano il bene pubblico il giudice, per evitare pericoli gravissimi, può decidere, garantendo tuttavia sempre ed integralmente il diritto alla difesa, che qualche atto non sia fatto conoscere a nessuno*"), che dall'art. 235 dell'istruzione *Dignitas connubii* ("*§ 1. Agli avvocati che ne fanno richiesta il giudice può consegnare una copia degli atti. § 2. Peraltro gli avvocati sono gravemente tenuti a non consegnare copia degli atti, sia integrale sia parziale, ad altri, non eccettuate le parti*"), sicché i diretti interessati non possono legittimamente entrarne in possesso e farne oggetto di produzione nel giudizio di delibazione.

[8] Fra le pronunce della Cassazione in tal senso: 11 novembre 2005 n. 21865, 7 dicembre 2005 n. 17078, 28 gennaio 2005 n. 1822, 2 marzo 2001 n. 3056, 28 marzo 2001 n. 4457, 22 ottobre 1999 n. 11863, 19 maggio 1995 n. 5548, 7 maggio 1986 n. 3057, 25 febbraio 1986 n. 1202, 13 gennaio 1987 n. 142, 7 maggio 1986 n. 3057, 25 febbraio 1986 n. 1202, 6 dicembre 1985 n. 6129, 6 dicembre 1985 n. 6128, 12 gennaio 1984 n. 243. Di opposto tenore Cass. 14 novembre 1984 n. 5749, secondo cui la sentenza ecclesiastica di nullità per esclusione unilaterale di un elemento essenziale del matrimonio non manifestata all'altro coniuge contrasta in ogni caso con l'ordine pubblico italiano, restando sottratta alla disponibilità ed all'iniziativa delle parti la relativa incidenza sulla pronuncia di delibazione.

guardia assoluta ed inderogabile, a prescindere dalla volontà e dalle aspirazioni eventualmente contrarie dei diretti interessati. L'ordine pubblico, inteso come il nucleo di principi che costituiscono l'essenza dell'ordinamento e risultano come tali irrinunciabili[9], è infatti per definizione indisponibile, cioè sottratto all'autonomia privata la quale, per quanto vasta possa essere, non può mai andare contro norme e principi imperativi, posti a garanzia di valori superiori della collettività, che in quanto tali non tollerano deroghe ed eccezioni, neppure su accordo dei soggetti interessati, che non hanno evidentemente la disponibilità di beni attinenti alla sfera pubblica. Ed allora la conformità di una sentenza all'ordine pubblico deve essere valutata in base ai contenuti del provvedimento oggetto d'esame e non può dipendere dall'atteggiamento processuale delle parti, peggio ancora di una sola di esse, perché la medesima decisione non può essere conforme o contraria al requisito di cui trattasi a seconda soltanto della volontà del coniuge non simulante, il quale in tal modo finisce per essere arbitro unico delle sorti del giudizio di delibazione, con la facoltà di stabilire la conformità o meno della sentenza ecclesiastica all'ordine pubblico ed il potere di imporre la propria scelta alla controparte, al giudice ed all'intero ordinamento, in una materia che per giunta involge questioni di stato civile e riveste dunque rilevanza pubblica. Risulta dunque evidente come permettere al coniuge non simulante di rinunciare alla tutela della sua buona fede e del suo affidamento valga in definitiva a smentire il presupposto di partenza, ovvero la qualificazione di tali elementi come principio di ordine pubblico, che in quanto tale non consente deroghe di sorta.

In effetti, a prescindere dalle incongruenze applicative appena ricordate, la considerazione della buona fede in materia matrimoniale come principio di ordine pubblico appare assolutamente opinabile. L'assunto giurisprudenziale non trova riscontro nel dato normativo, che offre al contrario elementi di segno contrario, in quanto nel sistema delineato dal legislatore civile la buona fede di un coniuge non preclude al giudice la possibilità di dichiarare l'invalidità del vincolo. L'art. 128 c.c. prevede infatti la possibilità che il matrimonio sia dichiarato nullo nonostante la buona fede degli sposi (primo comma) o di uno di essi (secondo comma). L'articolo successivo stabilisce ancora che nel caso in cui si verifichino le condizioni del matrimonio putativo, ovvero sussista la buona fede degli sposi, "*il giudice può disporre a carico di uno di essi e per un periodo non superiore a tre anni l'obbligo di corrispon-*

[9] Nella sentenza 2 febbraio 1982 n. 18 la Corte Costituzionale ha definito l'ordine pubblico come l'insieme delle "*regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società*".

dere somme periodiche di denaro, in proporzione alle sue sostanze, a favore dell'altro, ove questi non abbia adeguati redditi propri e non sia passato a nuove nozze" (primo comma), presupponendo dunque che l'invalidità del vincolo possa essere pronunciata pur in presenza della buona fede dei nubendi. Nello stesso senso dispone l'art. 129-*bis*, secondo cui "*il coniuge al quale sia imputabile la nullità del matrimonio, è tenuto a corrispondere all'altro coniuge in buona fede, qualora il matrimonio sia annullato, una congrua indennità, anche in mancanza di prova del danno sofferto… È tenuto altresì a prestare gli alimenti al coniuge in buona fede, sempre che non vi siano altri obbligati*" (primo comma); "*Il terzo al quale sia imputabile la nullità del matrimonio è tenuto a corrispondere al coniuge in buona fede, se il matrimonio è annullato, l'indennità prevista nel comma precedente*" (secondo comma). Pure l'art. 139, il quale commina semplicemente una sanzione al coniuge che, essendone a conoscenza prima della celebrazione, abbia lasciato ignorare all'altro l'esistenza di una causa di nullità che ha poi condotto all'annullamento del matrimonio, conferma che nel sistema matrimoniale civile la buona fede di uno o di entrambi i nubendi non impedisce che venga pronunciata l'invalidità del vincolo. Questo significa che l'elemento in questione non può essere considerato di ordine pubblico, perché se così fosse il legislatore per primo l'avrebbe tutelato e garantito, non permettendo la nullità del matrimonio in presenza della buona fede dei soggetti interessati. E la disciplina prevista dagli artt. 128 e segg. c.c. è applicabile, in virtù del richiamo operato dall'art. 18 della legge 27 maggio 1929 n. 847, alle fattispecie di invalidità del matrimonio canonico trascritto[10]. Non si comprende allora come la buona fede

[10] La Corte Costituzionale nella sentenza 27 settembre 2001 n. 329, nell'escludere che la diversità delle conseguenze patrimoniali derivanti dalla pronuncia di nullità rispetto a quelle che discendono dal divorzio possa essere qualificata come disparità di trattamento, precisa in proposito che "*la scelta legislativa censurata dai rimettenti risale all'art. 18 della legge n. 847 del 1929, il quale aveva previsto – per il caso in cui fossero rese esecutive nello Stato sentenze ecclesiastiche dichiarative della nullità di matrimoni concordatari – l'applicabilità dell'art. 116 del c.c. del 1865 allora vigente, secondo cui il matrimonio nullo era considerato produttivo di effetti civili per i coniugi in buona fede (ovvero solo per quello in buona fede) e per i figli. Entrato in vigore il c.c. del 1942, dottrina e giurisprudenza riferirono il rinvio contenuto nell'art. 18 all'art. 128 del nuovo testo, espressamente intitolato al matrimonio putativo, che conteneva l'intera disciplina di tale figura, senza previsioni in tema di conseguenze patrimoniali. Nella stessa prospettiva, sopraggiunta la riforma del diritto di famiglia del 1975, il rinvio è stato riferito alla nuova disciplina del matrimonio putativo, oggi articolata nell'art. 128 (per gli effetti personali) e negli artt. 129 e 129-bis (che, con scelta innovativa, disciplinano gli effetti patrimoniali per i coniugi, o per il coniuge, in buona fede… La vigenza dell'art. 18 non è venuta meno a seguito dell'Accordo firmato a Roma il 18 febbraio 1984, recante modificazioni al Concordato del 1929, reso esecutivo in Italia con la legge n. 121 del 1985. È ben vero che questa Corte, nella sentenza n. 421 del 1993, ha affermato che l'Accordo "disciplina l'intera materia matrimoniale concordataria nei suoi aspetti sostanziali e processuali, e impedisce quindi di fare ricorso, per tale materia, a testi legislativi precedenti" (come la legge 27 maggio 1929, n. 810, di esecuzione del Concordato del 1929). Siffatto*

di un coniuge, che come si è constatato per espressa disposizione normativa non preclude nell'ordinamento statale la pronuncia di invalidità del matrimonio, possa invece impedire il riconoscimento della nullità pronunciata in sede canonica. Se di principio di ordine pubblico si trattasse, la buona fede del nubente non responsabile della nullità del matrimonio e la tutela del suo affidamento dovrebbero precludere anche al giudice statale la declaratoria di invalidità del matrimonio civile, perché un principio è ritenuto di ordine pubblico quando costituisce un elemento irrinunciabile per un dato ordinamento, dovendo come tale valere ed operare in tutte le situazioni che si presentano e non potendo subire deroghe di sorta, che ne smentirebbero l'anzidetta qualifica. Ed invece, la giurisprudenza statale per un verso pretende che la buona fede impedisca la delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del vincolo, dall'altro lato il legislatore considera il medesimo elemento come mero presupposto per il sorgere di conseguenze derivanti appunto dalla statuizione di invalidità del matrimonio, produttivo di effetti che promanano proprio da quanto la buona fede dovrebbe precludere secondo la ricordata interpretazione giurisprudenziale.

Un principio di ordine pubblico in quanto tale dovrebbe valere in qualsiasi situazione, senza poter soffrire eccezioni di sorta, eppure non risulta che la buona fede e l'affidamento di un coniuge sulla permanenza e stabilità del vincolo coniugale impediscano al giudice statale la pronuncia di divorzio nonostante l'opposizione di detto soggetto.

Il risultato che è derivato dall'operata discutibile considerazione della buona fede come principio di ordine pubblico è stato quello di precludere il riconoscimento delle nullità matrimoniali per esclusione unilaterale del matrimonio o di sue proprietà o elementi essenziali, limitazione rilevante soprattutto nel periodo passato, in cui nella realtà italiana le dichiarazioni di invalidità del vincolo per simulazione rappresentavano il dato statisticamen-

---

discorso peraltro non può riguardare l'art. 18 della legge n. 847 del 1929, che non è la legge di esecuzione del Concordato, recando disposizioni per la sua applicazione in materia matrimoniale. E tali disposizioni ben possono ritenersi tuttora vigenti, nella parte in cui siano compatibili con il contenuto dell'Accordo. Orbene tale contenuto non consente di ravvisare, a proposito dell'art. 18, nessuna delle ipotesi di abrogazione di cui all'art. 15 disp. att. c.c. Di abrogazione espressa l'Accordo sicuramente non parla. E per la configurabilità di un'abrogazione tacita occorrerebbe che le disposizioni inserite nell'ordinamento con la legge n. 121 del 1985 contenessero una normativa incompatibile con quella dell'art. 18 o tale da risolversi in una nuova disciplina della intera materia. Non ricorre, peraltro, né l'uno né l'altro caso. Ed anzi l'art. 8, n. 2, comma 2, dell'Accordo – prevedendo che la corte di appello, adita per la dichiarazione di efficacia della sentenza ecclesiastica di nullità, possa dare provvedimenti economici provvisori, in funzione anticipatoria di una futura decisione di merito da emettersi da un non meglio individuato giudice competente – induce a ritenere che tale tutela di merito, in assenza di altre previsioni ed in attesa di un nuovo intervento del legislatore statale, sia proprio quella delineata fin dal 1929 dall'art. 18 della legge n. 847".

te prevalente, e dunque l'innovazione interpretativa introdotta dalla Corte di Cassazione finiva in sostanza per incidere sulla delibabilità della maggior parte dei provvedimenti canonici dichiarativi dell'invalidità del vincolo.

2. *La distinzione tra incompatibilità assolute e relative*

Ulteriori limitazioni al riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale sono derivate dalla rivisitazione della nozione di ordine pubblico in detto contesto operata da Cass. sez. un. 18 luglio 2008 n. 19809[11], che riguardo alle differenze esistenti fra la disciplina canonica e quella civile in materia matrimoniale pone una distinzione, parlando di una incompatibilità assoluta che sussisterebbe "*allorché 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 la integrazione o il concorso di fatti emergenti dal riesame di essa ad opera del 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*".

---

[11] In dottrina, sulla sentenza Cass. S.U. 18 luglio 2008 n. 19809, Francesco Alicino, *Delibazione di sentenza ecclesiastica di nullità e limiti di ordine pubblico interno: le ultime indicazioni delle sezioni unite*, in *Dir. eccl.*, 2008, pp. 307-327; Id., *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, pp. 1-24; Nicola Bartone, *Il pronunciato incostituzionale sulla (in)delibabilità ecclesiastica della Corte di Cassazione, a sez. un. civ., del 18 luglio 2008 n. 19809*, in *Dir. famiglia*, 2009, pp. 577-585; Id., *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, pp. 1-11; Stefano Bartone, *Il diverso trattamento del matrimonio religioso e delle Religioni nella sentenza sull'Ordine Pubblico delle Sezioni Unite Civili n. 19809/08*, in *Diritto e religioni*, n. 7, 2009/1, pp. 696-708; Marco Canonico, *Sentenze ecclesiastiche ed ordine pubblico: l'ultimo* vulnus *inferto al Concordato dalle Sezioni Unite*, in *Dir. famiglia*, 2008, pp. 1895-1931; Anna Maria De Tullio, *Non delibabile la sentenza ecclesiastica di annullamento se l'infedeltà è precedente al matrimonio*, in *Guida al diritto*, 2008, n. 39, pp. 66-68; Paolo Di Marzio, *Sezioni unite e limiti alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Dir. famiglia*, 2009, pp. 542-577; 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 *Riv. dir. civ.*, 2009, pp. 617-638; Enrico Giarnieri, *Sulla delibabilità delle sentenze ecclesiastiche di nullità di matrimonio per errore indotto da dolo*, in *Dir. famiglia*, 2010, pp. 21-32; Stefania La Rosa, *Infedeltà prematrimoniale, errore sulle qualità del coniuge e delibazione della sentenza ecclesiastica*, in *Famiglia e dir.*, 2009, pp. 13-20; Natascia Marchei, *Ordine pubblico e delibazione delle sentenze ecclesiastiche*, in *Fam. pers. e succ.*, 2009, pp. 220 ss.

In virtù di detta diversificazione le Sezioni Unite sanciscono il principio generale secondo cui "*impediscono l'esecutività in Italia della sentenza "ecclesiastica" solo le incompatibilità assolute, potendosi superare quelle relative, per il peculiare rilievo che lo Stato si è impegnato con la Santa Sede a dare a tali pronunce*".

Il dichiarato intento della Corte di Cassazione parrebbe quello di riservare un trattamento di favore al riconoscimento delle pronunce canoniche di nullità matrimoniale, in ossequio all'espresso richiamo alla specificità dell'ordinamento della Chiesa contenuto nella normativa pattizia[12]. Il risultato cui perviene la decisione sembra tuttavia opposto rispetto alle premesse da cui muove il ragionamento. Ed infatti tale contraddizione si percepisce allorché le Sezioni Unite, dopo essersi premurate di chiarire che la differenza di disciplina delle ipotesi di invalidità nei due ordinamenti "*da sola non osta alla delibazione, anche in rapporto ai vizi del volere*", si affrettano a precisare che detta regola è valida "*purché la dichiarata invalidità del matrimonio religioso da parte dei giudici ecclesiastici sia ancorata a fatti oggettivi analoghi a quelli rilevanti per gli stessi fini nell'ordinamento interno*". In tal modo si viene ad invocare in concreto la comparazione fra le normative di riferimento, tanto che in più occasioni le Sezioni Unite affermano la necessità di verificare e valutare la diversità normativa eventualmente esistente, dichiarando al riguardo che "*… in rapporto alla formazione del consenso, solo se i fatti accertati in sede canonica possono incidere sulla volontà dei nubendi in base ai principi cogenti del nostro ordinamento, le decisioni su di essi… possono produrre in Italia i loro effetti…*".

Ed ancora: "*… per l'individuazione dell'ordine pubblico interno, occorre che il giudice della delibazione esamini le cause di invalidità accertate dalla sentenza ecclesiastica, per rilevare se esse non siano del tutto diverse da quelle con analoga incidenza per il sistema interno sulla "formazione" e sulla "manifestazione" del consenso…*".

Si precisa inoltre che "*la specificità dell'ordinamento canonico nel pro-*

---

[12] Nella parte motiva del provvedimento si precisa che "*mentre per le sentenze degli altri Stati della U.E., nonostante la rilevante uniformità normativa e lo stretto collegamento derivante dal Trattato, il riconoscimento di efficacia delle sentenze in materia di invalidità del matrimonio è da negarsi in Italia per ogni contrasto con l'ordine pubblico interno, per quelle ecclesiastiche, detta incompatibilità è invece da considerare in rapporto alla "specificità" dell'ordinamento canonico di cui al protocollo addizionale, e quindi la delibazione va negata soltanto se i giudici ecclesiastici abbiano dato rilievo a valori assolutamente incompatibili con quelli cogenti allo stesso fine, per la fattispecie cui la pronuncia si riferisce*". Il margine di maggiore disponibilità evocato dalle Sezioni Unite fa riferimento al punto 4, lett. *b*, del Protocollo addizionale all'Accordo di Villa Madama, ove si dispone che, in tema di riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, "*si dovrà tener conto della specificità dell'ordinamento canonico dal quale è regolato il vincolo matrimoniale, che in esso ha avuto origine*".

tocollo addizionale non può assumere rilievo a far riconoscere fattispecie alle quali, per i principi cogenti del nostro ordinamento, è vietato comunque produrre effetti simili a quelli delle sentenze di cui si chiede il riconoscimento in Italia".

Sulla base di simili considerazioni la Corte di Cassazione nel caso di specie reputa non riconoscibile la sentenza ecclesiastica in quanto "*la causa di nullità su cui si fonda la sentenza ecclesiastica di cui si è chiesta la delibazione non è prevista nel nostro ordinamento né è collegabile a altre circostanze di fatto, che possano configurare un vizio della formazione del volere del nubendo, che abbia un qualsiasi rilievo in sede civile per dar luogo ad un matrimonio invalido*".

È agevole notare come di fatto le Sezioni Unite, nonostante muovano dal presupposto che la diversità di disciplina di per sé non debba rappresentare ostacolo al riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche se non nei casi di macroscopica lesione di principi di ordine pubblico, finiscano poi per negare ingresso a dette pronunce sulla base del rilievo che la normativa statale non contempla autonomamente lo stesso vizio previsto dalla disciplina canonica, costituito nel caso specifico dal dolo, e ciò nonostante la decisione stessa riconduca espressamente detta fattispecie nell'ambito di altra figura di invalidità, cioè l'errore, che risulta espressamente contemplato fra le cause di invalidità del matrimonio dal legislatore italiano, situazione che dunque avrebbe dovuto condurre a ritenere al più sussistente una incompatibilità relativa fra le previsioni dei due ordinamenti.

In ogni caso, a prescindere dalla soluzione adottata nel caso concreto, i principi giuridici sopra riportati introducono ulteriori elementi di incertezza nella valutazione della conformità delle sentenze all'ordine pubblico, dal momento che ancorano detta valutazione all'apprezzamento della qualifica relativa o assoluta dell'eventuale incompatibilità di disciplina tra i due ordinamenti, apprezzamento che rischia di dipendere da considerazioni di natura soggettiva, affidate alla discrezionalità del giudice della delibazione, soprattutto nel momento in cui il sindacato in questione non va riferito alla sola comparazione in astratto delle discipline normative ma deve spingersi, secondo le Sezioni Unite, a stabilire "*se i fatti accertati in sede canonica possono incidere sulla volontà dei nubendi in base ai principi cogenti del nostro ordinamento*" ovvero, a quanto pare, con la possibilità per il giudice della delibazione di offrire una diversa qualificazione giuridica dei fatti acclarati nel processo ecclesiastico.

Le restrizioni imposte dalla sentenza in questione sono incrementate allorché le Sezioni Unite, in aggiunta a quanto sopra, stabiliscono che ai fini del riconoscimento della sentenza ecclesiastica è necessario il requisito

della oggettività dei motivi di nullità del matrimonio. Infatti nel principio di diritto enunciato si precisa che "*… l'errore, se indotto da dolo, che rileva nell'ordinamento canonico ma non in quello italiano, se accertato come causa di invalidità in una sentenza ecclesiastica, potrà dar luogo al riconoscimento di questa in Italia, solo se sia consistito in una falsa rappresentazione della realtà, che abbia avuto ad oggetto circostanze oggettive, incidenti su connotati stabili e permanenti, qualificanti la persona dell'altro nubendo*".

Si introduce in tal modo un'altra limitazione, demandando ancora al giudice della delibazione una valutazione svincolata dal dato normativo ed avente ad oggetto i fatti giudicati nel processo canonico, con la conseguenza di accrescere il margine di incertezza nella prospettiva delibatoria.

Va infine sottolineato che nella decisione di cui trattasi viene espressamente dichiarata la vocazione del provvedimento ad avere un ruolo guida in materia di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale. Infatti, al di là della modalità della pronuncia a sezioni unite, all'interno della sentenza è contenuto espresso riferimento al "*carattere di massima della presente pronuncia sulla questione*". In tal modo la statuizione va considerata come precedente destinato, almeno nelle intenzioni delle Sezioni Unite, a fungere da direttiva generale in materia, con le innovazioni che introduce mediante l'estensione del concetto e della portata dell'ordine pubblico.

3. *La rilevanza attribuita alla prolungata convivenza coniugale*

In aggiunta alle limitazioni relative al riconoscimento delle decisioni canoniche nelle ipotesi di nullità per simulazione attraverso la rilevanza attribuita al principio della buona fede ed alle precisazioni offerte dalle Sezioni Unite nella menzionata pronuncia del 2008 circa la portata dell'ordine pubblico, di recente la Cassazione ha ulteriormente ridotto la possibilità di delibazione delle sentenze ecclesiastiche in virtù della rilevanza attribuita all'elemento della convivenza coniugale.

Al fine di assicurare la certezza dei rapporti giuridici, nella legislazione civile l'invalidità del matrimonio è soggetta a termini di decadenza della relativa azione, al contrario della nullità canonica che, in quanto assoluta ed insanabile, è rilevabile senza limiti di tempo.

In aggiunta alle differenze esistenti sul piano della proponibilità dell'azione, va rilevato come l'ordinamento statale attribuisca valore prevalente al matrimonio-rapporto, mentre invece nel giudizio ecclesiastico sulla validità del vincolo viene in considerazione esclusivamente il matrimonio-atto, senza che sotto il profilo giuridico sostanziale abbiano rilievo la durata e la consi-

stenza della successiva vita coniugale. La giurisprudenza statale in passato ha ritenuto che tale differenza di disciplina non presentasse profili di contrasto con l'ordine pubblico e di conseguenza si potesse delibare la pronuncia canonica di nullità matrimoniale pur pronunciata a distanza di anni dalla celebrazione del matrimonio, sul presupposto che la prolungata permanenza nel rapporto coniugale non potesse avere effetto sanante dell'invalidità iniziale né potesse essere interpretata come rinuncia a far valere l'originaria causa di nullità. In tal senso si era formato un orientamento costante e consolidato, suffragato da quattro pronunce della Corte di Cassazione a sezioni unite risalenti al 1988[13].

In maniera innovativa rispetto a tale interpretazione si è posta Cass. 20 gennaio 2011 n. 1343, che ha ritenuto "*ostativa alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio, pronunciata a motivo del rifiuto della procreazione, sottaciuto da un coniuge all'altro, la loro particolarmente prolungata convivenza oltre il matrimonio*".

A sostegno di tale assunto la decisione offre una concisa motivazione, fondata essenzialmente sul richiamo alla sentenza delle Sezioni Unite 18 luglio 2008 n. 19809, che viene considerata come operante una "*rivisitazione della precedente giurisprudenza della Corte*" laddove mette in rilievo il *favor* dell'ordinamento italiano per la validità del matrimonio, qualificato in detta pronuncia come "*fonte del rapporto familiare incidente sulla persona e oggetto di rilievo e tutela costituzionali, con la conseguenza che i motivi per i quali esso si contrae, che, in quanto attinenti alla coscienza, sono rilevanti per l'ordinamento canonico, non hanno di regola significato per l'annullamento in sede civile*".

La decisione del 2011 rileva poi come secondo la richiamata pronuncia delle Sezioni Unite la sentenza 6 marzo 2003 n. 3339 abbia conferito "*implicito rilievo anche al matrimonio-rapporto, che nell'ordine pubblico italiano ha una incidenza rilevante, per i principi emergenti dalla Costituzione e dalla*

[13] Cass. 1° febbraio 2008 n. 2467, 10 maggio 2006 n. 10796, 12 luglio 2002 n. 10143, 7 aprile 2000 n. 4387, 7 aprile 1997 n. 3002, 11 febbraio 1991 n. 1405, 17 giugno 1990 n. 6552, 29 maggio 1990 n. 5026, 12 febbraio 1990 n. 1018, 17 ottobre 1989 n. 4166, 24 giugno 1989 n. 3099, sez. un. 20 luglio 1988 n. 4700, sez. un. 20 luglio 1988 n. 4701, sez. un. 20 luglio 1988 n. 4702, sez. un. 20 luglio 1988 n. 4703, 15 gennaio 1987 n. 241, 1° agosto 1986 n. 4916, 31 luglio 1986 n. 4897, 7 maggio 1986 n. 3064, 7 maggio 1986 n. 3057, 6 dicembre 1985 n. 6134, 4 dicembre 1985 n. 6064, 15 novembre 1985 n. 5601, 16 ottobre 1985 n. 5077, 10 aprile 1985 n. 2370, 18 febbraio 1985 n. 1376, 21 gennaio 1985 n. 192, 13 giugno 1984 n. 3535, 3 maggio 1984 n. 2678, 3 maggio 1984 n. 2677. In materia di incapacità psichica negano rilevanza alla convivenza coniugale Cass. 18 febbraio 1985 n. 1370 e 12 aprile 1984 n. 2357. In senso contrario, a favore della rilevanza della convivenza quale motivo di contrasto con l'ordine pubblico, Cass. 14 gennaio 1988 n. 192, 3 luglio 1987 n. 5823, 18 giugno 1987 n. 5358, 18 giugno 1987 n. 5354, 13 giugno 1984 n. 3536, 19 maggio 1984 n. 1220.

riforma del diritto di famiglia, e impedisce di annullare il matrimonio dopo che è iniziata la convivenza…".

Si conclude allora nel senso che, "*riferita a date situazioni invalidanti dell'atto di matrimonio, la successiva prolungata convivenza è considerata espressiva di una volontà di accettazione del rapporto che ne è seguito e con questa volontà è incompatibile il successivo esercizio della facoltà di rimetterlo in discussione, altrimenti riconosciuta dalla legge*".

In altri termini, innovando rispetto al consolidato orientamento precedente, la ricordata decisione attribuisce rilevanza ai limiti temporali alla proponibilità dell'azione di annullamento previsti dalla normativa civile, parlando tuttavia in proposito semplicemente di "*prolungata convivenza coniugale*", senza specificare la durata di essa effettivamente necessaria per impedire il riconoscimento della nullità canonica in sede civile[14].

Con una successiva sentenza, 8 febbraio 2012 n. 1780, la Corte di Cassazione interviene di nuovo sulla questione, richiamando la precedente pronuncia n. 1343 del 2011 ma operando, circa la ritenuta rilevanza della convivenza coniugale, un'importante precisazione. Infatti, con riferimento al menzionato precedente, si specifica che, "*pur meritando adesione l'indirizzo giurisprudenziale sopra citato, con la distinzione concettuale ad esso sottesa tra matrimonio-atto e matrimonio-rapporto, si deve ritenere che esso trovi applicazione nei casi in cui, dopo il matrimonio nullo, tra i coniugi si sia instaurato un vero consorzio familiare e affettivo, con superamento implicito della causa originaria di invalidità*".

La Corte chiarisce ancora che "*in tale ricostruzione interpretativa, il limi-*

---

[14] In dottrina, sui contenuti e le problematiche sollevate da Cass. 20 gennaio 2011 n. 1343, Marco Canonico, *La convivenza coniugale come preteso limite all'efficacia civile della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale*, in *Dir. famiglia*, 2011, pp. 726-727; 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 *Dir. famiglia*, 2011,, pp. 1644-1649; 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 *Dir. famiglia*, 2011, pp. 734-737; Mario Finocchiaro, *Sulla non contrarietà all'ordine pubblico si era formato il giudicato interno*, in *Guida al diritto*, 2011, n. 7, pp. 73-77; Natascia Marchei, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche e (prolungata) convivenza tra i coniugi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), gennaio 2012, pp. 5-6, 16-20; Id., *Ordine pubblico matrimoniale e «convivenza» dopo la celebrazione del matrimonio (commento a Cass. civ., sez. I, sent. 20 gennaio 2011, n. 1343)*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2011, pp. 818-829; Jlia Pasquali Cerioli, «Prolungata convivenza» oltre le nozze e mancata 'delibazione' della sentenza ecclesiastica di null*ità matrimoniale*, in *Dir. eccl.*, 2011, pp. 761-770; Id., *"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, pp. 3-7; Enrico Quadri, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale e convivenza coniugale: le recenti prospettive della giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, pp. 195-201.

te di ordine pubblico postula… che non di mera coabitazione materiale sotto lo stesso tetto si sia trattato, – che nulla aggiungerebbe ad una situazione di mera apparenza del vincolo – bensì di vera e propria convivenza significativa di un'instaurata affectio familiae*, nel naturale rispetto dei diritti ed obblighi reciproci – per l'appunto, come tra (veri) coniugi (art. 143 cod. civ.) – tale da dimostrare l'instaurazione di un matrimonio-rapporto duraturo e radicato, nonostante il vizio genetico del matrimonio-atto*".

In simile prospettiva, viene puntualizzato come il mero dato temporale della durata della vita coniugale sia di per sé insufficiente "*ad integrare la causa ostativa di ordine pubblico al recepimento della sentenza ecclesiastica*". La decisione restringe dunque il campo di operatività della convivenza coniugale come limite alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche, distinguendo fra mera coabitazione e comunione di vita fra coniugi, ma senza eliminare l'incertezza in ordine alla durata necessaria affinché la convivenza possa essere considerata prolungata e dunque rilevante[15].

Con altra sentenza, 4 giugno 2012 n. 8926, la Corte di Cassazione interviene nuovamente in materia e, considerato che il riconoscimento delle nullità ecclesiastiche può essere negato solo in presenza di una contrarietà ai canoni essenziali dell'ordinamento statale così accentuata da superare il margine di maggiore disponibilità che lo Stato si è imposto nei confronti delle pronunce canoniche, afferma che "*una pur rilevante diversità di disciplina fra le cause di nullità del matrimonio considerate negli ordinamenti statuale e canonico non ha portata impeditiva ai fini della dichiarazione di esecutività della sentenza ecclesiastica*".

Viene quindi ricordato come, in applicazione di simili principi, la giurisprudenza in più occasioni abbia affermato la possibilità di delibare nullità canoniche "*in ipotesi in cui l'azione di nullità era stata proposta dopo che erano decorsi i termini fissati dalla legge civile per fare valere analoghe nullità, riportando cioè la naturale perpetuità dell'azione di nullità del matrimonio canonico nell'ambito della mera diversità di disciplina e senza distinguere fra le diverse ipotesi contenute nell'ambito dell'art. 123, comma 2, c.c.*".

Secondo la pronuncia in esame l'avvenuta recezione del sistema matrimoniale canonico comporta che "*non è possibile far valere come causa ostativa alla delibabilità la circostanza che una sentenza ecclesiastica abbia dichiarato la*

---

[15] Per maggiori ragguagli sulla sentenza in questione, Marco Canonico, *La convivenza coniugale come ostacolo 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*), marzo 2012, pp. 1-8; Carlotta Ippoliti Martini, *I limiti alla delibazione delle sentenze di nullità del matrimonio concordatario: la Cassazione distingue fra mera coabitazione e convivenza*, in *Famiglia e dir.*, 2012, pp. 1001-1007.

nullità di un matrimonio canonico in violazione di norme imperative previste dall'ordinamento italiano, proprio perché derogate e superate dallo strumento concordatario".

Viene inoltre sottolineato come il disposto dell'art. 123, secondo comma, c.c., che impedisce l'impugnazione del matrimonio decorso un certo periodo di tempo, sia stato ritenuto non costituire un principio fondamentale dell'ordinamento "*nel quale si danno casi di imprescrittibilità dell'impugnazione, anche in materia matrimoniale*", mentre la disposizione in questione, "*piuttosto che prevedere una sanatoria del "matrimonio-atto" ad opera del "matrimonio-rapporto", configurerebbe una presunzione* iuris et de iure*, in assenza di impugnativa entro l'anno, di inesistenza della simulazione*".

Sulla base delle riportate argomentazioni viene enunciato il principio di diritto secondo cui "*la convivenza fra i coniugi successiva alla celebrazione del matrimonio non è espressiva delle norme fondamentali che disciplinano l'istituto e, pertanto, non è ostativa, sotto il profilo dell'ordine pubblico interno, alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio canonico*"[16].

Con successiva pronuncia, 15 giugno 2012 n. 9844, la Corte di Cassazione sembra richiamare gli assunti di cui alla sentenza n. 1780 del 2011, laddove si afferma che vada attribuito "*rilievo, quale situazione ostativa alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio concordatario, alla convivenza prolungata dei coniugi successivamente alla celebrazione del matrimonio e non alla semplice durata del matrimonio medesimo… Ciò in quanto l'ordine pubblico interno matrimoniale evidenzia un palese favor per la validità del matrimonio quale fonte del rapporto familiare incidente sulla persona e oggetto di*

---

[16] In dottrina, sulla sentenza della Cassazione n. 8926 del 2012, Marco Canonico, *Convivenza coniugale ed efficacia civile della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale: il cerchio finalmente si chiude!*, in *Dir. famiglia*, 2012, pp. 1565-1576; Id., *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*), giugno 2012, pp. 1-20; Federica Castelli, *La convivenza coniugale non osta alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio concordatario*, in *Foro padano*, 2013, I, cc. 143-157; Giuseppe Dalla Torre, *"Specificità dell'ordinamento canonico" e delibazione delle sentenze matrimoniali ecclesiastiche*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), novembre 2013, pp. 1-15; Marcella Fiorini, *Il mancato rispetto dei precedenti a sezioni Unite indebolisce la funzione nomofilattica della Corte*, in *Guida al diritto*, 2012, n. 26, pp. 50-54; Luca Iannaccone, *Il Concordato (per ora) è salvo: la Cassazione rispetta gli Accordi di Villa Madama*, in *Famiglia e dir.*, 2013, pp. 24-40; 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*, 2013, pp. 268-288; 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*), ottobre 2012, pp. 1-46.

rilievo e tutela costituzionali (Cass. S.U. 2008/19809), con la conseguenza che, per i principi emergenti dalla Costituzione e dalla riforma del diritto di famiglia, è proprio il matrimonio-rapporto, fondato sulla convivenza dei coniugi, ad avere una incidenza rilevante nell'ordine pubblico italiano, tale da impedire di annullare il matrimonio dopo che è iniziata la convivenza e specie se questa è durata per un certo tempo (Cass. 2003/3339; Cass. 2011/1343)".

In questo confuso scenario giurisprudenziale, la questione della rilevanza della convivenza coniugale in ordine alla riconoscimento delle nullità canoniche viene demandata al vaglio delle Sezioni Unite, le quali si pronunciano sul punto con le sentenze 17 luglio 2014 nn. 16379 e 16380, di identico tenore nelle motivazioni addotte e nei principi di diritto enunciati. In dette decisioni, dopo aver preliminarmente evocato il principio di laicità dello Stato affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 203 del 1989 per sottolineare la necessaria distinzione fra l'ordine temporale e quello spirituale, la Corte di Cassazione fa leva sul valore preminente da attribuire nell'ordinamento statale al matrimonio-rapporto, argomentando in tal senso sulla base del riferimento ad una pluralità di fonti normative[17], sulla base delle quali si ritiene che "*il* «matrimonio-rapporto»*, il quale ha certamente origine nel* «*matrimonio-atto*»*, può ritenersi un'espressione sintetica comprensiva di molteplici aspetti e dimensioni dello svolgimento della vita matrimoniale e familiare – che si traducono, sul piano rilevante per il diritto, in diritti, doveri, responsabilità –, caratterizzandosi così, secondo il paradigma dell'art. 2 Cost., come il "contenitore", per così dire, di una pluralità di* «diritti inviolabili»*, di* «doveri inderogabili»*, di* «responsabilità»*, di aspettative legittime e di legittimi affidamenti dei componenti della famiglia, sia come individui sia nelle relazioni reciproche… E un elemento essenziale del* «matrimonio-rapporto» *è certamente costituito dalla "convivenza" dei coniugi o "come coniugi" che, nell'attuale specifico significato giuridico di tale espressione, connota il rapporto matrimoniale in modo determinante*".

Riguardo ai contenuti della nozione di convivenza, da distinguere secondo le Sezioni Unite rispetto al concetto di coabitazione, la decisione prende in considerazione una serie di indicazioni normative e giurisprudenziali, fra cui la Costituzione, l'art. 8 della CEDU e l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza), nonché i pronuncia-

[17] Vengono in particolare evocati, a sostegno della rilevanza della convivenza fra i coniugi: l'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo approvata dall'Assemblea generale dell'ONU il 10 dicembre 1948; l'art. 23, paragrafo 4, del Patto internazionale sui diritti civili e politici adottato a New York il 16 dicembre 1966; l'art. 5 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984; gli artt. 2, 29, 30 e 31 della Costituzione italiana; gli artt. 143, 144 e 147 del Codice civile.

menti della Corte Costituzionale, della Corte EDU e della Corte di Giustizia dell'Unione europea, per dedurne che il concetto di convivenza coniugale, ai fini che interessano in sede di delibazione, deve essere qualificato da requisiti particolari, ravvisati nella esteriorità e nella stabilità. Riguardo al primo profilo si chiarisce che, per essere rilevante ai fini che interessano, la convivenza coniugale "*deve essere esteriormente riconoscibile attraverso fatti e comportamenti che vi corrispondano in modo non equivoco e, perciò, essere anche dimostrabile in giudizio, da parte dell'interessato, mediante idonei mezzi di prova, ivi comprese le presunzioni semplici assistite dai noti requisiti di cui all'art. 2729, primo comma, cod. civ.*".

Quanto alla stabilità della convivenza, si osserva che "*tale qualità – pur concordemente evocata… dalla giurisprudenza costituzionale e delle Corti europee quale connotato che la caratterizza nell'ambito del, o fuori dal, matrimonio – non è temporalmente determinata*" e tuttavia "*appare indispensabile individuare, secondo diritto e ragionevolezza, il periodo di tempo dalla celebrazione del matrimonio, trascorso il quale dalla convivenza coniugale con dette caratteristiche può legittimamente inferirsi anche una piena ed effettiva "accettazione del rapporto matrimoniale", tale da implicare anche la sopravvenuta irrilevanza giuridica dei vizi genetici eventualmente inficianti l'"atto" di matrimonio, che si considerano perciò "sanati" dall'accettazione del rapporto*".

Per la determinazione di tale durata le Sezioni Unite, nella ritenuta mancanza di specifico riferimento normativo, affermano di poter utilizzare per analogia il termine triennale previsto dal legislatore all'art. 6 della legge 4 maggio 1983 n. 184 per considerare stabile il rapporto di coppia ai fini dell'adozione di un minore. Si conclude dunque che "*la convivenza dei coniugi, connotata dai più volte sottolineati caratteri e protrattasi per almeno tre anni dopo la celebrazione del matrimonio, in quanto costitutiva di una situazione giuridica disciplinata e tutelata da norme costituzionali, convenzionali e ordinarie, di* «ordine pubblico italiano»*… osta alla dichiarazione di efficacia nella Repubblica italiana delle sentenze canoniche di nullità del matrimonio concordatario*".

La pronuncia precisa altresì che la convivenza coniugale con le descritte caratteristiche "*quale "limite generale" d'ordine pubblico italiano*" opera in presenza di qualsiasi motivo di nullità in quanto, diversamente opinando, "*il giudice italiano… dovrebbe… procedere ad una interpretazione delle singole norme del codice di diritto canonico disciplinanti le fattispecie di nullità ivi previste… valicando così inammissibilmente i confini della giurisdizione nell'"ordine civile"…*".

All'esito della riferita interpretazione le Sezioni Unite, pur sottolineando che "*in linea di principio, per costante orientamento di questa Corte, la con-*

trarietà di un atto all'ordine pubblico, sostanziale o processuale, attenendo a materie "indisponibili" dalle parti perché involgenti aspetti che trascendono interessi esclusivamente individuali, è questione rilevabile anche d'ufficio", giungono a qualificare il rilievo avente ad oggetto la prolungata convivenza coniugale come eccezione in senso stretto, riservata in quanto tale alla sola parte privata interessata e preclusa invece al pubblico ministero, che deve obbligatoriamente intervenire nei giudizi di delibazione. Al riguardo si specifica che il convenuto dovrà sollevare detta eccezione dinanzi alla Corte d'Appello e nella comparsa di risposta, con l'onere di allegare i fatti su cui l'eccezione si fonda e proporre i relativi mezzi di prova, con la precisazione che l'eventuale attività istruttoria "*ha da svolgersi, secondo le regole di un ordinario giudizio di cognizione, con particolare rigore, in considerazione sia della complessità degli accertamenti in fatto, sia del coinvolgimento di diritti, doveri e responsabilità fondamentali e personalissimi, sia del dovere di rispettare il divieto di «riesame del merito» della sentenza canonica, imposto al giudice della delibazione dal punto 4, lettera b), n. 3, del Protocollo addizionale*".

Gli assunti delle Sezioni Unite in realtà non sembrano condivisibili.

Non si può contestare che nell'ordinamento statale la considerazione del rapporto matrimoniale prevalga rispetto alla rilevanza attribuita al matrimonio-atto, ma ciò non comporta necessariamente che il valore da attribuire alla vita coniugale assurga a principio di ordine pubblico, tale da prevalere sull'accertata invalidità originaria del vincolo, soprattutto in presenza di una relazione ormai presumibilmente venuta meno in maniera irrimediabile.

Ed anzi, a ben vedere, il dato normativo smentisce apertamente l'interpretazione della convivenza coniugale come principio di ordine pubblico. È vero che l'art. 123 c.c, in tema di invalidità del matrimonio per simulazione, prevede un limite alla proponibilità della relativa azione consistente nella realizzata convivenza dei coniugi e questo sembrerebbe avallare l'assunto delle Sezioni Unite, tuttavia in altre disposizioni il legislatore consente di far valere la nullità del vincolo nonostante l'intervenuta convivenza coniugale ed addirittura senza precisi limiti temporali. Già nell'ipotesi di nuove nozze contratte a seguito della dichiarazione di morte presunta del coniuge si prevede la nullità del matrimonio qualora ritorni o sia accertata l'esistenza in vita della persona della quale era stata dichiarata la morte (art. 68 c.c.), senza che tale invalidità sia in alcun modo ostacolata dalla convivenza coniugale che era stata nel frattempo instaurata a seguito delle seconde nozze. In maniera analoga, la pronuncia di invalidità del vincolo non è preclusa dall'istaurata convivenza degli sposi, per quanto prolungata, in presenza degli impedimenti d'età, precedente matrimonio, parentela, affinità, adozione, delitto (artt. 84, 86, 87 e 88 c.c., richiamati dal successivo art. 117). L'art.

120 c.c. consente di far valere il vizio genetico per incapacità d'intendere e di volere di un contraente entro un anno dal recupero delle facoltà mentali da parte del soggetto interessato. Qualora la persona incapace all'epoca della celebrazione dovesse riacquistare la pienezza delle facoltà mentali dopo anni, la pur prolungata convivenza nel frattempo maturata fra gli interessati non varrebbe, per espresso disposto normativo, ad impedire l'azione da parte del soggetto legittimato e la relativa pronuncia di invalidità del vincolo. E lo stesso si verifica nelle ipotesi di violenza e di errore, nelle quali "*l'azione non può essere proposta se vi è stata coabitazione per un anno dopo che siano cessate la violenza o le cause che hanno determinato il timore ovvero sia stato scoperto l'errore*" (art. 122 c.c.). È evidente che detti eventi possono intervenire dopo anni, con la conseguenza che nel frattempo i coniugi hanno vissuto in perfetta comunione, la quale non è tuttavia considerata idonea ad impedire la successiva statuizione di invalidità del matrimonio. In maniera analoga è stabilito in tema invalidità del matrimonio per infermità di mente, fattispecie in relazione alla quale "*l'azione non può essere proposta se, dopo revocata l'interdizione, vi è stata coabitazione per un anno*" (art. 119, secondo comma, c.c.). Anche in questo caso la revoca dell'interdizione può sopraggiungere ad anni di distanza dalla celebrazione in una situazione in cui gli sposi hanno intanto convissuto, senza che detta circostanza sia considerata in alcun modo ostativa alla pronuncia di invalidità del vincolo. Risulta dunque che esiste la possibilità, normativamente prevista, che il provvedimento che sancisce la nullità del vincolo intervenga a distanza di notevole tempo dalla celebrazione nuziale e nonostante la pluriennale comunione di vita che i coniugi abbiano nel frattempo di fatto realizzato. Tale possibilità dimostra che l'elemento della prolungata convivenza tra coniugi non costituisce, a dispetto di quanto preteso dalle Sezioni Unite, un principio di ordine pubblico, perché come tale dovrebbe essere inderogabile, mentre al contrario lo stesso legislatore prevede che possa essere superata. Se l'ordine pubblico comprende principi essenziali ed irrinunciabili per l'ordinamento, contro i quali non è in alcun caso consentito andare, ciò che risulta consentito dalla legge non può evidentemente rientrare nella categoria considerata.

D'altra parte, l'argomento che fa leva sulla pretesa efficacia sanante della convivenza coniugale per la presunta rinuncia dell'interessato a far valere l'invalidità originaria del vincolo può valere solo in ipotesi limitate. Può infatti essere lecito presumere che il soggetto il quale aveva escluso all'atto della celebrazione elementi o proprietà essenziali del matrimonio con la propria prolungata permanenza nella vita coniugale abbia implicitamente rinunciato a far valere il vizio genetico da lui determinato. Ma la medesima presunzione non può certamente operare nei riguardi di colui che difettava della capacità

necessaria all'emissione di valido consenso, almeno sino a che non si dimostri l'avvenuto recupero delle facoltà mentali. Ancor meno si può ipotizzare una rinuncia a valersi dell'invalidità per il soggetto che non abbia determinato la nullità del vincolo e sia stato ignaro del vizio genetico del matrimonio nel corso della vita coniugale, vizio che costui, non conoscendolo, non poteva certo far valere. Ed ancora, specie nei casi di invalidità derivante da impedimento o vizio di forma, entrambi i coniugi potrebbero non avere consapevolezza della sussistenza delle cause di nullità del matrimonio e venirne a conoscenza solo a distanza di tempo, anche dopo che si è maturato il termine triennale impeditivo del riconoscimento dell'eventuale dichiarazione di nullità del vincolo. Ecco allora che la valenza generale che le Sezioni Unite pretendono di attribuire alla convivenza coniugale, quale elemento idoneo a precludere la delibazione della declaratoria canonica di nullità da qualsiasi causa essa derivi, si rivela eccessiva, in quanto finisce per operare in maniera indiscriminata, anche in situazioni nelle quali in realtà la lunga durata della vita matrimoniale non può essere assunta a dimostrazione della volontà degli interessati di permanere nel vincolo nonostante la conosciuta invalidità dello stesso, non avendo senso parlare di rinuncia ad un diritto in capo a colui che non poteva concretamente esercitarlo non avendone neppure cognizione.

D'altra parte, ad ulteriore conferma che la prolungata convivenza fra i coniugi non possa essere ritenuta principio di ordine pubblico depone la constatazione che il verificarsi di detta situazione non preclude la pronuncia di divorzio anche dopo decenni di felice connubio. Se davvero di ordine pubblico si trattasse, la circostanza dell'avvenuta realizzazione di una consolidata comunione coniugale dovrebbe ostacolare simile pronunciamento, quanto meno di fronte ad una richiesta unilaterale ed in presenza di opposizione del coniuge contrario all'interruzione del legame.

La Cassazione pretende che il limite in questione debba operare in maniera generalizzata, senza distinzione fra le varie cause di nullità del matrimonio, sul presupposto che simile distinzione implicherebbe una "*inammissibile invasione del giudice italiano nella giurisdizione ecclesiastica in materia di nullità di matrimonio*". In realtà il controllo demandato al giudice della delibazione per valutare la non contrarietà della pronuncia canonica all'ordine pubblico italiano non incide sulla giurisdizione della Chiesa e sulla decisione adottata nel caso concreto dal tribunale ecclesiastico. Se fosse vero che l'attività giudiziaria da compiere in sede di delibazione comporta un'invasione nella sfera di competenza della Chiesa si dovrebbe ritenere precluso alla Corte d'Appello qualsiasi controllo relativo all'ordine pubblico, accertamento che risulta al contrario espressamente previsto dagli accordi concordatari.

Altro punto censurabile della statuizione delle Sezioni Unite è ravvisabile nella determinazione della durata necessaria affinché la convivenza coniugale possa costituire un limite all'ingresso delle nullità canoniche nell'ordinamento statale. Una volta attribuito alla vita matrimoniale coniugale il valore di principio di ordine pubblico, per coerenza sarebbe stato necessario fare in proposito riferimento al termine annuale previsto dalla legge civile ai fini della decadenza dall'azione di annullamento del matrimonio, senza alcuna necessità di ricorrere all'analogia ed applicare la normativa in tema di adozione. Al riguardo nella motivazione si fa riferimento agli artt. 119, 120 e 122 del Codice civile, i quali prevedono un preciso termine per l'impugnazione del matrimonio, stabilendo che la relativa azione non può essere proposta se, dalla revoca dell'interdizione, dal recupero delle piene facoltà mentali, dalla cessazione della violenza o delle cause che hanno determinato il timore, ovvero dalla scoperta dell'errore, le parti abbiano convissuto come coniugi per un anno. Si richiama anche il successivo art. 123, che conferisce rilievo al decorso di un anno dalla celebrazione ed alla convivenza delle parti. Non v'era dunque motivo di ricorrere al procedimento analogico, in quanto il legislatore statale ha già determinato il periodo di tempo necessario per considerare stabile il rapporto di coppia e precludere l'impugnazione del matrimonio. Non si comprende per quale ragione, nella medesima ottica che attribuisce alla convivenza efficacia sanante dei vizi genetici del vincolo coniugale, debbano valere termini diversi per l'impugnazione del matrimonio civile e per la delibazione delle nullità canoniche.

Vale ancora la pena di sottolineare come il prefigurato accertamento del requisito dell'esteriorità della convivenza coniugale finisca per assegnare al giudice della delibazione ampi poteri discrezionali, suscettibili di incidere in maniera considerevole sulla possibilità di riconoscimento della sentenza ecclesiastica, con il rischio di orientamenti differenziati tra le varie Corti d'Appello, senza che al riguardo possa in qualche modo sopperire la funzione nomofilattica del Giudice di legittimità, trattandosi di apprezzamenti di fatto, insindacabili come tali in Cassazione. Senza contare l'incertezza dei confini entro cui potrà essere in concreto effettuata l'attività istruttoria al riguardi necessaria. Secondo la Corte di Cassazione la convivenza di cui si discute "*deve essere esteriormente riconoscibile attraverso fatti e comportamenti che vi corrispondano in modo non equivoco e, perciò, essere anche dimostrabile in giudizio, da parte dell'interessato, mediante idonei mezzi di prova, ivi comprese le presunzioni semplici assistite dai noti requisiti di cui all'art. 2729, primo comma, cod. civ.*", con la precisazione che "*nelle più volte sottolineate peculiarità della fattispecie "convivenza coniugale", fatta valere come limite generale d'ordine pubblico alla delibazione, è certamente compresa, anche sot-*

to il profilo in esame, un'indubbia "complessità fattuale" – molto maggiore di quella rilevabile negli altri casi, anche se parimenti non coinvolta negli accertamenti della sentenza canonica – che giustifica ampiamente lo svolgimento di un'apposita istruzione probatoria, da compiersi tuttavia, come pure già rimarcato, con particolare attenzione, tenuto conto che i relativi accertamenti, da un lato, attengono all'attuazione di un principio d'ordine pubblico italiano oggetto di rilievo e tutela anche costituzionali e, dall'altro, esigono comunque l'osservanza dei patti stipulati dalla Repubblica italiana e dalla Santa Sede con l'Accordo del 1984".

A fronte dell'orientamento restrittivo sinora adottato dal Giudice di legittimità, che nel giudizio di delibazione delle pronunce canoniche consentiva ai fini probatori esclusivamente il riferimento alla sentenza ecclesiastica ed agli atti del processo canonico eventualmente prodotti, dalle parole impiegate dalle Sezioni Unite non è dato comprendere in quali termini ed entro quali limiti sarà ora possibile effettuare attività istruttoria dato che, nonostante il richiamato onere probatorio e l'affermata generale possibilità in tal senso, si è poi posta una generica limitazione a detta attività, che secondo la Cassazione dovrà essere compiuta "*con particolare attenzione*", precisazione che rischia di introdurre un margine ulteriore di discrezionalità nell'ammissione degli strumenti probatori, con il rischio di enfatizzare le differenze negli orientamenti e nelle prassi delle varie Corti di merito.

L'aspetto più discutibile della pronuncia oggetto di considerazione riguarda tuttavia la qualifica attribuita al rilievo concernente l'intercorsa convivenza coniugale, che secondo la Cassazione dal punto di vista processuale costituisce oggetto di eccezione in senso stretto, riservata in quanto tale alla parte privata interessata. Ne consegue che risulta in tal modo precluso al pubblico ministero avanzare una censura attinente proprio al profilo dell'ordine pubblico e parimenti impedito al giudice della delibazione di rilevare, sebbene risultante, la sussistenza dell'elemento in questione e dunque la mancata integrazione del requisito previsto dall'art. 797, n. 7, c.p.c. In altri termini, agli organi deputati per legge a valutare e verificare la sussistenza delle condizioni previste dalla legge per l'attribuzione di efficacia civile alla pronuncia canonica, fra cui il mancato contrasto della sentenza ecclesiastica con l'ordine pubblico, si impedisce di svolgere il proprio ruolo ed adempiere le proprie funzioni. In simile prospettiva, una pronuncia canonica di nullità matrimoniale potrà essere considerata conforme o contraria all'ordine pubblico a seconda unicamente dell'atteggiamento processuale della parte convenuta anziché sulla base delle statuizioni e dell'effettivo contenuto del provvedimento oggetto di giudizio. Infatti, nonostante la presenza della prolungata convivenza con i caratteri precisati dalle Sezioni Unite, in mancanza

di specifica eccezione della parte interessata ed in ragione del silenzio imposto al pubblico ministero e della limitazione al potere di accertamento che dovrebbe competere al giudice della delibazione, la Corte d'Appello sarà tenuta ad attribuire efficacia civile ad una decisione che pure sarebbe di per se stessa da considerare contraria all'ordine pubblico secondo i parametri stabiliti dalla Corte di Cassazione. In tal modo si finisce ancora una volta, come a proposito dell'operatività della buona fede in materia simulatoria, per far dipendere dalla volontà della parte privata la riconoscibilità della sentenza ecclesiastica, collocando in sostanza l'ordine pubblico, per definizione indisponibile ed inderogabile, nella disponibilità dei soggetti privati, ai quali vengono attribuiti poteri che prevalgono addirittura su quelli del pubblico ministero e del collegio giudicante[18].

4. *Conclusioni*

Le ricordate prese di posizione della giurisprudenza statale, dapprima mediante l'introduzione dell'elemento della buona fede, quindi attraverso la rivisitazione del concetto di ordine pubblico e l'ampliamento della sua portata in relazione al riconoscimento delle nullità matrimoniali canoniche, da ultimo con la rilevanza attribuita in tale prospettiva alla prolungata con-

---

[18] In dottrina, sulla pronuncia delle Sezioni Unite, Giuseppe Alessandro Bentivoglio, *La durata triennale della convivenza coniugale e la delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Realtà forense*, 2014, n. 2, p. 7; Vincenzo Carbone, *Risolto il conflitto giurisprudenziale: tre anni di convivenza coniugale escludono l'efficacia della sentenza canonica di nullità del matrimonio*, in *Corriere giur.*, 2014, pp. 1196 ss.; Geremia Casaburi, *Nullità del matrimonio-atto e convivenza post-matrimoniale: le matrioske di piazza Cavour*, in *Foro it.*, 2015, I, cc. 627-631; 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*), settembre 2014, pp. 1-26; Nicola Colaianni, *Convivenza "come coniugi" e ordine pubblico: incontro ravvicinato ma non troppo*, in *Giur. it.*, 2014, cc. 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*), luglio 2014, pp. 1-27; Giuseppe Dalla Torre, *Qualche errore «supremo»*, in *www.avvenire.it/Commenti/Pagine/qualche-errore-supremo.aspx*, 24.7.14; Sabina Anna Rita Galluzzo, *Eccezione in senso stretto non rilevabile d'ufficio che tende a salvaguardare il coniuge più debole*, in *Guida al diritto*, 2014, n. 33, pp. 28-31; Emanuela Giacobbe, *Le sezioni unite tra nomofilachia e "nomofantasia"*, in *Dir. famiglia*, 2014, pp. 1416-1446; Lucia Graziano, *Per le Sezioni Unite la stabile convivenza coniugale ultra-triennale è situazione giuridica d'ordine pubblico ostativa alla 'delibazione' di sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Famiglia e dir.*, 2015, pp. 228-234; 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, pp. 1-23; Aurora Vesto, *La rilevanza del fattore temporale nella dinamica dei rapporti familiari*, in *Diritto e processo*, Annuario giuridico della Università degli Studi di Perugia, 2014, pp. 13-32.

vivenza coniugale, costituiscono le tappe di un percorso che nel corso degli ultimi decenni ha progressivamente condotto a limitare in maniera sempre più incisiva la delibazione delle sentenze ecclesiastiche.

Lo scopo di tale restrittiva attività interpretativa è probabilmente quello di limitare il più possibile gli effetti della diversità delle conseguenze economiche derivanti dalla nullità del vincolo rispetto a quelle che conseguono al divorzio[19] e dunque salvaguardare il coniuge debole, il quale a seguito del riconoscimento civile dell'invalidità ecclesiastica rischia di perdere le provvidenze economiche eventualmente attribuitegli in sede di separazione personale dei coniugi o di cessazione degli effetti civili del matrimonio. L'ipotizza-

---

[19] In sede di separazione personale al coniuge cui la stessa non sia addebitabile e qualora costui non abbia adeguati redditi propri può essere riconosciuto un assegno di mantenimento (art. 156, primo comma, c.c.). Nell'ipotesi di cessazione degli effetti civili ai sensi dell'art. 5, sesto comma, della legge 1° dicembre 1970 n. 898 "*il tribunale, tenuto conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi, e valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio, dispone l'obbligo per un coniuge di somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno quando quest'ultimo non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive*", salva la possibilità, su accordo delle parti, di corresponsione dell'assegno in unica soluzione la quale, ove ritenuta congrua dal tribunale, esclude ogni futura rivendicazione di natura economica (art. 5, ottavo comma). Si prevede inoltre l'applicazione di un criterio automatico di rivalutazione dell'assegno (art. 6, settimo comma); la possibilità di garanzie reali o personali e di procedure speciali per ottenere l'adempimento degli obblighi di mantenimento (art. 8); la possibilità di successivi adeguamenti della misura dell'assegno al mutare delle reciproche condizioni economiche o dei bisogni (art. 9, primo comma); il diritto alla pensione di reversibilità (art. 9); la facoltà del coniuge superstite di ottenere un assegno a carico dell'eredità del coniuge defunto (art. 9-*bis*); il diritto ad una percentuale dell'indennità di fine rapporto percepita dall'altro coniuge (art. 12-*bis*). Tutte queste attribuzioni e garanzie non spettano nel caso della dichiarazione di nullità del vincolo matrimoniale a seguito della quale, salva l'applicabilità delle previsioni contenute negli artt. 129 e 129-*bis* c.c., che consentono rispettivamente al giudice di disporre l'obbligo di mantenimento per un periodo non superiore a tre anni a favore del coniuge che non abbia adeguati redditi propri ovvero il pagamento, a carico del coniuge o del terzo in mala fede, di una indennità pari almeno al mantenimento per analogo periodo, può essere richiesta in sede di delibazione l'emanazione dei provvedimenti economici provvisori previsti dall'art. 8 dell'Accordo di Villa Madama, secondo cui "*la corte d'appello potrà, nella sentenza intesa a rendere esecutiva una sentenza canonica, statuire provvedimenti economici provvisori a favore di uno dei coniugi il cui matrimonio sia stato dichiarato nullo, rimandando le parti al giudice competente per la decisione sulla materia*". La giurisprudenza ritiene peraltro che si tratti di provvedimenti aventi funzione strumentale e natura anticipatoria rispetto ai successivi pronunciamenti definitivi del Tribunale, dunque una sorta di provvedimento d'urgenza, la cui concessione è considerata subordinata all'accertamento, seppure in via sommaria, del diritto dell'interessato (*fumus boni juris*) e del pregiudizio che il tempo necessario al riconoscimento dello stesso in via ordinaria potrebbe comportare (*periculum in mora*). In tal senso, ad esempio, Cass. 23 novembre 2007 n. 24412, 18 maggio 2007 n. 11654, 19 novembre 2003 n. 17535, 17 marzo 1998 n. 2852, 25 luglio 1992 n. 8982. La funzione strumentale e la natura anticipatoria e provvisoria di tali provvedimenti escluderebbe l'impugnabilità degli stessi con ricorso per cassazione, in quanto "*ammissibile soltanto nei confronti dei provvedimenti giurisdizionali definitivi ed a carattere decisorio*" (Cass. 1° giugno 2012 n. 8857), che abbiano cioè "*attitudine ad incidere con efficacia di giudicato su situazioni soggettive di natura sostanziale (Cass. 17535/2003)*" (Cass. 18 maggio 2007 n. 11654).

ta finalità risulta suffragata dal fatto che la giurisprudenza ha nel contempo introdotto anche criteri ermeneutici che rendono intangibili i provvedimenti di natura economica contenuti nella pronuncia definitiva di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonostante la sopravvenienza della delibazione della pronuncia di invalidità del vincolo[20]. Va tuttavia ricordato che, al di là della filantropica natura degli intenti presumibilmente perseguiti dalla giurisprudenza attraverso le sopra descritte innovazioni interpretative, il riequilibrio delle diverse conseguenze attualmente derivanti dalla nullità del

[20] Nel vigore del Concordato lateranense e sino a Cass. 9 dicembre 1993 n. 12144 la giurisprudenza riteneva in maniera costante che l'esistenza della pronuncia di divorzio non impedisse il successivo riconoscimento in sede civile della sentenza canonica di nullità del vincolo (Cass. 9 dicembre 1993 n. 12144, 3 novembre 1988 n. 5923, 21 marzo 1980 n. 1905, 28 ottobre 1978 n. 4927, 29 novembre 1977 n. 5188, 9 agosto 1977 n. 3638, 26 luglio 1977 n. 3347, 29 novembre 1975 n. 3988, 13 ottobre 1975 n. 3257, 9 ottobre 1974 n. 2724), la quale una volta delibata travolgeva il provvedimento di cessazione degli effetti civili del matrimonio eventualmente presente, con tutte le relative pronunce, comprese quelle di natura economica. A sostegno di tale interpretazione si adduceva che la statuizione di divorzio non fa stato in ordine alla validità originaria del vincolo. Ed infatti, nonostante il principio secondo cui il giudicato copre il dedotto ed il deducibile, in realtà dinanzi al giudice del divorzio in difetto di specifica eccezione sul punto non si ha statuizione riguardo alla validità del matrimonio, con la conseguenza che il provvedimento che ne dichiara la cessazione degli effetti civili lascia impregiudicata la questione concernente la validità del vincolo coniugale. Il menzionato rilievo acquistava ulteriore efficacia in presenza della riserva di giurisdizione a favore dei tribunali ecclesiastici in materia matrimoniale, ora venuta meno secondo la Corte di Cassazione (Cass. sez. un. 13 febbraio 1993 n. 1824), in quanto il difetto di giurisdizione precludeva al giudice statale il potere di sindacare la validità originaria del vincolo, sicché a maggior ragione la pronuncia di divorzio non poteva far stato, neppure implicitamente, su tale aspetto. L'orientamento muta allorché la Corte di Cassazione, a partire dalla sentenza 23 marzo 2001 n. 4202, pur ribadendo che giudizio di divorzio e giudizio di nullità presentano differenti *petitum* e *causa petendi* e che dunque la pronuncia di cessazione degli effetti civili del matrimonio non impedisce la successiva delibazione della sentenza canonica di invalidità del vincolo, ritiene comunque che, relativamente ai capi del provvedimento di divorzio contenenti statuizioni di natura economica, debba essere applicata la regola secondo cui, una volta accertata con sentenza passata in cosa giudicata la spettanza di un diritto, stanti gli effetti sostanziali del giudicato ex art. 2909 c.c. questa non è suscettibile di formare oggetto di un nuovo giudizio "*al di fuori degli eccezionali e tassativi casi di revocazione previsti dall'art. 395 c.p.c.*" (Cass. 18 settembre 2013 n. 21331). Da simili presupposti deriva secondo la giurisprudenza l'intangibilità della pronuncia che attribuisce l'assegno di divorzio, una volta che sulla stessa si sia formato il giudicato, nonostante il sopravvenire della dichiarazione di invalidità originaria del vincolo. A simile conclusione non osta il rilievo che le sentenze che operano la cessazione degli effetti civili del matrimonio siano soggette al principio *rebus sic stantibus*, in quanto suscettibili di modifica ai sensi dell'art. 9 della legge 1° dicembre 1970 n. 898 in presenza di mutamenti delle condizioni originarie, dato che si ritiene che tale modifica presupponga la presenza di giustificati motivi sopravvenuti, da intendere "*come circostanze che abbiano alterato l'assetto economico fra le parti, o di relazione con i figli, e non come circostanze che sarebbero state impeditive della emanazione della sentenza di divorzio e dell'attribuzione dell'assegno, le quali non sono idonee ad incidere sul giudicato se non nei limiti in cui sono utilizzabili attraverso il rimedio della revocazione*" (Cass. 18 settembre 2013 n. 21331). Nel senso della sopravvivenza delle statuizioni economiche contenute nel giudicato di divorzio nonostante la sopravvenienza del riconoscimento civile della nullità ecclesiastica, Cass. 18 settembre 2013 n. 21331, 24 luglio 2012 n. 12989, 11 febbraio 2008 n. 3186, 4 marzo 2005 n. 4795, 23 marzo 2001 n. 4202.

matrimonio rispetto al divorzio compete al legislatore e non al giudice, come è stato autorevolmente sottolineato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 27 settembre 2001 n. 329[21].

D'altra parte, mentre vanno ad operare in un ambito che non compete alla giurisprudenza, nello stesso tempo gli interventi ricordati, realizzati attraverso vere e proprie forzature giuridiche, ottengono il risultato di ostacolare ed addirittura precludere il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche. Va in proposito tenuto presente che si è passati da un sistema in cui si prevedeva l'ingresso delle pronunce canoniche in maniera indiscriminata, in quanto nel Concordato lateranense tutte le dichiarazioni di invalidità del vincolo potevano e dovevano ottenere efficacia civile[22], ad una disciplina che, sulla scorta delle esigenze imposte dalla Costituzione repubblicana, prevede ora un sindacato da parte del giudice statale. Ma tale sindacato deve essere evi-

---

[21] Nella menzionata decisione il Giudice delle leggi, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità delle differenze previste in sede normativa circa le conseguenze che discendono sotto il profilo economico dalle situazioni qui considerate, ha posto in evidenza che "*… tanto nell'ipotesi della nullità, quanto in quella del divorzio, è possibile che dal matrimonio sia derivata l'instaurazione fra i coniugi di una consolidata comunione di vita. Ma spetta solo al legislatore – nell'esercizio della sua discrezionalità, e salvo il sindacato di costituzionalità – il potere di modificare il sistema vigente nella prospettiva di un accostamento tra la disciplina della nullità del matrimonio concordatario e quella della cessazione degli effetti civili conseguenti alla sua trascrizione, per effetto di divorzio*". I Giudici della Consulta hanno escluso che la diversità delle conseguenze patrimoniali derivanti dalla pronuncia di nullità rispetto a quelle che discendono dal divorzio possa essere qualificata come disparità di trattamento, in ragione del fatto che "*le due fattispecie della nullità del matrimonio e del divorzio presentano elementi di diversità non meramente formali, ma sostanziali. L'una si fonda – tanto nell'ordinamento civile quanto in quello canonico, sia la causa di nullità prevista da entrambi o da uno solo di essi – sulla constatazione giudiziale di un difetto originario dell'atto. L'altro, viceversa, si fonda, ai sensi dell'art. 1 della legge n. 898 del 1970, sull'accertamento, ad opera del giudice, "che la comunione spirituale e materiale tra i coniugi non può essere mantenuta o ricostituita per l'esistenza di una delle cause previste dall'art. 3", e quindi presuppone una crisi dello svolgimento del rapporto coniugale. La diversità strutturale delle due fattispecie vale di per sé ad escludere la violazione dell'art. 3 della Costituzione, sotto il profilo della disparità di trattamento, in quanto, a cagione di essa, non è costituzionalmente necessario che le situazioni di declaratoria della nullità canonica alle quali fanno riferimento i rimettenti debbano ricevere lo stesso trattamento che l'ordinamento assegna alla disciplina delle conseguenze patrimoniali della cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario (o dello scioglimento del matrimonio civile)*".

[22] Nell'art. 34 del Concordato lateranense, oltre al riconoscimento delle pronunce canoniche di nullità del vincolo, che avveniva in maniera automatica senza necessità di impulso di parte e senza che alla Corte d'Appello fossero consentiti accertamenti di natura sostanziale al di là del controllo formale sull'esistenza ed autenticità della sentenza ecclesiastica, si prevedeva addirittura la possibile attribuzione di efficacia civile ai provvedimenti di dispensa dal matrimonio rato e non consumato. La sentenza della Corte Costituzionale 2 febbraio 1982 n. 18, oltre a limitare l'ingresso delle pronunce di invalidità introducendo la necessità del controllo da parte della Corte d'Appello in ordine al rispetto del diritto di difesa delle parti nel processo canonico ed al mancato contrasto della sentenza ecclesiastica con l'ordine pubblico italiano, ha dichiarato illegittima la previsione del riconoscimento dei provvedimenti di dispensa per inconsumazione, facendo leva sulla natura amministrativa anziché giurisdizionale di tali provvedimenti. Nell'Accordo di Villa Madama non è più contemplata l'attribuzione di efficacia civile alle dispense *super rato*.

dentemente esercitato nei limiti definiti dalla normativa pattizia.

Nell'Accordo di Villa Madama lo Stato italiano ha assunto precisi obblighi, impegnandosi in particolare a conferire efficacia civile alle pronunce canoniche di nullità matrimoniale alle condizioni stabilite dall'art. 8.2. Fra tali condizioni figura bensì il rispetto dell'ordine pubblico, quale limite da intendere tuttavia in maniera restrittiva, come ostacolo cioè al riconoscimento di provvedimenti in contrasto con principi essenziali ed inderogabili del nostro ordinamento, destinato in quanto tale ad operare in situazioni eccezionali, nelle quali si ravvisi una divergenza inaccettabile fra i contenuti dell'atto proveniente dall'ordinamento esterno e regole considerate fondamentali e che esigono necessario rispetto per la nostra società. Negli intenti delle Parti il riconoscimento delle pronunce canoniche era infatti destinato a trovare larga e generalizzata applicazione, come dimostra l'espresso richiamo alla specificità dell'ordinamento canonico contenuto al punto 4 del Protocollo addizionale, volto appunto ad agevolare la delibazione delle sentenze ecclesiastiche rispetto al trattamento riservato alle sentenze straniere.

Al momento della stipulazione dell'Accordo lo Stato ha assunto l'impegno di recepire i provvedimenti di nullità emanati dai tribunali della Chiesa nella consapevolezza delle differenze esistenti tra la legislazione civile e quella canonica in materia matrimoniale, senza peraltro sollevare riserve sul punto ed anzi accettando espressamente la specificità dell'ordinamento canonico in detto ambito. Da ciò consegue che l'Italia ha accolto a ragion veduta la prospettiva del generalizzato riconoscimento delle dichiarazioni di invalidità del vincolo, pur nelle ipotesi in cui non vi sia perfetta corrispondenza con le fattispecie previste dalla normativa statale. La pretesa estensione giurisprudenziale della portata dell'ordine pubblico, con la conseguenza di ostacolare o addirittura impedire in radice il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche, comporta di fatto la violazione degli impegni specificamente assunti dallo Stato in sede di revisione concordataria. Il limite dell'ordine pubblico, destinato nelle intenzioni delle Parti ad operare in ipotesi eccezionali, come quelle delle nullità pronunciate per impedimenti tipicamente confessionali, finisce al contrario per diventare un ostacolo ricorrente e in tal modo la delibazione delle nullità canoniche, anziché costituire la regola, si trasforma in ipotesi di assai rara realizzazione concreta. Siamo appunto in una situazione nella quale l'ingresso di una nullità canonica nell'ordinamento civile è ormai paragonabile, per riprendere una nota similitudine, al passaggio del cammello per la cruna dell'ago.

Lo stravolgimento delle previsioni pattizie risulta ancor più censurabile allorché si rifletta che gli ostacoli frapposti dalla giurisprudenza alla recezione delle pronunce canoniche non riguardano gli effettivi contenuti del

provvedimento ecclesiastico, come dovrebbe avvenire in un normale giudizio di delibazione, ma attengono piuttosto ad elementi e circostanze – la buona fede di una delle parti o la durata della vita coniugale – estranee alla statuizione sulla validità del matrimonio se non addirittura, nel caso della convivenza coniugale, successive all'epoca dell'espressione del consenso cui il giudice canonico ha fatto riferimento per la propria valutazione. Si giunge in tal modo a conferire rilevanza a fatti e situazioni che dal punto di vista giuridico non hanno in realtà nulla a che vedere con la dichiarazione di nullità del vincolo.

Ed appare davvero paradossale che, a fronte del margine di maggiore disponibilità che lo Stato si è impegnato ad utilizzare nei riguardi delle decisioni ecclesiastiche in base alle dichiarazioni contenute al punto 4 del Protocollo addizionale, i ricordati assunti giurisprudenziali conducano ad esercitare nei confronti delle decisioni canoniche un controllo più incisivo e pregnante di quello previsto per le sentenze straniere, per le quali vige ora addirittura il principio del riconoscimento automatico, senza neppure la necessità del vaglio giudiziale e senza dunque che possano operare le limitazioni che la Cassazione ha imposto a carico delle nullità canoniche. Il risultato è che le nullità canoniche, le quali negli intendimenti delle Parti avrebbero dovuto beneficiare di un trattamento più favorevole quanto al possibile riconoscimento in sede civile, con le restrizioni imposte dalla giurisprudenza finiscono ora per scontare una condizione di gran lunga deteriore rispetto alle sentenze straniere, tanto da non risultare nella maggior parte dei casi suscettibili di trovare ingresso nell'ordinamento italiano alla stregua dei rigidi confini delineati in sede giudiziaria.

In definitiva la giurisprudenza, nel pretendere di ascrivere nel novero dell'ordine pubblico principi che tali non sono considerati dal legislatore, si arroga poteri che non le competono ed esorbita dall'unico limite cui è costituzionalmente soggetta, ovvero il rispetto della legge. Nel contempo il suo operato conduce a risultati che vanno a violare impegni assunti dallo Stato a livello internazionale, con le conseguenze che simile stato di cose può comportare. Fermo restando il valore degli interessi che le ricordate interpretazioni mirano a proteggere, cioè la tutela del coniuge economicamente debole, sarebbe il caso che ognuno svolgesse il proprio ruolo, il giudice applicando correttamente la legge ed il legislatore intervenendo eventualmente per regolare la materia di cui trattasi. Sino a che non muti la legge, che piaccia o meno va correttamente applicata e non stravolta quella esistente ed in vigore.

Attualità di Francesco Scaduto. Riflessioni a margine di uno scritto del 1914 in tema di libertà religiosa e uguaglianza

Orazio Condorelli

1. Vi sono molti motivi per ricordare la figura e l'opera di Francesco Scaduto, al quale oggi, con scelta che ritengo pienamente condivisibile, si intitola un'aula nell'Università di Napoli. L'attenzione si è giustamente concentrata sulla sua attività di costruzione della scienza del diritto ecclesiastico in senso moderno, per parafrasare il titolo della celeberrima prolusione palermitana del 1884[1]: uno sforzo che ebbe il primo frutto maturo con il

[1] *Relazione presentata alla Giornata di studio su «Francesco Scaduto, l'Università di Napoli e il Diritto ecclesiastico» (Napoli, 21 maggio 2014), ai cui Atti è anche destinata. La ricerca è stata condotta nel quadro del progetto «Dinamiche delle relazioni tra pluralismo, religione e diritto. Percorsi storici e problemi attuali nel processo di integrazione europea», finanziato con fondi Fir 2014 dell'Università degli Studi di Catania.*
Francesco Scaduto, *Il concetto moderno di diritto ecclesiastico*. Prolusione letta il 21 novembre 1884, Palermo, Pedone Lauriel, 1885. La rifioritura degli studi su Francesco Scaduto è un merito ascrivibile all'impulso di Gaetano Catalano, *La problematica del diritto ecclesiastico ai tempi di Francesco Scaduto e ai nostri giorni*, in *Il Diritto Ecclesiastico* (1965) I, pp. 20-57, ora in Id., *Scritti minori*. I. *Scritti storici*, a cura di Mario Tedeschi, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2003, pp. 313-353; Id., *Il contributo di Francesco Scaduto alla nascita e allo sviluppo del diritto ecclesiastico italiano*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1995, I, pp. 845-862, ora in Id., *Scritti minori*, cit., I, pp. 685-706. Nuove acquisizioni sono state portate da Carlo Fantappiè, *Sulla genesi del diritto ecclesiastico italiano. Il giovane Scaduto tra Firenze e Lipsia*, in *Studi Senesi*, serie III, 52, 2003, pp. 71-132, e in *Studi in onore di Anna Ravà*, a cura di Carlo Cardia, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 339-373. La prolusione palermitana è stata ristampata e analizzata da Iván C. Ibán, *En los orígenes del Derecho Eclesiástico. La prolusión panormitana de Francesco Scaduto*, Madrid, Boletín Oficial del Estato, Centro de Estudios Constitucionales, 2004. Nel 2005, tra Palermo e Bagheria, si è tenuto un convegno su *Il contributo di Francesco Scaduto alla scienza giuridica*, i cui atti sono stati pubblicati a cura di Salvatore Bordonali (Università di Palermo, Facoltà di Giurisprudenza 19), Milano, Giuffrè, 2009. Altri recenti contributi sono stati offerti da Giovanni Battista Varnier, *Cultura giuridica e costruzione dello Stato nazionale. Il contributo di Francesco Scaduto (1858-1942) al diritto ecclesiastico per la nuova Italia*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2006/1, pp. 127-138; Id., *Rileggendo la prolusione palermitana di Francesco Scaduto del 21 novembre 1884*, in *Il Diritto Ecclesiastico* 120.1-2, 2009, 183-189; Maria d'Arienzo, *Francesco Scaduto candidato al Parlamento. Un episodio inedito nella sua biografia*, in *Diritto e Religioni*, anno 3, fasc. 5, 2008, pp. 368-408; Ead., *L'Università di Napoli e la prima cattedra di diritto ecclesiastico in Italia. L'insegnamento di Francesco Scaduto*, in *Diritto e Religioni*, anno 7, fasc. 13, 2012, pp. 280-296. I più recenti profili biografici sono stati scritti da Salvatore Bordonali, *Scaduto Francesco*, in *Dizionario Biografico dei*

manuale di *Diritto ecclesiastico vigente in Italia*, la cui prima edizione vide la luce a Napoli negli anni 1889/91, e fu rapidamente seguita dalla seconda pubblicata a Torino negli anni 1892/94[2]. Limitata attenzione hanno ricevuto le opere storico-giuridiche di Scaduto, che pure incisero più di quanto si possa immaginare sulla maturazione delle sue convinzioni in materia di politica ecclesiastica[3]. E solo recentemente ci si è avventurati nello studio della sua produzione scientifica condotta tra gli ultimi anni del secolo XIX e i primi quattro decenni del XX[4].

Giuristi Italiani (XII-XX secolo), diretto da Italo Birocchi - Ennio Cortese - Antonello Mattone - Marco N. Miletti, I-II, Bologna, Il Mulino, 2013, II, pp. 1814-1816, e da Fabio Vecchi, *Scaduto Francesco*, in *Diccionario General de Derecho Canónico*, diretto da Javier Otaduy - Antonio Viana - Joaquín Sedano, II (Instituto Martín de Azpilcueta, Facultad de Derecho Canónico, Universidad de Navarra), Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 167-171.

[2] Francesco Scaduto, *Diritto ecclesiastico vigente in Italia. Manuale*, 2.ª edizione riveduta e ampliata, specialmente delle nuove leggi e giurisprudenza, della bibliografia, e delle fonti del Diritto Canonico del prof. Huebler, I-II, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1892-1894. Sull'opera v. Orazio Condorelli, *Il «Diritto Ecclesiastico» di Francesco Scaduto nel giudizio di alcuni contemporanei. Note minime su frammenti di ricerca*, in *Il Diritto Ecclesiastico* 116.1 (2005) 98-118, anche in *Il contributo di Francesco Scaduto alla scienza giuridica*, cit., pp. 161-179 (con la letteratura ivi citata); Silvio Ferrari, *La nascita del diritto ecclesiastico*, in *La costruzione di una scienza per la nuova Italia: dal diritto canonico al diritto ecclesiastico*, a cura di Giovanni Battista Varnier (Edizioni Università Macerata, Macerata 2011, pp. 69-84, in particolare pp. 78-81; Franco E. Adami, *La manualisica italiana di diritto ecclesiastico tra fine '800 ed inizi del '900*, in *La costruzione di una scienza*, cit., pp. 85-149, in particolare pp. 85-100; Orazio Condorelli, *L'insegnamento del Diritto ecclesiastico e canonico nelle Università dell'Italia meridionale (Palermo, Napoli, Catania, Messina, Bari)*, in *Gli insegnamenti del diritto canonico e del diritto ecclesiastico dopo l'Unità d'Italia*, a cura di Manlio Miele (Religione e Società 37), Bologna, Il Mulino, 2015, pp. 139-186, in particolare 140-144.

[3] Mi riferisco alla produzione storico-giuridica degli anni Ottanta del secolo XIX: *Stato e Chiesa negli scritti politici dalla fine della lotta per le investiture sino alla morte di Ludovico il Bavaro (1122 a 1347). Studio storico* (Pubblicazioni del R. Istituto di Studi Superiori), Firenze, Le Monnier, 1882; *Il divorzio e il Cristianesimo. Studio storico*, Firenze, Pellas, 1882; *Stato e Chiesa sotto Leopoldo I Granduca di Toscana (1765-1790)*, Firenze, Ademollo, 1885; *Stato e Chiesa secondo fra Paolo Sarpi e la coscienza pubblica durante l'interdetto di Venezia del 1606-1607*, Firenze, Ademollo, 1885; *Il consenso nelle nozze, nella professione e nell'ordinazione, secondo il diritto romano, germanico e canonico*, Napoli, Iovene, 1885; *Stato e Chiesa nelle Due Sicilie dai Normanni ai nostri giorni, secoli XI-XIX*, Palermo, Amenta, 1887; accanto sta lo studio su *L'abolizione delle facoltà di teologia in Italia (1873). Studio storico-critico*, Torino, E. Loescher, 1886. Grazie alle ricerche di Gaetano Catalano è stato espunto dal catalogo delle opere di Scaduto approntato da Pietro Agostino d'Avack [*Francesco Scaduto*, in *Archivio di Diritto Ecclesiastico*, 4, 1942, 296-310] il volume su *Cesare Beccaria. Saggio di storia del diritto penale*, edito da Sandron, Milano - Palermo - Napoli, s.d., ma 1913, da attribuire a un omonimo avvocato nato a Bagheria nel 1881 e morto a S. Agata li Battiati (Catania) nel 1970: Gaetano Catalano, *I nuovi studi sull'opera e sulla figura di Francesco Scaduto*, in *Il contributo di Francesco Scaduto alla scienza giuridica*, a cura di Salvatore Bordonali (Università di Palermo, Facoltà di Giurisprudenza 19), Giuffrè, Milano 2009, pp. 63-72, alle pp. 68-71. Su alcune di queste opere v. Fantappiè, *Sulla genesi del diritto ecclesiastico italiano*, cit., pp. 94-101.

[4] Antonio Guarino, *Lo Scaduto dimenticato!*, in *Quaderni della Scuola di Specializzazione in Diritto Ecclesiastico e Canonico*. 7. *Studi di Diritto Ecclesiastico e Canonico* (Dipartimento di Filosofia dei Diritti dell'Uomo e della Libertà di Religione, Facoltà di Giurisprudenza - Università degli Studi

Nell'occasione odierna mi soffermerò su un breve ma denso scritto pubblicato sulla rivista napoletana *La Corte d'Appello* nel fascicolo del maggio 1914, esattamente cento anni fa. L'articolo è intitolato *Libertà religiosa: conciliabile con quali sistemi? genesi, uguaglianza*, ed ha avuto una certa notorietà presso la scienza ecclesiasticistica italiana del secolo XX, perché prende le forme di una polemica scientifica tra Francesco Scaduto e Francesco Ruffini, l'altro «padre fondatore» del moderno diritto ecclesiastico italiano. Di questa polemica è possibile e doveroso da un lato individuare gli elementi che la connotano storicamente, dall'altro apprezzare la rilevanza attuale per le questioni di spessore teorico che vi sono trattate. È su queste due linee che si muoveranno le mie riflessioni.

2. Nel 1913 erano apparsi, a firma di alcuni fra i più cospicui rappresentanti della scienza ecclesiasticistica del tempo, ben tre scritti in materia di sistemi di relazione fra Stato e Chiesa, specificamente dedicati al tema della separazione: Vincenzo Del Giudice aveva pubblicato a Roma un volume su *La separazione fra lo Stato e la Chiesa*[5]; nella sua prolusione parmense Mario Falco aveva analizzato *Il concetto giuridico di separazione della Chiesa dallo Stato*[6]; negli *Scritti* dedicati a Gian Pietro Chironi Ruffini aveva affrontato il problema dei rapporti tra *Libertà religiosa e separazione fra Stato e Chiesa*[7].

---

di Napoli «Federico II»), Napoli, Jovene, 2002, pp. 131-177, che alle pp. 147-149 si sofferma sul tema oggetto di queste pagine; D'ARIENZO, *L'Università di Napoli e la prima cattedra di diritto ecclesiastico*, cit.

[5] VINCENZO DEL GIUDICE, *La separazione tra Stato e Chiesa come concetto giuridico*, Roma, Cooperativa Tipografica Manuzio, 1913.

[6] MARIO FALCO, *Il concetto giuridico di separazione della Chiesa dallo Stato*. Prolusione al corso di diritto ecclesiastico tenuta nella Università di Parma il dì 17 gennaio 1913, Torino, F.lli Bocca Editori, 1913.

[7] FRANCESCO RUFFINI, *Libertà religiosa e separazione fra Stato e Chiesa*, già in *Scritti giuridici dedicati a G.P. Chironi*, Torino, Bocca, 1913, vol. III, pp. 239-274; poi in FRANCESCO RUFFINI, *Scritti giuridici minori*, scelti e ordinati da MARIO FALCO, ARTURO CARLO JEMOLO, EDOARDO RUFFINI, vol. I. *Scritti di diritto ecclesiastico*, Milano, Giuffrè, 1936, pp. 101-148. In questo corposo saggio Ruffini non fa che estendere e ribadire quanto già sinteticamente scritto nel volume su *La libertà religiosa. Storia dell'idea*, Torino, Bocca Editori, 1901, ristampa con introduzione di ARTURO CARLO JEMOLO, postfazione di FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, Milano, Feltrinelli, 1992, pp. 13-15, e poi ampliato nel lungo *Epilogue* aggiunto alla traduzione angloamericana del volume del 1901 (FRANCESCO RUFFINI, *Religious Liberty*, translated by J. PARKER HEYES, with a preface by JOHN B. BURY, New York, G.P. Putnam's Sons - London, Williams and Norgate, 1912, pp. 482-522); sul punto v. MARGIOTTA BROGLIO nella citata *Postfazione*, p. 352. Un'interpretazione dell'opera di Ruffini nel quadro della tradizione dottrinale del diritto ecclesiastico italiano è offerta da MARIO TEDESCHI, *Il contributo di Francesco Ruffini alla nuova scienza del diritto ecclesiastico*, in *Quaderni della Scuola di Specializzazione in Diritto Ecclesiastico e Canonico*. 3. *La tradizione dottrinale del diritto ecclesiastico* (Dipartimento di Filosofia dei Diritti dell'Uomo e della Libertà di Religione, Facoltà di Giurisprudenza - Università degli Studi di Napoli 'Federico II»), Napoli, Jovene, 1994, pp. 89-106; ora in ID., *La tradizione*

Scaduto si confronta in effetti con tutti e tre gli autori, ma, poiché il suo scritto è costruito a modo di contrappunto delle affermazioni di Ruffini, è da questo che conviene prendere le mosse. Vediamo, dunque, quali sono i principali argomenti svolti nel suo saggio. Nella prima parte Ruffini si chiede se il separatismo sia un sistema indispensabile per realizzare la libertà religiosa[8]. Questa era in effetti la conclusione della dottrina americana dalla quale Ruffini prende le mosse, ma che respinge alla luce di argomenti sia storici che teorici. La domanda iniziale si converte allora in un'altra: se, affinché vi sia «vera e piena libertà religiosa» sia necessario un regime di «perfetta uguaglianza giuridica tra le Chiese»[9]. Poiché, a dire di Ruffini, sarebbe assurdo pensare che l'uguaglianza possa realizzarsi elevando alla posizione di Chiese storiche tutte le confessioni, anche i minimi aggregati che vogliano come tali presentarsi, allora dovrebbe concludersi che l'uguaglianza dovrebbe realizzarsi riducendo le Chiese storiche al rango delle associazioni di diritto privato: secondo, appunto, i postulati del separatismo. Questa conclusione è confutata anzitutto attraverso l'analisi storica, là dove Ruffini si applica a dimostrare che «la libertà religiosa non fu un prodotto storico esclusivo del separatismo»[10]. Soffermandosi, in particolare, sulle diverse forme dei separatismi rivoluzionari inglese e francese, rileva come vi sia una «immediata e fatale correlazione tra i due sistemi, apparentemente antitetici, della Teocrazia e del Separatismo; … il primo di essi è l'ideale primario dei separatisti, e il secondo un semplice provvedimento di ripiego di contro alla constatata impossibilità di attuare il primo»[11]; per concludere che anche una rapida indagine storica è sufficiente «a lumeggiare quale possente e tenace lievito di intolleranza e di fanatismo fosse inestricabilmente penetrato nell'essenza medesima dell'idea separatistica»[12].

In realtà – prosegue Ruffini – un'analisi dei sistemi separatistico e giuri-

---

dottrinale del diritto ecclesiastico (Diritto e religioni 7), Cosenza, Pellegrini, 2007, pp. 9-24. Si veda anche lo scritto di Silvio Ferrari posto a introduzione della ristampa del volume di Ruffini citato sotto, nota 38. I più recenti profili biografici sono stati scritti da Francesco Margiotta Broglio, *Ruffini Francesco*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, cit., II, pp. 1753-1755 e Fabio Vecchi, *Ruffini Francesco*, in *Diccionario General de Derecho Canónico*, cit., VII, pp. 73-77. Si veda inoltre Francesco Margiotta Broglio, *Da Ruffini a Jemolo: libertà religiosa e rapporti tra Stato e Chiesa*, in *Il Contributo italiano alla storia del pensiero - Politica*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2013, consultato on line sul sito www.treccani.it.

[8] Ruffini, *Libertà religiosa e separazione*, cit., pp. 103-110.

[9] Ruffini, *Libertà religiosa e separazione*, cit., pp. 109.

[10] Ruffini, *Libertà religiosa e separazione*, cit., pp. 111-122.

[11] Ruffini, *Libertà religiosa e separazione*, cit., p. 129.

[12] Ruffini, *Libertà religiosa e separazione*, cit., p. 132.

sdizionalistico nel loro concreto atteggiarsi mostra che entrambi presentano vantaggi e svantaggi verso la libertà religiosa, nel suo duplice atteggiarsi quale libertà di coscienza, quanto ai singoli individui, e libertà di culto, quanto alle confessioni religiose[13]. Secondo Ruffini il separatismo sarebbe «poco favorevole alla libertà di coscienza individuale, specie se questa si esplichi nella forma negativa della miscredenza» (il riferimento è all'esperienza degli Stati Uniti d'America), ma è «il sistema più confacente a una piena libertà di culto». Diversamente, il giurisdizionalismo sarebbe meno favorevole alla libertà di culto e più alla libertà di coscienza[14].

Ruffini conclude che la libertà religiosa è un bene indipendente dal sistema separatistico come da quello giurisdizionalistico. Compito dello Stato è quello di realizzare opera di giustizia vera e non astratta. Sarebbe giustizia astratta se, ignorando la concreta realtà dei fatti, lo Stato operasse una equiparazione tra enti, le confessioni religiose, estremamente diversi l'uno dall'altro nella dimensione e nelle esigenze. Qui si colloca una celebre affermazione[15]:

> a quel principio di giustizia assoluta ed astratta, così solennemente invocato in favore di una uguaglianza ad ogni costo, si potrebbe pur sempre e vittoriosamente contrapporre quest'altro principio di giustizia pratica e concreta: che il trattare, come già diceva il vecchio Ahrens[16], in modo uguale rapporti giuridici disuguali, è altrettanto ingiusto quanto il trattare in modo disuguale rapporti giuridici uguali. E si potrebbe anche aggiungere, che vi è una parità nel senso falso, che è quella della uguaglianza assoluta, astratta, matematica, ed una parità nel senso giusto, che è quella dell'uguaglianza relativa, concreta, giuridica; poiché, come scrisse giustamente il Kahl, il vero principio di parità non suona: a ciascuno *lo stesso*, ma a ciascuno *il suo*[17].

---

[13] Ruffini, *Libertà religiosa e separazione*, cit., pp. 133-143.

[14] Ruffini, *Libertà religiosa e separazione*, cit., p. 143.

[15] Ruffini, *Libertà religiosa e separazione*, cit., p. 146.

[16] Il riferimento non è meglio precisato, ma il concetto si ritrova in Errico (*sic*) Ahrens, *Corso di diritto naturale o di filosofia del diritto*, nuova traduzione italiana di Alberto Marghieri, seconda edizione, I-II, Napoli, Riccardo Marghieri di Gius., 1880, vol. II, § 48, pp. 24-33, *del diritto concernente l'eguaglianza e le ineguaglianze*, in particolare p. 28: «Epperò si è detto con ragione che 'la vera eguaglianza sta nel trattare inegualmente esseri ineguali'», con citazione da V. Cousin.

[17] Wilhelm Kahl, *Über Parität*. Akademische Festrede gehalten zur Feier des 27. Januar 1895 an der Universität Bonn, Freiburg und Leipzig, Mohr, 1895, p. 30. Sull'importante ecclesiasticista tedesco (1846-1932) v. Peter Landau, *Evangelische Kirchenrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert*, in *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht*, 48, 2003, pp. 1-16, ora in Id., *Grundlagen und Geschichte des Evangelischen Kirchenrechts und des Staatskirchenrechts* (Jus Ecclesiasticum 92), Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, pp. 253-268, alle pp. 265 s., il quale sottolinea che per Kahl «Parität» è appunto un concetto diverso da «absolute Rechtsgleichheit». Sul tema della parità dei culti nel contesto

Se è vero che lo Stato ha il dovere di garantire a ogni cittadino la piena libertà di coscienza e alle confessioni la piena libertà di culto, è altrettanto indubbio che esso ha il diritto e il potere di regolare le situazioni giuridiche che nascono quando le confessioni «estendono la loro azione al campo della comune vita giuridica». Se, pertanto, si guarda alla concreta configurazione storica delle confessioni religiose, è possibile ritenere giustificato tanto «il più duro strumento di difesa giurisdizionalistica», quanto quell' «immane privilegio» rappresentato dalla legge delle Guarentigie[18].

3. Lo scritto di Ruffini sollecitò una puntuale replica di Francesco Scaduto. Essa fu affidata alle colonne della rivista mensile *La Corte d'Appello*[19], con redazione a Napoli e direzione a Trani, che dal 1903 costituiva la continuazione de *La Corte d'Appello delle Puglie*, la quale aveva cominciato le pubblicazioni nel 1900 sotto la direzione dell'avvocato Attilio Perrone-Capano e nel 1914 era diretta dall'avvocato G. Calendoli.

La replica alle tesi di Ruffini è articolata ribaltando la prospettiva metodologica. Se Ruffini aveva premesso i precedenti storici, ma poi aveva ragionato «dal punto di vista meramente logico», Scaduto si propone di fare il contrario[20]. Nella sintesi di Scaduto, Ruffini aveva concluso che la libertà religiosa può esistere anche in un sistema giurisdizionalistico e confessionistico, intendendo questo come un regime che è comunque «degenerato» (espressione di Scaduto) nella tolleranza degli altri culti. Il professore siciliano conviene con Ruffini sull'idea che la libertà religiosa possa coesistere con un confessionismo «degenerato logicamente e non primitivo storicamente, cioè col confessionismo a scartamento ridottissimo, più di nome che di fatto, come quello odierno italiano»[21]. Non potrebbe coesistere, invece, con un confessionismo inteso nel significato proprio della parola, quale era quello che Scaduto vede incarnato nelle dottrine della Chiesa cattolica. In definitiva, sul piano teorico la conclusione di Ruffini, nel senso della compatibilità tra confessionismo e libertà religiosa, sarebbe fallace perché «la costruzione

---

dell'esperienza giuridica tedesca fra i secoli XIX e XX v. Martin Heckel, *Die Neubestimmung des Verhältnisse von Staat und Kirche im 19. Jahrhundert*, in Id., *Gesammelte Schriften. Staat, Kirche, Recht, Geschichte*, a cura di Klaus Schlaich (Jus ecclesiasticum, 58), Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, pp. 441-470, in particolare pp. 466-469.

[18] Ruffini, *Libertà religiosa e separazione*, cit., pp. 147 s.

[19] Francesco Scaduto, *Libertà religiosa: conciliabile con quali sistemi? genesi, uguaglianza*, in *La Corte d'Appello. Rivista mensile di giurisprudenza - cronaca - dottrina*, anno XV, n. 5 (31 maggio 1914), pp. 129-134.

[20] Scaduto, *Libertà religiosa: conciliabile con quali sistemi?*, cit., p. 129.

[21] Scaduto, *Libertà religiosa: conciliabile con quali sistemi?*, cit., p. 129.

logica dovrebbe basarsi sulla realtà e non sui nomi»[22]. Ma se si distingue la logica dalla storia, allora Scaduto riconosce che la libertà religiosa possa anche coesistere con un confessionismo «solo nominale». Del resto Scaduto stesso riconosce essere estranea alla mente del Ruffini l'opinione che la libertà religiosa sia compatibile con un autentico confessionismo[23].

Se, dunque, la libertà religiosa non è indipendente dal separatismo, inteso come non confessionismo, occorre chiedersi se sia indipendente anche dal giurisdizionalismo. Qui Scaduto precisa che, al pari di Ruffini, intende il termine nel senso «nuovo, cioè supremazia dello Stato su tutti gli enti, di qualsiasi natura, esistenti nel suo territorio, non confessionistica, e che perciò si traduce nel diritto e dovere di vigilanza (contro le attuali od eventuali esorbitanze fra loro o contro esso) e di tutela»[24]. In questa prospettiva, secondo Scaduto «la libertà dei singoli gruppi, come quella delle singole persone fisiche, non può esistere senza un organo che ne limiti le sfere di azione, lasciandoli liberi sin dove non vengono a toccare la libertà degli altri e l'interesse generale dell'orbita massima, quella dello Stato»[25]. In questa conclusione – che manifesta l'immagine di uno Stato concepito come ente primario che ha il compito di regolare la vita dei gruppi, quali le confessioni religiose, che vivono entro la sua «orbita massima» – Scaduto ammette che le differenze di opinione tra lui e Ruffini sono più apparenti che sostanziali.

La questione sulla quale le posizioni di Ruffini e Scaduto divergono è se la realizzazione della libertà religiosa richieda necessariamente l'uguaglianza tra le confessioni[26]. Scaduto segue passo per passo il ragionamento di Ruffini, per il quale la posizione privilegiata della Chiesa cattolica si giustifica in ragione della sua numerosità e «potenza». Ma se le condizioni di fatto sono innegabili agli occhi dello stesso Scaduto, sono diverse le conseguenze che ne trae. Qui sta il nucleo originale della sua replica al ragionamento di Ruffini:

> Questo sillogismo è vizioso, ed il vizio consiste nel confondere il rapporto giuridico col fatto. Che la confessione cattolica sia la più numerosa di seguaci e la più potente (specie in Italia), non si nega: ma ciò è un fatto, non un rapporto giuridico (razionalmente): il filosofo vuole trattati in modo disuguale rapporti giuridici disuguali, non fatti disuguali: i fatti disuguali possono esser tali tanto se corrispondenti a rapporti giuridici disuguali, come se corrispon-

---

[22] Scaduto, *Libertà religiosa: conciliabile con quali sistemi?*, cit., p. 130.

[23] Scaduto, *Libertà religiosa: conciliabile con quali sistemi?*, cit., p. 130.

[24] Scaduto, *Libertà religiosa: conciliabile con quali sistemi?*, cit., p. 130.

[25] Scaduto, *Libertà religiosa: conciliabile con quali sistemi?*, cit., p. 130.

[26] Scaduto, *Libertà religiosa: conciliabile con quali sistemi?*, cit., p. 131.

> denti a rapporti giuridici uguali: in materia di confessioni e, in genere, di enti (ecclesiastici o laicali) il rapporto giuridico consiste nella proporzione legale fra loro e verso lo Stato, proporzione che razionalmente è uguale; perciò il fatto della superiorità di posizione giuridica della Chiesa cattolica è una violazione del rapporto giuridico razionale, che dovrebbe essere uguale per tutte le confessioni, come uguale è la natura giuridica di tutti questi enti con fine identico cioè religioso, qualunque poi sia la specialità di questo fine religioso[27].

Sul piano razionale, dunque, secondo Scaduto le confessioni religiose, intese come persone morali, hanno il diritto di conseguire la stessa uguaglianza che ormai da tempo era stata acquisita dalle persone fisiche sul piano della legislazione positiva. Se le condizioni di fatto fossero concepite come basi di rapporti giuridici necessari e inevitabili, ne conseguirebbe l'inammissibilità di qualsiasi riforma. Alla luce delle argomentazioni di Ruffini la posizione della Chiesa cattolica sarebbe dovuta essere intangibile, in quanto essa è la più numerosa e potente, e quindi sarebbero state «irrazionali» le numerose modifiche legislative intercorse nella seconda metà dell'Ottocento: per esempio, l'introduzione del matrimonio civile obbligatorio, la soppressione degli enti ecclesiastici, le riforme contenute nel Codice penale del 1889 nel senso della parificazione dei culti quanto alle pene per i delitti commessi contro la loro libertà, etc.[28]

Le ragioni del dissenso da Ruffini, almeno sul piano «razionale», sono espresse con chiarezza là dove Scaduto individua quali sarebbero, a suo dire, le estreme conseguenze di una politica ecclesiastica diretta a consolidare le situazioni di fatto piuttosto che a promuovere l'uguaglianza delle confessioni religiose:

> In sostanza, l'equivoco fra rapporto giuridico e rapporto di fatto, e la conseguente pretesa razionalità del privilegio per la confessione più numerosa e più forte, conduce alla conseguenza del diritto della maggioranza di sopraffare la minoranza, e conduce perciò anche alla conseguenza, storicamente parecchie volte e per secoli verificatasi, della persecuzione e della resistenza delle confessioni minori, ossia alla guerra di religione[29].

In questa prospettiva Scaduto rileva come una politica diretta a giustificare in linea di principio – secondo quanto aveva scritto anche Del Giudice

---

[27] Scaduto, *Libertà religiosa: conciliabile con quali sistemi?*, cit., p. 131.

[28] Scaduto, *Libertà religiosa: conciliabile con quali sistemi?*, cit., p. 131.

[29] Scaduto, *Libertà religiosa: conciliabile con quali sistemi?*, cit., p. 131.

nel volume sulla *Separazione fra lo Stato e la Chiesa*[30] – il privilegio delle confessioni più forti e numerose sia in disaccordo con una più generale tendenza di politica sociale diretta a elevare le condizioni delle minoranze e delle «classi disagiate»[31].

Le conclusioni generali sono definite con formula netta: per Scaduto «la libertà religiosa presuppone separatismo, giurisdizionalismo non confessionalista ed uguaglianza»[32].

Nella seconda parte dell'articolo Scaduto affronta brevemente la questione di quale sia la genesi storica della libertà religiosa. Sul punto afferma di concordare «perfettamente col Ruffini», la cui «esposizione, frutto maturo e sintetico di ricerche in grandissima parte personali ed originali, è matematicamente precisa ed artisticamente nitida»[33].

Nella parte finale dell'articolo Scaduto si confronta brevemente con le conclusioni tratte da Mario Falco nella prolusione parmense del 1913: conclusioni improntate ad empirismo, nel senso che la materia delle relazioni tra Stato e Chiesa sarebbe indissolubilmente legata alle empiriche relazioni fattuali tra ordinamento secolare e ordinamenti religiosi in un dato momento storico, ragione per la quale sarebbe da escludere l'ammissibilità di un assetto di relazioni conforme a un predeterminato «diritto razionale»[34].

---

[30] Scaduto, *Libertà religiosa: conciliabile con quali sistemi?*, cit., p. 132: «il punto incidentale del Ruffini, sulla razionalità del sistema di privilegio per le confessioni più numerose e più forti, costituisce il nucleo fondamentale del lavoro del Del Giudice (*La separazione fra lo Stato e la Chiesa*, Roma 1913), il quale ne esplica la conseguenza, che, poiché razionalmente la condizione privilegiata spetta alla confessione più numerosa e più forte, perciò appartenga, non esclusivamente alla cattolica, ma a questa o ad altra secondo che in ciascuno Stato una od altra sia la più forte…».

[31] Scaduto, *Libertà religiosa: conciliabile con quali sistemi?*, cit., p. 132: «Ed è curioso, che mentre nel campo civile si predica e si va attuando il diritto delle minoranze fino a pretenderne la rappresentanza proporzionale, nel campo religioso, invece, in nome di un preteso diritto razionale, ma effettivamente per detrito irriflesso di altro ordine di idee, si continui a giustificare il privilegio delle confessioni più forti di fronte alle più deboli: come pure che, mentre civilmente si procura di prevenire le rivoluzioni sollevando le classi disagiate, religiosamente, invece, si continui a sostenere che razionalmente le confessioni più deboli debbano rimanere in istato di inferiorità legale».

[32] Scaduto, *Libertà religiosa: conciliabile con quali sistemi?*, cit., p. 132.

[33] Scaduto, *Libertà religiosa: conciliabile con quali sistemi?*, cit., p. 131.

[34] Scaduto, *Libertà religiosa: conciliabile con quali sistemi?*, cit., pp. 133 s.: Falco «conclude negando l'ammissibilità di esistenza di un diritto razionale in questa materia, che, secondo lui, pare, sarebbe condannata ad un fatalismo storico, per cui sarebbe praticamente inattuabile e vano ogni tentativo di riforma, non solo religiosa (sul quale punto potremmo essere d'accordo con lui, come lo siamo col Ruffini), ma anche giuridica. Noi non condividiamo quest'empirismo, contrario non solo alle riforme future ma anche a quelle già fatte; ammettiamo ed apprezziamo l'esistenza del diritto razionale, pur riconoscendo l'inattuabilità immediata e totale, ma non escludendo la attuabilità futura, per quanto progressiva e magari lenta. E pertanto ci associamo al prof. Adolfo Ravà per la sua nota critica all'empirismo del Falco, intitolata *La separazione della Chiesa dallo Stato e la Filosofia*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche* 54 (1914) <3-15>».

È invece con la fiducia nell'esistenza di un «diritto razionale» che Scaduto congeda il lettore, cioè con la fiducia in un assetto teorico di relazioni da non scartare a priori perché immediatamente inattuabile, ma piuttosto da porre come base per riforme da realizzare in modo progressivo, e comunque da considerare quale strumento per valutare la congruità del diritto ecclesiastico vigente con quelli che Scaduto chiama «principî del diritto pubblico moderno»[35].

4. Anche una rapida e sommaria considerazione di poche pubblicazioni degli anni 1913/14 rivela, come abbiamo visto, l'ampio travaglio di una dottrina che discute su quali siano i sistemi di relazione migliori in astratto, quali i sistemi da promuovere per il futuro, quali quelli che meglio corrispondono allo stato del diritto vigente. In fondo, tutto questo movimento dottrinale non fa altro che rispecchiare un processo di politica ecclesiastica che, dal 1848 alla istituzione del Regno d'Italia e poi fino al primo quindicennio del secolo XX, aveva percorso vie tutt'altro che diritte e univoche[36]. Lo dimo-

---

[35] L'espressione ricorre nella prolusione romana del 1911 (citata sotto, nota 58), ma già la citata prolusione palermitana del 1884 è pervasa dall'idea che il diritto ecclesiastico in senso moderno sia figlio delle «nuove idee di Diritto Pubblico» (Scaduto, *Il concetto moderno di diritto ecclesiastico*, p. 12 per la citazione). Questa prospettiva, attenta a enucleare prima i principî teorici di un settore del diritto e poi ad analizzare l'adeguatezza del diritto positivo ai principî stessi è un dato comune con altri Autori del tempo, non a caso col Vittorio Emanuele Orlando che di Scaduto fu prima amico e poi collega e fu l'edificatore della nuova scienza del diritto pubblico sulla base del paradigma concettualistico di origine pandettistica. Si veda per esempio Vittorio Emanuele Orlando, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, Barbera, 1889, p. 240, là dove a proposito della libertà di coscienza e di culto, dopo un breve esame del diritto in vigore, conclude: «Si può dunque asserire che nel nostro diritto pubblico la libertà di coscienza è riconosciuta press'a poco in quei termini che noi teoricamente avevamo fermati». Sui rapporti tra Scaduto e Orlando rinvio al mio *Il «Diritto ecclesiastico» di Francesco Scaduto nel giudizio*, cit., pp. 167-169. Giulio Cianferotti colloca Orlando accanto a Gaetano Mosca, Francesco Scaduto, Angelo Majorana e Antonio Longo, inserendoli fra i protagonisti «del rinnovamento della cultura scientifica italiana» e qualificandoli come «i giovani giuristi che operarono per inserire completamente la cultura giuridica regionale in quella nazionale e rinnovare la stessa cultura nazionale»: Giulio Cianferotti, *Orlando Vittorio Emanuele*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, cit., II, pp. 1465-1469, p. 1465 per la citazione; cfr. anche Id., *Orlando Vittorio Emanuele*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, LXXIX, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2013.

[36] Sugli svolgimenti in materia di legislazione ecclesiastica dallo Statuto albertino all'Unità d'Italia e oltre rimangono validi punti di riferimento i contributi raccolti in *La legislazione ecclesiastica*, a cura di Pietro Agostino d'Avack (Atti del Congresso celebrativo del Centenario delle leggi amministrative di unificazione: l'istruzione e il culto, 2), Vicenza, Neri Pozza, 1967, che insieme forniscono un quadro ben articolato della situazione; specificamente, Pietro Agostino d'Avack, *La legislazione ecclesiastica*, pp. 9-41; Giuliana D'Amelio, *La proclamazione dell'Unità d'Italia e i problemi di politica ecclesiastica*, pp. 43-63; Giuseppe Caputo, Il *separatismo cavouriano*, pp. 65-91; A. Gomez de Ayala, *Il neo-giurisdizionalismo liberale*, pp. 93-143; Piero Bellini, *Le leggi ecclesiastiche separatistiche e giurisdizionalistiche (1848-1867)*, pp. 145-191; Anna Ravà, *La legge delle guarentigie pontificie*, pp. 193-226; Giorgio Peyrot, *La legislazione sulle confessioni religiose diverse dalla cattolica*, pp. 519-548. Tra i contributi più recenti ricordo Pasquale Lillo, *I limiti all'esercizio della libertà religiosa nell'Italia liberale*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* 20 (2003) I, 37-

stra anche il fatto che i giuristi menzionati non considerano incompatibili in concreto sistemi di relazione che sarebbero tendenzialmente incompatibili in astratto: così il separatismo può per loro convivere teoricamente col giurisdizionalismo, allo stesso modo in cui i due orientamenti si intrecciavano nella politica ecclesiastica dello Stato unitario[37]. Si poteva pertanto tranquillamente parlare di giurisdizionalismo separatistico o di separatismo giurisdizionalistico[38] in un contesto nel quale, per dirla al modo di Scaduto, persistevano dei «rimasugli di confessionismo»[39].

Sebbene l'articolo 1 dello Statuto albertino avesse teoricamente disegnato il profilo di uno stato confessionistico – con la religione cattolica quale religione di Stato e le altre confessioni allora esistenti nel Regno quali religioni tollerate[40] –, immediatamente dopo la concessione dello Statuto aveva avuto inizio un processo che nell'ultimo decennio del secolo XIX, secondo la comune interpretazione, aveva instaurato una sostanziale parità e uguaglianza tra i culti[41]. Già nell'ultimo decennio del secolo XIX era opinione comune che l'espressione «religione dello Stato» presente nell'articolo 1 dello Sta-

---

76; Mario Tedeschi, *Lo svolgimento legislativo in materia ecclesiastica nell'Italia post-unitaria*, in *Il riformismo legislativo in diritto ecclesiastico e canonico*, a cura di Mario Tedeschi (Diritto e Religioni 15), Cosenza, Pellegrini, pp. 19-32, anche in Id., *Quasi un bilancio* (Diritto e Religioni 18), Cosenza, Pellegrini, pp. 239-252; Michele Madonna, *Profili storici del diritto di libertà religiosa nell'Italia post-unitaria* (e-reprint, Nuovi studi di diritto ecclesiastico e canonico, Nuovi itinerari 1), Tricase, Libellula edizioni, 2012, con un opportuno accenno alla polemica tra Scaduto e Ruffini alle pp. 24 s.; Alessandro Ferrari, *La libertà religiosa in Italia. Un percorso incompiuto*, Roma, Carocci, 2012; Valerio Tozzi, *150 anni di unità dell'Italia. Breve storia e problemi attuali della libertà religiosa*, in *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 28, 2012, pp. 675-722.

[37] In generale, sulla difficoltà di pervenire a univoche interpretazioni degli schemi classificatori delle relazioni tra Stato e Chiese cfr. Mario Tedeschi, *Il sistema separatista*, in Id., *Saggi di diritto ecclesiastico*, Torino, Giappichelli, 1987, pp. 195-212, a p. 195 (già in *Novissimo Digesto Italiano*, Appendice A-Cod., I, Torino 1980, pp. 1145-1152).

[38] Francesco Ruffini, *Corso di diritto ecclesiastico italiano. La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, Torino, Bocca, 1924, p. 371. Il volume è stato ristampato, con introduzione di Silvio Ferrari, col titolo *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, Bologna, Il Mulino, 1992.

[39] Scaduto, *Diritto ecclesiastico*, cit., II, §. 480, pp. 724 s., e §§. 500-574 *ter*, pp. 767-904.

[40] *Statuto fondamentale del Regno* (4 marzo 1848, n. 674), art. 1: «La religione cattolica, apostolica e romana è la sola religione dello Stato. Gli altri culti ora esistenti sono tollerati conformemente alle leggi».

[41] Siffatti sviluppi sono tracciati da Francesco Racioppi - Ignazio Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, con prefazione di Luigi Luzzatti, I, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1909, pp. 53-108 (a proposito dell'articolo 1), i quali potevano concludere (p. 106) che all'esito di tale evoluzione «per tutti quanti i cittadini, senza alcuna distinzione religiosa, l'uguaglianza avanti alle leggi è compiuta, sia ch'esse proteggano, sia che puniscano». Sulla stessa linea già Giovan Battista Ugo, *Culto (libertà di)*, in *Digesto Italiano*, VIII.4, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1899-1903 (ma 1902 per la voce in questione), pp. 879-892, a p. 891. Fra gli autori che scrissero negli ultimi decenni dell'Ottocento occorre ricordare Isacco Rignano, *Della uguaglianza civile e della libertà dei culti secondo il diritto pubblico del Regno d'Italia*, Livorno, Vigo, 1885[3].

tuto dovesse essere interpretata «nel senso che essa è quella che la maggioranza dei cittadini segue, e che del suo culto si serve l'autorità civile quando gli occorra d'accompagnare alcuno dei suoi atti con cerimonie religiose»[42].

Secondo l'espressione di Ruffini, la «luminosa traccia»[43] che aveva dato vita a una evoluzione della legislazione piemontese e poi italiana nel senso della parità dei culti era stata data dalla legge 19 giugno 1848: la quale, «volendo togliere ogni dubbio sulla capacità civile e politica dei cittadini che non professano la religione cattolica», stabiliva nel suo unico articolo che «la differenza di culto non forma eccezione al godimento dei diritti civili e politici ed all'ammissibilità alle cariche civili e militari». Si trattava di disposizione di natura «fondamentale»[44]: Ruffini riteneva che essa non solo abolisse tutte le antiche limitazioni alla capacità giuridica degli acattolici, ma anche impedisse «che se ne potessero mai più istituire per il futuro»[45]. Alla vigilia della stipulazione dei Patti Lateranensi la legge Sineo era ancora considerata da Jemolo il pilastro fondamentale su cui poggiava il sistema di «uguaglianza religiosa dei cittadini»[46].

---

[42] Così Carlo Calisse, *Diritto ecclesiastico*, Firenze, Barbera, 1893, pp. 32 s.; ma anche Scaduto, *Diritto ecclesiastico*, cit., II, §. 501, pp. 768 s. Orlando, *Principii di diritto costituzionale*, cit., p. 240, riteneva che l'art. 1 dello Statuto non avesse più vigore, non tanto perché abrogato per desuetudine, ma per la deroga ad esso apportata da altre leggi. La questione è diffusamente trattata da Racioppi - Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, cit., I, pp. 102-108, i quali ritenevano che l'articolo 1 fosse stato abrogato nella parte relativa alla tolleranza dei culti acattolici, e che la prima parte avesse conservato una formale efficacia ma solo residuale, limitatamente alla determinazione delle feste civili conformemente al calendario della Chiesa, al ricorso alle cerimonie del culto cattolico da parte del Governo, all'esistenza di una legislazione speciale riguardante la Chiesa cattolica per la presenza in Italia del Romano Pontefice. Diversa la prospettiva di Jemolo, secondo il quale l'art. 1 conteneva «una pura dichiarazione, come lo sono molte delle disposizioni che si rinvengono nelle carte fondamentali e nelle leggi costituzionali. Ed è tale in quanto non contiene alcuna norma giuridica, in quanto da essa non scaturisce alcuna conseguenza né mediata né immediata»: Arturo Carlo Jemolo, *La natura e la portata dell'art. 1 dello Statuto*, in *Rivista di Diritto Pubblico*, 1913, pp. 249 e ss., a p. 263. Per una rassegna delle diverse interpretazioni nella dottrina ottocentesca e preconcordataria v. Aurelia Sini, *La religione dello Stato*, in *Studi per la revisione del concordato* (Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Pubblico della Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Roma, Serie terza, 12), Padova, Cedam, 1970, pp. 163-236, alle pp. 174-177; Gian Savino Pene Vidari, *I diritti fondamentali nello Statuto Albertino*, in *Enunciazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle Carte costituzionali europee. Profili storici e comparatistici*. Atti di un convegno in onore di Francisco Tomás y Valiente, Messina, 15-16 marzo 1993 (Università degli Studi di Messina, Facoltà di scienze politiche, Studi storico giuridici 2), Milano, Giuffrè, 1994, pp. 41-64, in particolare pp. 54-57.

[43] Francesco Ruffini, *Il nuovo regime italiano della stampa e la libertà religiosa*, in Id., *Diritti di libertà*, con introduzione di Piero Calamandrei, rist. della II ed. del 1946, Firenze, La Nuova Italia, 1975, pp. 65-87, a p.74.

[44] Ruffini, *Corso di diritto ecclesiastico italiano*, cit., p. 131: «questo è il testo fondamentale, e quasi la *Magna Charta* della nostra libertà religiosa».

[45] Ruffini, *Corso di diritto ecclesiastico italiano*, cit., p. 200.

[46] Arturo Carlo Jemolo, *Elementi di diritto ecclesiastico*, Firenze, Vallecchi, 1927, pp. 263-265. A suo giudizio le eccezioni a questo principio erano «sporadiche e praticamente prive di importan-

Quale tappa estremamente significativa di questa evoluzione del sistema dal confessionismo di diritto alla parità dei culti la dottrina coeva era unanime nell'indicare il Codice penale del 1889[47]. Nel riformare il Codice penale sardo del 1859, improntato al confessionismo nella distinzione tra delitti compiuti contro la religione dello Stato e delitti compiuti contro i culti tollerati, il Codice Zanardelli aveva unificato le fattispecie penali considerandole quali «delitti contro la libertà dei culti», e raccogliendo le diverse realtà religiose sotto la denominazione unitaria di «culti ammessi nello Stato» (libro II, tit. II, cap. II, articoli 140-144)[48].

A fronte di questa tendenza verso la parità dei culti sussisteva una legislazione sulla Chiesa cattolica che era tecnicamente privilegiaria sia *in odiosis* (soppressione di enti, incameramento del patrimonio ecclesiastico, strumenti di controllo e tutela, etc.) che *in favorabilibus* (Legge delle Guarentigie, sulle prerogative del Sommo Pontefice e sulle relazioni della Chiesa con lo Stato, 13 maggio 1871, n. 214).

5. Abbiamo visto come questo sistema nella visione di Ruffini fosse giustificato dalla diversità delle situazioni di fatto che rendevano la Chiesa cattolica e le confessioni religiose di minoranza degli enti fra loro incommensurabili. Da un lato il sistema garantiva la libertà di coscienza dei singoli e la libertà di culto delle confessioni, dall'altro la disparità giuridica nel regolamento delle istituzioni confessionali trovava ragione nelle differenti condizioni fattuali e storiche delle varie confessioni. Il concreto assetto delle relazioni tra Stato e Chiesa cattolica in Italia, insomma, non poteva prescindere «dal riguardo imprescindibile alla stragrande maggioranza dei cattolici»[49].

---

za» (p. 264), per quanto riconoscesse che la posizione dominante della Chiesa cattolica era venuta accentuandosi nei più recenti sviluppi legislativi (pp. 265-268).

47 A giudizio di Racioppi - Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, cit., pp. 99 s. «il nuovo codice penale raggiunse… il punto più alto della nostra legislazione, quanto alla esplicazione del sommo principio dell'uguaglianza dei culti. Sparì in esso perfino la distinzione formale tra la 'religione dello Stato' e gli altri culti *tollerati*: comparve in esso per la prima volta ufficialmente la magica parola 'libertà dei culti'…».

48 Ruffini, *Corso di diritto ecclesiastico italiano*, cit., p. 208-210. Sul tema v. Lillo, *I limiti all'esercizio della libertà religiosa*, cit., pp. 66-69; Loredana Garlati, *Dalla tutela della religione di Stato alla difesa della libertà dei culti: la svolta liberale del Codice Zanardelli*, in *Laicità e stato di diritto*. Atti del IV Convegno di Facoltà. Università di Milano-Bicocca, 9-10 febbraio 2006, a cura di Adolfo Ceretti - Loredana Garlati (Università di Milano Bicocca, Facoltà di Giurisprudenza 33), Milano, Giuffrè, 2007, pp. 73-87.

49 Così Ruffini aveva affermato nel *Trattato del diritto ecclesiastico cattolico ed evangelico* del Dott. Emilio Friedberg… Edizione italiana riveduta in collaborazione con l'Autore ed ampiamente annotata per rispetto al diritto italiano dall'Avv. Francesco Ruffini…, Torino, Bocca, 1893, p. 131; anche in Francesco Ruffini, *Relazioni tra Stato e Chiesa. Lineamenti storici e sistematici*, a cura

Rispetto al quadro sommariamente delineato potrebbe sembrare che il dissenso di Scaduto rispetto a Ruffini sia indice di una tendenza di politica ecclesiastica sovvertitrice dell'ordine esistente. Se allarghiamo lo sguardo a considerare più diffusamente le idee professate da Scaduto nel corso dei decenni, se ne può trarre invece la conclusione che sul punto in questione le idee dei due «padri fondatori» del diritto ecclesiastico italiano fossero più vicine di quanto possa sembrare a prima vista: nel senso che se Scaduto non deflette dall'idea che si debba riconoscere la piena libertà di coscienza e di culto ai singoli e alle confessioni religiose, in linea con i moderni principi del diritto pubblico[50], egli appare peraltro realisticamente aderente alle situazioni di fatto allorché si tratta di considerare le confessioni religiose sul piano istituzionale.

Nella corposissima monografia sulle *Guarentigie pontificie e relazioni tra Stato e Chiesa*, pubblicata nel 1889 in seconda edizione, Scaduto si sofferma sui lavori parlamentari nei quali si era dibattuto circa l'alternativa tra una legge che riguardasse la sola Chiesa cattolica e le guarentigie pontificie e una legge di diritto comune che comprendesse anche i culti acattolici[51]. Qui egli giudica inammissibile e irrealistica, sia storicamente che politicamente che razionalmente, l'idea di una legge di diritto comune per tutti i culti: le guarentigie riconosciute alla Chiesa cattolica e al Sommo pontefice sarebbero assurde se rivolte anche alle altre confessioni religiose. Ma vi è di più: se la Chiesa cattolica è una istituzione conosciuta e portatrice di una morale in larga parte coincidente con la morale civile, altrettanto non potrebbe dirsi a priori e in astratto per ciascuna confessione religiosa, se lo Stato prima non ne esaminasse gli statuti. In questo senso, a giudizio di Scaduto una legge comune sulle confessioni religiose non sarebbe stata possibile «senza incorrere in pericoli per la sicurezza e per la moralità»[52]. La legge delle

---

di Francesco Margiotta Broglio, premessa di Arturo Carlo Jemolo (Religione e Società 1), Bologna, Il Mulino, 1974, p. 295.

[50] Scaduto, *Diritto ecclesiastico*, cit., II, § 592, p. 942, vede nel Codice penale del 1889 la perfetta attuazione del «concetto razionale, che gli atti contemplati in questo capo sono considerati come reati, non per preconcetti religiosi, ma per motivi affatto civili, in virtù degli odierni principi di diritto pubblico, come violazioni della libertà, ed in ispecie di quella dei culti».

[51] Francesco Scaduto, *Guarentigie pontificie e relazioni tra Stato e Chiesa (legge 13 maggio 1871). Storia, esposizione, giurisprudenza, critica, documenti, bibliografia*, II edizione notevolmente aumentata, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1889, § 120-127, pp. 648-672; anche nella voce *Santa Sede*, in *Digesto Italiano*, XXI.1, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1891, pp. 683-690.

[52] Scaduto, *Guarentigie pontificie*, cit., § 121, pp. 654 s. (= *Digesto Italiano*, cit., XXI.1, p. 685): «il concetto di creare un diritto comune per tutti i culti era dunque inammissibile, quando si partiva, come facevano anche una parte di quelli che lo sostenevano, dalle idee esagerate di separatismo e d'incompetenza; sarebbe stato poi addirittura assurdo quando vi si fossero volute includere tutte le guarentigie concesse dalla presente legge alla Santa Sede; e, in qualunque modo, sarebbe stato inammissibile politicamente. Restava la quistione se, prescindendo dalle guarentigie pontificie, ossia

guarentigie è una legge politica. Se il primo titolo, relativo alle prerogative del Sommo Pontefice era necessario, anche in considerazione dei rapporti internazionali, non lo era il secondo, anzi le concessioni e le rinunce che esso contiene «sono l'effetto più tosto di un errore scientifico che di una necessità politica»[53]. Un'analisi distesa di tutta questa parte del volume offrirebbe una chiara immagine dell'impostazione fortemente giurisdizionalista di Scaduto. Ma darebbe anche piena testimonianza di un realismo che, al pari di Ruffini, lo conduce a distinguere le diverse situazioni di fatto della Chiesa cattolica e degli altri culti: situazioni differenti per le quali egli ritiene opportuno, anzi necessario, che la disciplina della Chiesa cattolica sia normativamente distinta dalla disciplina delle altre confessioni.

D'altro canto era la disciplina legale che distingueva la religione dello Stato e i «culti tollerati» o, come la denominazione era stata mutata nel Codice Zanardelli, i «culti ammessi». Si può notare come tale distinzione è non solo accettata da Scaduto quale ineliminabile dato normativo con cui confrontarsi, ma anche giudicata coerente col punto di vista dello Stato che conosce la Chiesa cattolica e le altre confessioni storicamente stanziate sul territorio italiano, ma deve pur sempre premunirsi di fronte ad altri culti potenzialmente pericolosi per la sicurezza e per la morale civile[54]. In questo senso, sulla scia dell'articolo 1 dello Statuto egli distingue un culto ufficiale, il cattolico; dei culti tollerati in senso «tecnico», cioè il valdese e l'israelitico, in quanto esistenti nel Regno di Sardegna al momento della concessione del-

---

negandole o concedendole come un'eccezione, non si potesse in tutto il resto fare un diritto comune. Gli errori scientifici sarebbero così diminuiti, ma, mantenendo le idee esagerate di incompetenza, non sarebbero cessati del tutto. Lo Stato non potrebbe, senza incorrere in pericoli per la sicurezza e per la moralità, riconoscere una associazione o fondazione o corporazione qualunque, senza prima averne esaminati gli Statuti, come colla Legge delle guarentigie, o meglio secondo tutta la nostra legislazione, lo concede alla Chiesa cattolica. Questa è una vasta organizzazione e fortemente ordinata, in genere non ha interessi personali egoistici; e, appunto perché vastamente organizzata ed ha interessi generali da tutelare, si rispetta. L'organizzazione della Chiesa cattolica, se è pericolosa per lo Stato riguardo alle sue tendenze usurpatrici delle attribuzioni e dei poteri del medesimo, offre del resto guarentigie rispetto ai delitti comuni, che non sarebbero sistematicamente tollerati dai capi; si aggiunga che la morale della Chiesa cattolica non differisce in molti punti dalla morale civile: la Chiesa cattolica dunque rispetto ai reati e alle immoralità comuni offre guarentigie in se medesima. Lo stesso, invece, non può dirsi di una sètta poco numerosa, priva di una vasta organizzazione, con un contenuto etico mal noto, o, come quello mormonico, notoriamente in gran parte immorale e direttamente contraddittorio alle leggi dello Stato». Su queste idee di Scaduto si è soffermato anche VARNIER, *Cultura giuridica e costruzione dello Stato nazionale*, cit., pp. 129 e nota 11 e 134.

[53] SCADUTO, *Guarentigie pontificie*, cit., §. 128, pp. 672 s. (= *Digesto Italiano*, cit., XXI.1, p. 691).

[54] Valutazione per la quale lo Stato è pienamente competente perché anche in uno Stato non confessionista «la separazione delle funzioni non implica che lo Stato non abbia il diritto di esaminare il contenuto etico e gli statuti dell'associazione o fondazione o corporazione religiosa prima di riconoscerla o tollerarla…». Lo Stato «è il supremo gerarca anche delle funzioni etiche». SCADUTO, *Guarentigie pontificie*, cit., §. 123, pp. 656 s. (= *Digesto Italiano*, cit., XXI.1, pp. 685 s.).

lo Statuto; culti tollerati «legalmente», in quanto siano stati oggetto di una qualche forma di «ricognizione» da parte dello Stato; culti tollerati in via di fatto; e, infine,

> culti non tollerati neppure di fatto, perché ritenuti contrari alle nostre leggi, o al nostro diritto pubblico od alla nostra morale; tali dovrebbero essere per esempio il mormonico ed il maomettano; ma ignoro se mai siano fatti dei tentativi per introdurli in Italia, e quali misure abbia mai adottato il Governo in proposito; si badi però che si tratterebbe di vietare solo l'esercizio esteriore (…)[55].

Agli occhi di Scaduto, dunque, la libertà di coscienza e di culto e la corrispondente uguaglianza degli individui e delle confessioni in questo campo incontrano un limite invalicabile nel diritto dello Stato di custodire i principî di diritto pubblico e, più a monte, l'etica civile sui quali lo Stato stesso si sostiene[56].

---

[55] Scaduto, *Diritto ecclesiastico*, cit., II, pp. 770 s. Ruffini prende in esame tale quintuplice distinzione di Scaduto, condividendo la validità della prima e della quinta categoria (culto ufficiale e culti non tollerati neanche di fatto), e ritenendo che si debba conglobare le tre categorie intermedie entro l'unica categoria di «culti non proibiti o ammessi»: Friedberg - Ruffini, *Trattato del diritto ecclesiastico cattolico ed evangelico* pp. 174 s. nota 32. Il fatto che il riconoscimento dei culti acattolici fosse prevalentemente implicito, e rimesso alle autorità amministrativa e giudiziaria nei profili applicativi, generava talvolta una giurisprudenza schizofrenica: come nel caso dell'Esercitò della salvezza, al quale la Cassazione di Torino riconobbe la qualità di culto nel 1892, qualità che fu negata dalla Cassazione di Roma nel 1903: Ruffini, *Corso di diritto ecclesiastico italiano*, cit., p. 213. Si trattava di idee condivise anche dalla dottrina costituzionalistica. Cfr. per esempio Santi Romano, *Il diritto pubblico italiano*, presentazione di Alberto Romano, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 99 s., secondo il quale sono ammessi nello Stato tutti i culti, presenti e futuri, «quando non siano contrari alle leggi riguardanti l'ordine pubblico e il buon costume». Il citato volume pubblica un lavoro rimasto inedito (risalente agli anni 1912-1914), destinato a costituire un contributo sullo *Staatsrecht des Königreichs Italien* (*Verfassungs- und Verwaltungsrecht*) che sarebbe dovuto essere pubblicato (e mai lo fu) in *Das öffentliche Recht der Gegenwart* dell'editore Mohr di Tübingen. Sugli interessi e la produzione ecclesiasticistica di Santi Romano v. Vincenzo Del Giudice, *Contributi di Santi Romano nello studio dei problemi di Diritto Canonico e di Diritto ecclesiastico*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1947, I, pp. 277-291; Francesco Finocchiaro, *Santi Romano e il Diritto ecclesiastico*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1975, I, pp. 173-187; Roberto Mazzola, *Santi Romano e la scienza ecclesiasticistica. Attualità e inattualità di un modello teorico*, in *La costruzione di una scienza per la nuova Italia: dal diritto canonico al diritto ecclesiastico*, a cura di Giovanni Battista Varnier, Macerata, Edizioni Università di Macerata, 2011, pp. 192-216.

[56] Un ricordo di queste idee di Scaduto riguardanti i mormoni e i musulmani si legge in Giovanni Battista Varnier, *La ricerca di una legge generale sulla libertà religiosa tra silenzi e rinnovate vecchie proposte*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 2007.1, pp. 197-204, a p. 202; Id., *Il diritto di libertà religiosa: le stagioni della storia e la voluntas legislatoris*, in *Proposta di riflessione per l'emanazione di una legge generale sulle libertà religiose*, a cura di Valerio Tozzi - Gianfranco Macrì - Marco Parisi (Collana di Studi di Diritto Canonico ed Ecclesiastico, Sez. Ecclesiasticistica 28) Torino, Giappichelli, 2010, pp. 3-17, alle pp. 8 s. Sulla classificazione dei culti in Scaduto v. anche Lillo, *I limiti all'esercizio*

In un'altra direzione, non dobbiamo certo immaginare uno Scaduto che dalla concreta situazione storica della Chiesa cattolica quale confessione dominante in Italia faccia scaturire conseguenze sul piano della necessità di una legislazione di privilegio in aderenza a tale situazione. Anzi, la sua posizione è fortemente critica nei confronti della Chiesa cattolica e questa critica si trasforma in un programma riformista reso esplicito in alcuni scritti del 1911 e 1913, sebbene di questo atteggiamento possano scorgersi le radici in lavori ben più risalenti e nella stessa sua produzione storico-giuridica. Nella prolusione romana del 1911, *Stato e confessioni religiose*, questioni metodologiche e approfondimenti sui principî giuridici sono frammisti a coraggiose affermazioni dal netto sapore politico[57]. Qui Scaduto non esita a parlare di una «contraddittorietà dell'organizzazione giuridica cattolica» con i principi del diritto pubblico moderno, la quale discenderebbe dalle concezioni latamente ierocratiche che, a suo dire, la Chiesa continuava a professare anche a quel tempo, e che si riscontrerebbe nel contrasto con il costituzionalismo e i principi di libertà ed uguaglianza che sono il «cardine del diritto pubblico moderno». Una contraddittorietà il cui effetto, a stretto rigor di logica, dovrebbe essere quello del trattamento della Chiesa «come ente pericoloso per lo Stato», con conseguente «divieto di esistenza»[58].

In un saggio del 1913 su *Indipendenza dello Stato e libertà della Chiesa* Scaduto va ancora oltre. Se è vero che il separatismo e l'incompetenza dello Stato in materia ecclesiastica non possono significare disinteresse dello Stato stesso nei confronti delle religioni presenti sul suo territorio, allora «il dovere del partito democratico e costituzionale sarebbe quello di propugnare la costituzionalizzazione e democratizzazione della Chiesa cattolica»[59]. Qui per «libertà della Chiesa» Scaduto intende «libertà nella Chiesa», in particolare libertà del popolo dei fedeli, che deve essere promossa anche attraverso azioni dello Stato. Quella dello Stato è «l'organizzazione prima», cioè primaria, alla quale deve adattarsi l'organizzazione della Chiesa[60]. Per questo lo Stato stesso dovrebbe promuovere *ab extra* ed esigere una serie di riforme

---

della libertà religiosa, cit., pp. 65 s. La non ammissibilità del culto mormonico è affermata anche da Domenico Schiappoli, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Napoli, Pierro, 1913, p. 85.

[57] Sulla prolusione romana v. Guarino, *Lo Scaduto dimenticato!*, cit., 143-147; Condorelli, *Il «Diritto Ecclesiastico» di Francesco Scaduto*, cit., p. 168 nota 67.

[58] Francesco Scaduto, *Stato e confessioni religiose*, Prolusione, Roma 29 novembre 1911, Roma, Stab. Tipografico «Iride», 1912, in particolare pp. 8 s. [già pubblicato in *Vita* (30 nov. 1911) e in *Cultura contemporanea* (gennaio 1912)].

[59] Francesco Scaduto, *Indipendenza dello Stato e libertà della Chiesa*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 5.1, 1913, pp. 403-417 (a p. 404).

[60] Scaduto, *Indipendenza dello Stato*, cit., p. 416.

nella Chiesa dalle quali si avvantaggerebbe la stessa compagine statale, rimuovendo quella «ipocrisia» che contraddistingue, a dire di Scaduto, gran parte del diritto pubblico ecclesiastico italiano. Un esempio fra i tanti che egli adduce: lo Stato riconosce la validità del matrimonio degli ecclesiastici, conformemente ai principi del separatismo; ma, se questi si sposano, poi porta ad esecuzione le decisioni canoniche relative alla destituzione dall'ufficio e alla privazione del beneficio. La conclusione è quasi un proclama:

> Lo Stato ha il dovere di dare alla Chiesa la libertà: ma libertà della Chiesa non significa solo emancipazione dello Stato e separatismo, significa pure libertà del popolo dei fedeli e del basso clero, e questa libertà non è ancora stata data dall'Italia[61].

Osserviamo, dunque, come in Scaduto la questione del rapporto tra libertà religiosa e uguaglianza si collochi in un quadro teorico alquanto complesso, venato da concezioni ideali riformistiche, progressiste e fortemente anticlericali, e come le affermazioni contenute nel saggio del 1914 non appaiano, quando si scenda nel concreto dei problemi, condotte alle conseguenze teoriche che la polemica con Ruffini potrebbe lasciare immaginare.

Comunque le convinzioni maturate ed espresse nello scritto del 1914 appaiono essere state una acquisizione definitiva nel pensiero di Scaduto: consolidatesi nel tempo, saranno riproposte con decisione e stringatezza nella quarta ed ultima edizione del suo manuale, pubblicata nel 1923.

Dal principio della «laicità dello Stato», intesa come «aconfessionismo»[62], Scaduto vede necessariamente scaturire il principio dell'uguaglianza tra le confessioni religiose. Il tema è riproposto attraverso la consueta dialettica tra i postulati del «diritto razionale» e il concreto assetto positivo dei rapporti fra Stato e confessioni religiose:

> Che dal punto di vista laico tutte le confessioni razionalmente abbiano diritto ad uguale trattamento, è intuitivo. La pretesa differenza di entità giuridica esiste, sì, ancora nel diritto positivo della maggior parte degli Stati civili; ma non corrisponde a giustizia; rappresenta un avanzo dei vecchi sistemi confessionisti o confessionalisti, avanzo molto ridotto e che tende sempre più a diminuire e scomparire[63].

---

[61] Scaduto, *Indipendenza dello Stato*, cit., p. 417.

[62] Francesco Scaduto, *Diritto ecclesiastico vigente in Italia. Manuale*, 4a. edizione rifatta e con referenza alla nuova legislazione, al Codex Iuris Canonici ed alle nuove provincie, vol. I, Cortona, Stab. Tip. Francini, 1923, p. 19.

[63] Scaduto, *Diritto ecclesiastico vigente in Italia. Manuale*, 4a. edizione, cit., p. 28.

Il valore sotteso a questa posizione è reso esplicito: dal disuguale regime giuridico delle confessioni religiose deriva una disuguaglianza nei diritti delle minoranze che si riverbera sull'uguaglianza civile dei singoli individui. Tale conseguenza – a dire di Scaduto – è in contrasto con i principî razionali del «diritto pubblico moderno». Poiché la religione non è unica, né rappresenta un «bisogno pubblico», in materia di religione lo Stato non può e non deve esigere il sacrificio della condizione dei singoli o delle minoranze rispetto agli appartenenti a una confessione privilegiata:

> L'invocazione, poi, di un preteso diritto della maggioranza sulla minoranza o sulle minoranze, è contrario al Diritto Pubblico moderno rispettoso delle minoranze. E tale preteso diritto della maggioranza meno che mai sarebbe invocabile in materia religiosa, siccome quella che, per natura sua intrinseca, non richiede coercizione delle minoranze per necessità della collettività. Certi bisogni pubblici generali e necessari esigono il sacrifizio delle opinioni delle minoranze; così il servizio militare, il pagamento delle imposte, ecc., ai quali ogni cittadino deve sottostare, anche se sia antimilitarista e pacifista ad oltranza o contrario all'estensione dei servizii statali, ecc.; ma la religione non è unica, né bisogno pubblico, non è necessario che sia questa o quella, né che vi sia; onde non è necessario il sacrificio dei credenti di minoranza verso i credenti di maggioranza, né il sacrifizio degli increduli verso i credenti, né quello dei credenti verso gl'increduli[64].

La concreta posizione di preminenza di una confessione all'interno di un dato ordinamento non è in sé una ragione che possa essere invocata per ostacolare le necessarie riforme. La posizione teorica di Scaduto assume dunque una decisa proiezione politica:

> L'invocazione, poi, del diritto positivo, che sia ancora, quantunque molto ridottamente, di privilegio di una o più confessioni contro le altre, significa mantenimento di ingiustizia per mezzo di fossilizzazione. Con tale criterio non si sarebbero abolite la schiavitù, la feudalità, il fedecommesso, ecc.[65]

6. Se torniamo a Ruffini, vediamo che questi condivide con Scaduto l'idea che la condizione delle confessioni religiose debba essere considerata in un quadro dominato dalla sovranità dello Stato. Alcune affermazioni sono assolutamente eloquenti:

---

[64] Scaduto, *Diritto ecclesiastico vigente in Italia. Manuale*, 4a. edizione, cit., pp. 28 s.

[65] Scaduto, *Diritto ecclesiastico vigente in Italia. Manuale*, 4a. edizione, cit., p. 29.

> Chi riconosce alla Chiesa una sfera di libertà è lo Stato. Cotesta immunità dalle antiche ingerenze e interferenze ecclesiastiche, lo Stato se le (sic) arroga ora da sé, *jure imperii*. Questo è quanto costituisce il cosiddetto Stato laico; il quale non è certo un portato né dell'opera né della cooperazione della Chiesa. Il che basta a dimostrare che in ogni caso, quale che sia la posizione attribuita alla Chiesa o alle Chiese, esse dipendono sempre dalla autorità dello Stato[66].

Tenuto fermo questo principio, è compito dello Stato stabilire la posizione delle Chiese come istituzioni o di diritto pubblico o di diritto privato. Opera alla quale lo Stato dovrebbe attendere alla luce di due ulteriori principî direttivi: favorire nella misura più larga la libertà religiosa, tenendo in considerazione le condizioni storiche e sociali delle diverse confessioni religiose, e garantire dall'altro lato la «supremazia dello Stato di contro alle Chiese»[67].

Che Ruffini non fosse comunque disponibile a sacrificare la libertà religiosa delle minoranze sull'altare dei privilegi attribuiti alla religione cattolica emerge con chiarezza dalla fermissima posizione che assunse allorché, poco dopo l'ascesa al potere di Mussolini, fu emanato l'editto sulla stampa del 15 luglio 1923[68]. Esso ledeva la libertà religiosa reintroducendo il concetto di vilipendio di religione dello Stato come ragione di restrizioni prefettizie e sanzioni, mentre taceva degli altri culti. Le posizioni tenute da Ruffini, anche sulla stampa quotidiana, nell'immediatezza dell'emanazione del provvedimento sono raccolte e coordinate in un più ampio quadro argomentativo in un corposo saggio incluso nel volume sui *Diritti di libertà*, pubblicato nel 1926[69]. Libro che, nel complesso, mostra la solida fiducia nelle garanzie di libertà offerte da uno Statuto che aveva costituito la base di uno svolgimento costituzionale in senso liberale nel corso dei decenni intercorsi tra l'unità e la

---

66 Ruffini, *Corso di diritto ecclesiastico italiano*, cit., p. 417.

67 Ruffini, *Corso di diritto ecclesiastico italiano*, cit., p. 419. Da questo punto di vista, l'orizzonte culturale di Ruffini sembra coincidere con quello di Scaduto nella concezione di una libertà religiosa (delle istituzioni e delle persone) come sfera soggettiva riconosciuta dall'ordinamento giuridico e dal diritto positivo. Su questa concezione v. Gaetano Lo Castro, *Diritto e libertà. La libertà religiosa*, in Id., *Il mistero del diritto*. III. *L'uomo, il diritto, la giustizia* (Collana di Studi di Diritto Canonico ed Ecclesiastico, Sezione canonistica 41), Torino, Giappichelli, 2012, pp. 161-193, in particolare p. 174-177.

68 RD 15 luglio 1923, n. 3288, convertito nella legge 31 dic. 1925, n. 2309.

69 Francesco Ruffini, *Il nuovo regime italiano della stampa e la libertà religiosa*, in Id., *Diritti di libertà*, con introduzione di Piero Calamandrei, rist. della II ed. del 1946, Firenze, La Nuova Italia, 1975, pp. 65-87.

prima guerra mondiale[70]. Ruffini avvertiva con chiarezza i segni minacciosi del cambiamento e della regressione:

> il Popolo italiano continuerà a godere di quelle libertà costituzionali, che lo Statuto garantiva da più che tre quarti di secolo, o ne sarà ad un tratto spogliato?[71]

Le nuove disposizioni sulla stampa rappresentavano un passo indietro non solo rispetto al Codice penale del 1889, ma anche rispetto all'editto carloalbertino del 26 marzo 1848, che, se nell'art. 16 puniva le offese contro la religione dello Stato, nell'art. 18 prevedeva anche la punizione dei fatti commessi in offesa di alcuno dei culti tollerati nello Stato. Per Ruffini le leggi che puniscano in modo diverso i reati contro il sentimento religioso e la libertà di religione sono lesive della libertà di coscienza e dei culti:

> Orbene, dato un siffatto sistema, ne consegue incontrovertibilmente che un più di punizione contro le offese e gli attentati significhi necessariamente un più di protezione e implichi, di conseguenza, un più di libertà religiosa; e che, inversamente, un meno di proscrizione significhi un meno di libertà. Uguale libertà importa uguale protezione. In queste materie, delicatissime fra tutte del diritto pubblico, anche gli imponderabili possono far traboccare la sensibilissima bilancia della giustizia[72].

Ruffini è consapevole che rispetto a questa affermazione potrebbe essere portata un'obiezione sostenuta nella polemica con Scaduto, e cioè che alla Chiesa cattolica possa e debba essere applicato un *ius singulare* «in considerazione appunto della importanza storica, sociale, spirituale incomparabile che la Chiesa cattolica ha nel nostro paese»[73]. Ora Ruffini tiene a sgombrare il campo da ogni equivoco che possa nascere da tale posizione, precisando che se è vero che bisogna dare non a tutti lo stesso, ma a ciascuno il suo, questo vale per quanto attiene alla «organizzazione giuridica» della Chiesa cattolica, che è diversa da quella di altri culti:

> Ma un'uguaglianza perfetta in fatto di libertà di coscienza e in fatto di libertà di culto, e cioè quanto al diritto di credere a quello che si voglia o di

---

[70] Come appare evidente nel saggio *I diritti di libertà e lo Statuto*, in Ruffini, *Diritti di libertà*, cit., pp. 139-143.

[71] Ruffini, *Diritti di libertà*, cit., p. lix, prefazione della I ed. del 1926.

[72] Ruffini, *Il nuovo regime italiano della stampa e la libertà religiosa*, cit., p. 80.

[73] Ruffini, *Il nuovo regime italiano della stampa e la libertà religiosa*, cit., pp. 82-84.

> non credere, se non si vuole, a nulla e di manifestare tale credenza o miscredenza, e quanto ancora al diritto di esercitare in comune, e con atti esteriori di culto, la propria religione, è il proprio di tutti i cittadini italiani, senza la menoma distinzione possibile; è il proprio di tutte le associazioni di culto ammesse nello Stato, senza la minima distinzione possibile. In questo campo il numero, la importanza sociale e tutto il resto non contano. Conta solo la coscienza, che deve fruire di una medesima identica tutela giuridica quanto alle sue manifestazioni esteriori, individuali o collettive[74].

L'esigenza di rispettare le differenze «organizzative» e le condizioni storiche delle confessioni religiose convive pertanto con la necessità di garantire una piena e perfetta uguaglianza in materia di libertà di coscienza e di culto.

Due anni prima, nelle pagine conclusive del corso su *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, Ruffini era ritornato sul contrasto di opinioni con Scaduto[75]. Ripercorrendo i termini della polemica, ribadisce le posizioni maturate nel 1913 e riconduce il senso ultimo del dissidio alla diversa prospettiva dalla quale il rapporto tra libertà uguaglianza può essere guardato: sotto il profilo della libertà di coscienza e di culto (che esige l'uguaglianza) e sotto quello della posizione giuridica delle confessioni religiose e delle rispettive istituzioni, che legittima le differenze nel regime giuridico che, come abbiamo visto, lo stesso Scaduto ammetteva. Ruffini riconosce che in fondo il dissidio con Scaduto è «più formale che sostanziale», ed è causato dal fatto che Scaduto aveva immesso nella sua costruzione giuridica quello che in verità era «un suo pio desiderio», come testimoniano l'aggettivo «razionale» e l'avverbio «razionalmente» che Scaduto soleva utilizzare per distinguere, nello svolgersi delle sue argomentazioni, il piano storico da quello positivo e da quello, appunto, «razionale». Sul punto Ruffini precisa di aver sempre distinto e di voler sempre distinguere e separare le sue «convinzioni e aspirazioni politiche» dalle «concezioni e costruzioni scientifiche»[76].

7. La politica ecclesiastica del fascismo, culminante con i Patti Lateranensi, fu intesa a restituire alla religione cattolica il ruolo preminente che le era stato riconosciuto nell'articolo 1 dello Statuto, e conseguentemente si allontanò dal principio della parità dei culti che alcuni «liberali estremi» come

---

[74] Ruffini, *Il nuovo regime italiano della stampa e la libertà religiosa*, cit., pp. 84 s.

[75] Ruffini, *Corso di diritto ecclesiastico italiano*, cit., pp. 423-427. Su queste pagine e sulle concezioni ad esse sottese v. anche Ferrari nella *Introduzione* alla ristampa del *Corso* (cit. sopra, nota 38), pp. 40-43.

[76] Ruffini, *Corso di diritto ecclesiastico italiano*, cit., p. 427 e nota 1.

Scaduto giudicavano indispensabile perché si realizzasse una vera libertà religiosa[77]. I fatti sono noti. Ruffini, avvertendo nei Patti un pericolo per la libertà religiosa[78], votò contro la loro ratifica, diversamente da Scaduto che, come rievocava Jemolo,

> è stato sulla cattedra il sostenitore della tradizione giurisdizionalista, che nel 1913 (*sic*) in polemica con Francesco Ruffini ha negato poterci essere piena libertà religiosa in uno Stato, se non sia fatta identità di trattamento giuridico a tutte le confessioni religiose, che nel 1915 ha scritto per la sospensione della legge delle guarentigie durante la guerra[79].

Forse segno, questo, di una progressiva adesione di Scaduto al programma politico del fascismo[80], o forse solo di un atteggiamento disposto a sa-

---

[77] Così in sintesi Orio Giacchi, *La legislazione italiana sui culti ammessi*, Milano, Vita e Pensiero, 1934, pp. 7 s.

[78] Arturo Carlo Jemolo, *Libertà e parità*, in Id., *I problemi pratici della libertà*, II ed., Milano, Giuffrè, 1972 (I ed. 1961), p. 70.

[79] Arturo Carlo Jemolo, *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*, Torino, Einaudi 1971, p. 497. Sulla posizione di Scaduto rispetto al Concordato v. Guarino, *Lo Scaduto dimenticato!*, cit., pp. 155-159, alla luce dello scritto di Francesco Scaduto, *La conciliazione dello Stato italiano con la S. Sede*, in *Rivista di Diritto Pubblico e della Pubblica Amministrazione in Italia*, serie II, anno 21, parte I, 1929, pp. 69-80. Fra gli aspetti vantaggiosi degli accordi individuati da Scaduto vi è quello «che cessa completamente il dissidio tra la coscienza di italiano e la coscienza di cattolico nei suoi cittadini, dissidio oramai già ridotto di intensità ma, nondimeno, ancora persistente» (p. 79). A suo giudizio la conciliazione era stata conclusa, là dove in precedenza alcuni tentativi erano falliti, perché «un Uomo eccezionale, avendo creato una situazione politica interna eccezionale ed avendola stabilizzata, avendo rinnovata la coscienza pubblica ed avendo trasformato la mentalità degli organi legislativi, sicuro dell'approvazione, ha potuto concludere e ha concluso» (p. 80).

[80] In questo senso Carlo Fantappiè, *Francesco Scaduto e il Concordato Lateranense. Dalla polemica di «Ignotus» sul monopolio nella formazione dei giovani alle lezioni universitarie inedite del 1930-1931*, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, 1995.1, pp. 307-341, a p. 324, il quale (p. 326) propende per attribuire a Francesco Scaduto l'opuscolo di Ignotus, *Stato fascista, Chiesa e scuola*, Roma, Libreria del Littorio, 1929, nel quale vi è un accenno (p. 86) a «un senatore siciliano, valente giurista, professore universitario… nonché fervente massone», che «ai suoi vecchi compagni di fede» giustificava «il proprio voto favorevole agli accordi lateranensi» in ragione di una esplicita dichiarazione di Benito Mussolini che l'approvazione dei Patti non toccava la piena libertà di discussione in materia religiosa. L'identificazione di *Ignotus* con Scaduto, allora settantunenne professore della Sapienza di Roma e senatore del Regno, mi lascia perplesso, ma non è questa l'occasione per affrontare tale questione. L'identificazione era parsa poco verosimile ad Arturo Carlo Jemolo, in una lettera inviata a Mario Falco il 29 gennaio 1930: «Hai letto *Ignotus*? qualcuno (*cioè E. Buonaiuti*) vi ha ravvisato Scad.[uto], ma penso sia da escludere per il cenno che è di Scad.[uto] stesso in una certa pagina, e che non può essere di mano sua» [Arturo Carlo Jemolo, *Lettere a Mario Falco*. II. *(1928-1943)*, a cura di Maria Vismara Missiroli (Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno 89), Milano, Giuffrè, 2009, p. 145; cfr. *Lettere di Ernesto Buonaiuti ad Arturo Carlo Jemolo 1921-1941*, a cura di Carlo Fantappiè, con introduzione di Francesco Margiotta Broglio (Pubblicazioni degli Archivi di Stato, Fonti 24), Roma, Ministero per i Beni Culturali e Ambientali, Ufficio Centrale per i Beni Archivistici, 1997, pp. 181 s., lettera datata Roma, 9 gennaio 1930].

crificare la coerenza ideale e scientifica sull'altare dell'opportunità politica. Nelle parole di Jemolo, «uno dei tanti esempi della modesta guida che possono essere nella vita le elaborazioni dottrinali»[81].

Come che sia, lo Scaduto professore avvertì bene il cambiamento di rotta operato dai Patti Lateranensi, pur riconoscendo le potenzialità in certa misura riequilibratrici della legge sui «culti ammessi» (l. 1159 del 1929) e la persistenza, nella nuova legislazione, di alcuni strumenti di controllo e tutela tipici della politica giurisdizionalistica. Il quadro, con le sue sfumature, è definito già nel corso di lezioni sulla nuova legislazione tenuto nel 1930/31[82]:

> In quanto al confessionismo (che prima non c'era) e all'uguaglianza dei culti (che di fatti c'era) oggi si potrebbe dire che il confessionismo è completo e l'uguaglianza dei culti non esiste più[83].

Ma, a controbilanciare questa prima impressione, sta per esempio la constatazione che la legge sui culti ammessi prevede la celebrazione di matrimoni con effetti civili anche da parte dei ministri dei culti acattolici, circostanza che impediva alla Chiesa cattolica di credere che tale facoltà fosse esclusivamente riservata ai propri ministri. Non di meno, con i Patti erano stati modificati alcuni «principi fondamentali dello Stato italiano in materia ecclesiastica». I principi del diritto pubblico anteriore erano la «separazione tra Stato e Chiesa» e «libera Chiesa in libero Stato». I nuovi sono individuati nella «ingerenza dello Stato» in materia di enti ecclesiastici; nel «confessionismo dello Stato», che però appare «limitato» dalle disposizioni sui «culti ammessi»; nella «collaborazione fra Stato e Chiesa in quanto essi mirano ad un medesimo fine», che sostituisce il principio separatistico[84].

8. Agli occhi della dottrina contemporanea, non solo ecclesiasticistica[85] ma anche costituzionalistica[86], il modello disegnato da Ruffini fu quello vin-

---

[81] Jemolo, *Libertà e parità*, cit., p. 70.

[82] Nel citato saggio di Fantappiè, *Francesco Scaduto e il Concordato Lateranense*, pp. 332-341, sono pubblicate sette lezioni sulla nuova legislazione concordataria tenute nell'Università di Roma per l'anno accademico 1930-31 (Siena, BCUS, Carte Scaduto, Lezioni ed attività accademica, n. 12), dalle quali sono tratte le citazioni nel testo.

[83] Fantappiè, *Francesco Scaduto e il Concordato Lateranense*, cit., p. 334 (lezione I).

[84] Fantappiè, *Francesco Scaduto e il Concordato Lateranense*, cit., p. 339-341 (lezione VII).

[85] Una piena adesione agli argomenti portati da Ruffini, seppure senza citazione della fonte (non so se il volume del 1901 o il saggio del 1913), mostra anche l'allievo di Scaduto Schiappoli, *Manuale di diritto ecclesiastico*, cit., p. 108.

[86] Carmelo Caristia, *Il diritto costituzionale nella dottrina recentissima*, Torino, F.lli Bocca Editori,

cente, e le ragioni sono agevoli da comprendere. Quando, nel 1931, Cesare Magni scriveva *Intorno al nuovo diritto dei culti acattolici ammessi in Italia*, riconosceva che

> se il concetto di parità secondo il Ruffini poteva apparire teoricamente meno convincente di quello di Scaduto, date le premesse di aconfessionismo statuale, esso appariva invece eccellente quanto a valore pratico, date le condizioni storiche e sociali di quel tempo, e offriva un sicuro e saldo orientamento soprattutto nello studio del nostro diritto positivo…[87].

Anche dopo il 1929, in sostanza, il modello di Ruffini, alieno dalle proiezioni «razionali» di Scaduto, era quello che meglio riusciva a dare ragione del vigente assetto di relazioni tra lo Stato e le confessioni religiose[88]. Si può dunque condividere l'affermazione che l'autorevolezza di un giurista liberale come Ruffini si prestava a giustificare il «processo di riconfessionalizzazione dello Stato che… andava accentuando la distanza tra la Chiesa cattolica e

---

1915, dedica un cospicuo capitolo (pp. 65-91) a *Il separatismo e la libertà religiosa*. L'autore non prende in considerazione alcuno scritto di Scaduto. Piuttosto, prende in esame la prolusione di Falco, alla quale aderisce condividendone la prospettiva empirica; il coevo volume di Del Giudice, che critica per la sua astrattezza e il suo «ossequio profondo alla norma costituita, alieno da qualsiasi giudizio critico o impurità politica che riconduca alle modeste ragioni della pratica» (p. 73); lo scritto di Ruffini del 1913, che condivide pienamente quanto all'idea della «assoluta irrilevanza che questa imparità di trattamento» – cioè quella giustificata dalle effettive condizioni delle diverse confessioni – «ha dal punto di vista della garanzia della libertà di coscienza e di culto».

[87] Cesare Magni, *Intorno al nuovo diritto dei culti acattolici ammessi in Italia (Concetto e sistema del nuovo diritto dei culti acattolici ammessi e condizione giuridica di ministri ed enti dei culti medesimi)*, in *Studi Sassaresi*, serie II, vol. IX, fasc. 1-2, 1931, pp. 1-143 dell'estratto, ricostruisce e discute le argomentazioni di Ruffini e Scaduto alle pp. 26-38 (pp. 36 s. per la citazione).

[88] Magni mette bene in evidenza che se la replica di Scaduto era partita da una prospettiva di teoria generale, essa doveva pur sempre scontrarsi (e questo a Scaduto era chiarissimo) con i concreti assetti del diritto positivo italiano (Magni, *Intorno al nuovo diritto dei culti acattolici ammessi*, cit., pp. 33 s.): «a nostro avviso, la forza logica del ragionamento dello Scaduto appare incontestabile una volta che si parta dalla premessa non solo dell'aconfessionalità dello Stato ma anche del separatismo. In sede logica nessuna obbiezione si poteva fare, secondo noi, al ragionamento dello Scaduto quando questi concetti si intendessero applicati da uno Stato non soltanto aconfessionistico ma anche separatistico, che applica cioè alle persone giuridiche con fine di culto il diritto privato (salve le norme di diritto pubblico riguardanti la libertà di associazione e la libertà religiosa dei singoli). Naturalmente più difficile era conciliare quel concetto dell'eguaglianza enunciato dallo Scaduto con un sistema che avesse applicato il principio (accennato dallo stesso Scaduto a proposito del nostro diritto positivo) che le persone giuridiche con fine di culto devono essere considerate di interesse pubblico e sottoposte al diritto pubblico. Infatti lo Scaduto ha enunciato quel principio (che tutti gli enti a fine di culto debbano essere considerati istituti pubblici non autarchici) in sede di interpretazione del diritto vigente prima del Concordato: considerando questa opinione da un punto di vista teorico essa andava però ricollegata ad una delle tante applicazioni del sistema aconfessionistico non separatistico ma giurisdizionalistico…».

le altre confessioni religiose»[89]. Persino uomini delle cui inclinazioni liberali oggi non è lecito dubitare, come ad esempio Arturo Carlo Jemolo, non esitavano a sostenere che lo Stato aveva adempiuto il suo compito riconoscendo la piena libertà di coscienza e di culto dei singoli e delle confessioni; e che le disparità legislative presenti in altri settori della vita delle confessioni religiose non dovevano destare sorpresa, preoccupazione o biasimo più di quanto destassero sorpresa, preoccupazione o biasimo altri sacrifici che lo Stato imponeva a quella parte dei cittadini che di volta in volta non condividessero le proprie politiche fiscali, internazionali, militari, etc.:

> Non è questa la storia di tutti i tempi? Perché solo per il fattore religioso questa particolarissima preoccupazione dei diritti del singolo?[90]

---

[89] Ferrari, *Introduzione* a Ruffini, *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, cit., p. 42.

[90] Così Arturo Carlo Jemolo, *Religione dello Stato e confessioni ammesse*, in *Nuovi Studi di Diritto, Economia, Politica*, 1.1, Roma, 1930, pp. 21-44, alle pp. 27 s. In questo saggio, peraltro, Jemolo interpretava la legge sui culti ammessi sottolineandole gli elementi di continuità con la precedente legislazione di epoca liberale (l'art. 4 riproduce l'art. unico della l. 735/1848, e l'art. 5 ricalca l'art. 2 comma 4 della Legge delle Guarentigie), e riconosceva alle confessioni acattoliche il diritto al proselitismo, cosa che invece era negata da altri giuristi (per esempio Giacchi, *La legislazione italiana sui culti ammessi*, cit., pp. 89-104, sulla scia di Vincenzo Del Giudice e contro Jemolo e Magni) e dalla giurisprudenza: sul tema v. Carlo Cardia, *Ateismo e libertà religiosa nell'ordinamento giuridico, nella scuola, nell'informazione, dall'Unità ai nostri giorni* (Dissensi 46), Bari, De Donato, 1973, pp. 66-69, anche con riferimento a una sentenza della Corte d'Appello di Roma del 1936.
Una valutazione decisamente positiva e di impronta liberale della legge sui culti ammessi è data anche da Mario Piacentini, *Il culti ammessi nello Stato italiano*, Milano, U. Hoepli, 1934², il quale fra l'altro riteneva che il diritto di far propaganda e proselitismo fosse incluso nella libertà di discussione in materia religiosa sancito dall'art. 5 (pp. 9 e 62-68). A suo giudizio il problema non stava nella legge, che giudicava «legge costituzionale per eccellenza» (p. 9). Altre erano le «ombre del sistema» (pp. 24 s.): oltre alla disciplina del nuovo Codice penale (art. 402-406), denunciava il risorgere preoccupante della «intolleranza di fatto, la quale è peggiore di quella sancita dalle leggi scritte». E riferiva: «Taluni funzionari, che non hanno ben compreso lo spirito delle leggi fasciste le quali garentiscono la piena tutela della libertà di coscienza e di culto dei cittadini, dimenticano spesso di essere servitori dello Stato e subiscono, in modo ingiustificato, le pressioni fatte da qualche intollerante, al fine di ostacolare la libertà di propaganda o di proselitismo; o di far trasferire o addirittura licenziare dai loro posto alcuni funzionari o insegnanti acattolici; o di impedire la concessione di quelle autorizzazioni alle quali è subordinata l'esplicazione dell'attività religiosa da parte degli istituti cattolici e dei relativi ministri di culto». Nella premessa di un volumetto pubblicato a dieci anni dall'entrata in vigore della legge, i toni di Piacentini gettano ombre decisamente più pesanti sulla futura applicazione della legge, e questo nonostante l'autore si definisca un «ottimista irriducibile», e dichiari di confidare che «un grande popolo, come quello che è stato plasmato dallo Stato fascista», non possa «non avere l'ambizione di seguire una politica ecclesiastica che sia veramente degna del suo prestigio universale ed imperiale; e, cioè, una politica improntata da questi due ideali veramente luminosi: rispetto assoluto del Cattolicesimo che è la religione della stragrande maggioranza dei popoli latini; rispetto assoluto, altresì, della libertà di coscienza e di culto, la quale costituisce una conquista insopprimibile dello Stato moderno» (Mario Piacentini, *Nel decennale della legge sui culti ammessi*, Firenze, Cya, 1940, pp. 16 s.). Sulla poco nota figura di questo autore (1887-1967) v. Francesco Migliorino, *Piacentini Mario*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, cit., II, pp. 1567 s. Per una valutazione di questa stagione dottrinale alle prese con la nuova legislazione

Sarebbe scontato notare che affermazioni del genere mostrano una sensibilità nei confronti del problema della libertà religiosa diversa da quella attuale, almeno per quanto omettono di rilevare che accentuate e moltiplicate disparità di trattamento possono tradursi a danno della libertà di coscienza e di culto (come notava Scaduto nel 1923)[91]. È questo il retaggio della concezione liberale della libertà religiosa intesa come libertà negativa, cioè come garanzia di immunità dalle ingerenze dello Stato nella coscienza dell'individuo[92]. Non si può non notare, inoltre, che tali affermazioni si collocano in un quadro costituzionale che riconosceva la religione cattolica come sola religione dello Stato e nel clima di rinnovato confessionismo inaugurato dai Patti Lateranensi. Per lo Jemolo del 1929, come per gli uomini del suo tempo, il concreto termine di paragone rispetto al sistema vigente non stava tanto in una assoluta uguaglianza delle confessioni religiose davanti alla legge – come pure aveva auspicato Scaduto sul piano del «diritto razionale» –, quanto nel complesso di privilegi e discriminazioni odiose che ancora persistevano alla metà dell'Ottocento e che la politica dello Stato liberale aveva passo dopo passo smantellato. Vi era la fiducia che la nuova posizione giuridica acquisita dalla Chiesa cattolica e dalle sue istituzioni non valesse a pregiudicare le garanzie di uguaglianza dei cittadini senza differenza di religione che la legge sui culti ammessi aveva reiterato sulla scia della legislazione liberale (l. 1159 del 1929, art. 4).

In tutt'altro contesto storico, e sulla scia di consapevolezze progressivamente maturate nel corso degli anni, nel 1961 Arturo Carlo Jemolo riferiva della «cortese polemica» tra Scaduto e Ruffini in un capitolo dei suoi *Problemi pratici della libertà* centrato sui rapporti tra *Libertà e parità*[93]. Con franchezza dava atto di come il consenso dottrinale guadagnato da Ruffini era stato messo a dura prova nel confronto con la realtà del regime liberticida:

> Allorché si svolgeva la discussione, sarebbe sembrato assurdo in Italia dire che protestanti od israeliti fossero in condizioni deteriori, le parole di Ruffini sembravano ispirate al vero liberalismo, non dogmatico, dove il dato teorico era passato al vaglio del buon senso, e si avvertiva un che di settarismo, o

---

sui culti ammessi cfr. MARIO TEDESCHI, *La legge sui culti ammessi*, in *Dalla legge sui culti ammessi al progetto di Legge sulla libertà religiosa (1 marzo 2002)*. Atti del Convegno di Ferrara del 25-26 ottobre 2002, a cura di GIUSEPPE LEZIROLI, Napoli, Jovene, 2004, pp. 35-47; anche in ID., *Studi di diritto ecclesiastico*, Napoli, Jovene, 2002, pp. 123-138.

[91] Cfr. sopra, testo alle note 62-65.

[92] Su questi aspetti v. LILLO, *I limiti all'esercizio della libertà religiosa*, cit., pp. 40-52.

[93] ARTURO CARLO JEMOLO, *Libertà e parità*, cit., pp. 63-71.

> almeno di dogmatismo, nella tesi dello Scaduto. Ma qualche lustro più tardi parecchi si chiedevano se non fosse stato quest'ultimo ad intuire la verità[94].

E ancora nel 1967, ricordando la polemica nel quadro di una rievocazione della figura e dell'opera scientifica di Francesco Scaduto, Jemolo notava come la riaffermata centralità dell'articolo 1 dello Statuto e le norme discriminatrici emanate nel ventennio fascista avessero proiettato i loro effetti fin dentro l'ordinamento repubblicano:

> In quegli anni fummo quasi tutti con Ruffini; l'art. 1 dello Statuto appariva un relitto storico, qualcosa come uno scudo araldico scolpito su una facciata a ricordare l'antico signore del palazzo, che non poteva più dare noia a nessuno; esso non aveva impedito una politica anticlericale, atti di ostilità alla Chiesa che già non apparivano più giustificabili alla coscienza contemporanea[95]. Ma l'esperienza del poi mostrò invece che si trattava di una radice che poteva dare nuovi germogli, ed ancora dopo l'avvento della Repubblica occorsero dure battaglie per ottenere l'applicazione della piena libertà religiosa, che non può non essere anche libertà di proselitismo[96].

Sebbene personalmente ritenesse che il problema dell'uguaglianza non potesse risolversi in termini strettamente aritmetici, ma occorresse rifarsi al «sentire comune di un certo periodo»[97], Jemolo notava che, quando i pro-

---

[94] Jemolo, *Libertà e parità*, cit., p. 65 s. E proseguendo, poco oltre (p. 69), non esitava a sottolineare che, pur nel vigore della Costituzione repubblicana, sarebbe «difficile negare che un valdese od un israelita si sentissero più cittadini *optimo iure* nell'Italia del 1914 che in quella d'oggi, ed in particolare in quella degli anni 1947-62». È verosimilmente sulla scia di tali considerazioni che lo stesso Jemolo si rammaricava che Guido Fubini non avesse ricordato la polemica tra Scaduto e Ruffini nel suo libro sull'ebraismo italiano: Arturo Carlo Jemolo, *Presentazione* (1974) di Guido Fubini, *La condizione giuridica dell'ebraismo italiano*, seconda edizione, Torino, Rosenberg & Sellier, 1998, pp. 7-17, alle pp. 7 s. La circostanza è ricordata da Alberto Cavaglion, *Jemolo e in mondo ebraico*, in *La lezione di un maestro. Atti del Convegno in memoria di Arturo Carlo Jemolo*, Torino, 8 giugno 2001, a cura di Rinaldo Bertolino - Ilaria Zuanazzi (Collana di Studi di Diritto Canonico ed Ecclesiastico. Sezione ecclesiasticistica 24), Torino, Giappichelli, 2005, pp. 37-65, in particolare pp. 61-63.

[95] In altra sede Jemolo aveva notato che «quell'articolo, di natura puramente programmatica, non aveva mai impedito alla politica ecclesiastica italiana di battere qualsiasi via, anche le più pregiudizievoli alla Chiesa»: Arturo Carlo Jemolo, *Considerazioni sulle costituzioni e sul problema costituzionale italiano*, in *Lo Statuto Albertino*, a cura di Arturo Carlo Jemolo e Massimo Severo Giannini, Firenze, Sansoni, 1946, p. 29.

[96] Arturo Carlo Jemolo, *Introduzione* a Francesco Scaduto, *Stato e Chiesa nelle Due Sicilie dai Normanni ai nostri giorni, secoli XI-XIX*, Palermo, Amenta, 1887; rist. Palermo, Edizioni della Regione Siciliana, 1967, pp. 9-21, a p. 14. Un breve ricordo della polemica con Ruffini è contenuto anche nelle bella commemorazione di Arturo Carlo Jemolo, *Francesco Scaduto*, in *Rivista di Diritto Pubblico*, 1943.1, pp. 16-26, a p. 22.

[97] Jemolo, *Libertà e parità*, cit., p. 66: «in realtà, come tutto ciò che si agita nell'ambito delle nostre

blemi si pongono nella pratica, l'affermazione che la giustizia consiste nel dare a ciascuno il suo e non a tutti lo stesso diviene un argomento tipico dei «sostenitori dell'assetto vigente»; al contrario, coloro che aspirano alla tutela dei più deboli o delle minoranze avvertono quanto insidioso sia tale argomento, per la difficoltà di stabilire quale sia il proprio di ciascuno e per i pericoli insiti in una «giustizia distributiva… operata dal più forte»[98].

9. Penso che questo ritornare e questo insistere di Jemolo sulla polemica tra Scaduto e Ruffini abbia non solo il senso della rievocazione storica di una questione storicamente datata ed esaurita nella sua rilevanza[99]. Se la questione, con riferimento ai due maestri italiani che prima l'avevano dibattuta, è stata riproposta in un volume nato dall'insegnamento impartito agli studenti, così è stato per la convinzione del valore, per così dire, «pedagogico» che essa possiede. Il tema del rapporto tra uguaglianza e libertà appare infatti un nodo intrinseco alle problematiche del diritto ecclesiastico sia prima che dopo il 1948, e coinvolge problemi pratici che assumono diversa configurazione e diversa soluzione nella vita e nella storia, problemi per i quali, per dirla al modo di Jemolo «soltanto i semplici trovano che la risposta è ovvia»[100]. In questo senso mi sembra legittimo parlare di «attualità» di Fran-

---

discipline, neppure la questione di eguaglianza può porsi qui in termini aritmetici (se pure secondo il vocabolario nessuna espressione come quella di 'eguale' richiami l'aritmetica): è al sentire comune di un certo periodo, che apprezza più o meno dati elementi, che bisogna rifarsi».

[98] JEMOLO, *Libertà e parità*, cit., p. 64. E, a uno sguardo retrospettivo, non si può non condividere il giudizio di chi ha affermato che «l'esperienza, pur successiva all'entrata in vigore della Costituzione del 1948, dimostra a quali fini 'anticostituzionali' è valso il criterio anzidetto (*cioè quello sintetizzato nella formula di Ruffini*), proprio in materia ecclesiastica»: così FRANCESCO FINOCCHIARO, *Confessioni religiose e libertà religiosa nella Costituzione. Art. 7-8-19-20* (Estratto dal Commentario della Costituzione a cura di Giuseppe Branca), Bologna – Roma, Zanichelli – Soc. Ed. del Foro Italiano, 1983, p. 393 nota 7.

[99] In quegli stessi anni la polemica fu ripresa da PIO FEDELE, *La libertà religiosa*, Milano, Giuffrè, 1963, in un capitolo su *Libertà religiosa e uguaglianza*, pp. 75-103. Immune dai dubbi di Jemolo, e pur giudicando logicamente validi gli argomenti di Scaduto, Fedele aderisce pienamente e convintamente alla posizione di Ruffini, affermando che la disparità giuridica tra le confessioni può ben essere fondata su «dati di fatto storici e positivi» (pp. 80 s.), tra cui è determinante l'elemento quantitativo (p. 97). Sul tema v. GIOVANNI BARBERINI, *Pio Fedele, maestro di scienza canonistica*, in *Giuristi nell'Università di Perugia. Contributi per il VII centenario dell'Ateneo*, a cura di FERDINANDO TREGGIARI, Roma, Aracne, 2010, pp. 7-29, alle pp. 15 s. Sulla questione Fedele ritornò nel 1972, rianalizzando la polemica Scaduto-Ruffini sulla trama dei lavori preparatori della Costituzione repubblicana e poi della proposta di revisione degli articoli 7 e 8 Cost. presentata dal deputato Lelio Basso il 23 febbraio 1972 (Atti parlamentari, Camera dei Deputati, V legislatura, Documenti, Disegni di legge e relazioni, n. 4033): PIO FEDELE, *Attualità di Francesco Ruffini*, in *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico*. Atti del Convegno nazionale di diritto ecclesiastico, Siena, 3 novembre - 2 dicembre 1972, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 309-324.

[100] JEMOLO, *Libertà e parità*, cit., p. 71. In questa linea di considerazioni CARLO CARDIA, *La riforma del*

cesco Scaduto, ma direi meglio di Francesco Scaduto e Francesco Ruffini e della questione che li aveva tormentati nella dimensione morale e scientifica di uomini del proprio tempo[101].

È ovvio che il problema assume una configurazione diversa a seconda del contesto in cui si pone[102]. Al tempo di Scaduto e Ruffini esso si poneva nel quadro di un ordinamento costituzionale flessibile, nel quale l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge (art. 24 Statuto[103]), anche senza distinzione di religione (l. 19 giugno 1848, n. 735), era sancita nel contesto di uno Statuto che distingueva tra religione di Stato e culti tollerati (art. 1) o ammessi (Codice penale del 1889; poi l. 1159 del 1929): distinzione i cui effetti, come abbiamo visto, erano progressivamente sfumati in età liberale, ma che aveva riacquisito significato con gli Accordi del 1929, i quali avevano «rimesso nel-

---

Concordato. Dal confessionismo alla laicità dello Stato, Torino, Einaudi, 1980, pp. 123-130, ripercorre le linee del dibattito dottrinale sviluppatosi nell'Italia repubblicana sulle radici della polemica tra Scaduto e Ruffini, ritenendo che si tratta di questione che «in linea teorica (quindi anche *de iure condendo*)… ha un'autonomia tale da superare le diverse fasi storiche» (p. 123).

[101] Mi sembra significativo che questa conclusione sia stata tratta anche da chi ha accennato alla polemica tra Scaduto e Ruffini da una prospettiva non specificamente ecclesiasticistica: Carlo Castronovo, *Francesco Scaduto scolaro a Bagheria e professore a Roma*, in *Il contributo di Francesco Scaduto alla scienza giuridica*, cit., pp. 73-79, a p. 78.

[102] L'esigenza di contestualizzare storicamente la polemica, ma nello stesso tempo la sua potenzialità nel suggerire al giurista di oggi «termini di raffronto e… suggestioni», sono elementi sottolineati da Enrico Vitali, *Accordi con le confessioni religiose e principio di uguaglianza*, in *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 4, 1988, pp. 75-88, ora in Id., *Scritti di diritto ecclesiastico e canonico* (Università degli Studi di Milano, Facoltà di Giurisprudenza, Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze giuridiche ecclesiasticistiche, filosofico-sociologiche e penalistiche «Cesare Beccaria», Sez. di Diritto ecclesiastico e canonico 23), Milano, Giuffrè, 2012, pp. 163-178, in particolare pp. 164-166; sul punto cfr., dello stesso Autore, *Diritto ecclesiastico e storia*, in *Storia e dogmatica nella scienza del diritto ecclesiastico*, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 93-120, ora in Vitali, *Scritti di diritto ecclesiastico e canonico*, cit., pp. 45-68, in particolare pp. 55-57. A ben vedere, dallo stesso ordine di considerazioni (l'esigenza di storicizzare i problemi di ieri e di oggi) nasce la negazione della «pretesa attualità» della polemica tra Scaduto e Ruffini, in quanto da essa vogliano trarsi soluzioni da trapiantare *sic et simpliciter* in un contesto costituzionale diverso da quello in cui erano immersi gli Autori: Giuseppe Casuscelli, *Uguaglianza e fattore religioso*, in *Digesto, Discipline pubblicistiche*, XV, Torino, Utet, 1999, pp. 428-449, a p. 442. Ma lo stesso Autore ha altrove recentemente richiamato la posizione di Scaduto a testimonianza di come l'esigenza dell'uguaglianza nella libertà sia un dato da lungo tempo presente nella tradizione ecclesiasticistica italiana: Giuseppe Casuscelli, *Appunti sulle recenti proposte di legge in tema di libertà religiosa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, gennaio 2007, in particolare pp. 16 s., anche in *Il Diritto ecclesiastico*, 2007, I, p. 67 ss. La centralità delle problematiche sottese alla polemica è posta in evidenza da Francesco Margiotta Broglio, *Stato e confessioni religiose*. II. *Teorie e ideologie*, Firenze, La Nuova Italia, 1978, che alle pp. 25-27 dell'antologia riporta le pagine di Ruffini del 1924.

[103] *Statuto fondamentale del Regno* (4 marzo 1848, n. 674), art. 24: «Tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado, sono eguali davanti alla legge. Tutti godono egualmente i diritti civili e politici, e sono ammissibili alle cariche civili e militari, salve le eccezioni stabilite dalla legge».

la sua posizione statutaria la Religione dello Stato, la Religione Cattolica»[104].

Ma, soprattutto, negli anni 1913/1914 il problema posto da Ruffini e Scaduto si poneva in un contesto nel quale lo Stato era concepito come unico soggetto regolatore delle condizioni delle confessioni religiose, conformemente al modello ottocentesco di uno Stato al quale era riservato il monopolio della produzione del diritto. Se per Scaduto lo Stato costituiva «l'orbita massima» e «organizzazione prima» entro la quale si collocano e devono essere regolate la libertà delle persone fisiche e dei gruppi, anche per Ruffini, pur rispettosissimo del ruolo storico della Chiesa cattolica, il *favor libertatis religionis* deve, in definitiva, inquadrarsi in un assetto diretto a garantire la «supremazia dello Stato di contro alle Chiese».

In altro contesto, le interrelazioni e i reciproci condizionamenti tra principio di uguaglianza e diritto di libertà religiosa rappresentano un dato caratterizzante e un problema immanente nel quadro dell'ordinamento costituzionale repubblicano[105]. I Patti Lateranensi, con i quali lo Stato italiano aveva acconsentito a una limitazione della propria sovranità, rappresentano un modello che il Costituente applicò, *mutatis mutandis*, alla regolamentazione bilaterale dei rapporti con le altre confessioni religiose su base pattizia (ferma restando la diversa natura giuridica del concordato e delle intese). È questa una scelta di fondo che configura l'odierno modello costituzionale dei rapporti tra Repubblica italiana e confessioni religiose, incidendo notevolmente sulla realizzazione del principio di uguaglianza. Quadro delle fonti – e qui è possibile accennarvi solo incidentalmente – che ai giorni nostri va modificando la sua fisionomia da un lato per l'emersione di una incessante produzione legislativa unilaterale, dall'altro per la moltiplicazione di canali e strumenti di negoziazione normativa – a vari livelli, statale e regionale – con le confessioni religiose[106]: con tutti i rischi che questo ha comportato

---

104 Giacchi, *La legislazione italiana sui culti ammessi*, cit., p. 12.

105 Tanto che le due parole potrebbero servire per sintetizzare il problema centrale del diritto ecclesiastico italiano; cfr. Silvio Ferrari, *Uguaglianza e libertà religiosa. Appunti per una storia del diritto ecclesiastico italiano*, in *Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa (Arcos de la Frontera, 1 y 2 de febrero del 1989)*, a cura di Iván C. Ibán, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1989, pp. 165-182. Al tema è dedicata la recente monografia di Fabio Falanga, *L'eguale libertà religiosa*, con prefazione di Mario Tedeschi (Luca da Penne: Religione diritto e politica 2) Roma, Aracne, 2012, che a p. 75 s. contiene un cenno alla polemica tra Scaduto e Ruffini.

106 Sul punto v. Nicola Colaianni, *Diritto pubblico delle religioni. Eguaglianza e differenze nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2012, pp. 153-160, ma con una diversa lettura del disegno costituzionale dei rapporti fra Stato e confessioni religiose; e Giuseppe Casuscelli, *Diritto ecclesiastico ed attuazione costituzionale tra de-formazione e proliferazione delle fonti*, in *Il riformismo legislativo in diritto ecclesiastico e canonico*, a cura di Mario Tedeschi (Diritto e Religioni 15), Cosenza, Pellegrini, pp. 199-154; Id., *Il pluralismo in materia religiosa nell'attuazione della costituzione ad opera del legislatore repubblicano*, in *Diritto e religione in Italia. Rapporto nazionale sulla salvaguardia della*

sul piano del rispetto e della realizzazione dei principî costituzionali della materia[107]. Tutto questo, è il caso di aggiungere, in tempi nei quali il pluralismo etnico, religioso e culturale ha radicalmente modificato il quadro di riferimento fattuale entro cui sono chiamati ad operare i meccanismi del pluralismo culturale e religioso disegnati nella Costituzione del 1948[108].

Diritto di libertà religiosa dei singoli e delle confessioni (art. 19), pari dignità e uguaglianza dei cittadini davanti alla legge senza distinzione di religione (art. 3.1), distinzione e reciproca indipendenza dell'ordine dello Stato e di quello della Chiesa (art. 7.1), uguale libertà delle confessioni religiose (art. 8.1)[109], principio pattizio (art. 7.2 e 8.3), autonomia organizzativa e statutaria delle confessioni acattoliche (art. 8.2), non discriminazione degli enti ecclesiastici o con fine di religione e di culto (art. 20): tutti questi sono fattori che configurano un sistema costituzionale che impone di porre nel giusto equilibrio il principio e le norme di uguaglianza con la tutela e il rispetto delle differenze e delle identità delle confessioni religiose. Il che impone di verificare costantemente che la disciplina differenziata delle confessioni religiose non si spinga fino a ledere l'uguale libertà delle stesse e non si traduca in

---

libertà religiosa in regime di pluralismo confessionale e culturale, a cura di Sara Domianello, Bologna, Il Mulino, 2012, pp. 23-41. Sul tema v. anche Paolo Moneta, *L'evoluzione del diritto comune in materia religiosa nella legislazione nazionale*, in *Il riformismo legislativo*, cit., pp. 125-156, e Cesare Mirabelli, *Concordato e assetto delle fonti*, *ibidem*, pp. 255-261.

[107] A giudizio di Casuscelli, «ne sono risultate così pretermesse le funzioni primarie del diritto ecclesiastico costituzionalmente orientato»: *Il pluralismo in materia religiosa*, cit., pp. 37 s. Pierangela Floris, *Laicità e collaborazione a livello locale. Gli equilibri tra fonti centrali e periferiche nella disciplina del fenomeno religioso*, in *Laicità e dimensione pubblica del fattore religioso. Stato attuale e prospettive*. Atti del I Convegno Nazionale di Studi A.D.E.C, a cura di Raffaele Coppola e Carmela Ventrella, Bari, Cacucci, 2012, pp. 89-108, presenta un bilancio negativo, «in termini di laicità», delle «esperienze di collaborazioni locali, tra istituzioni pubbliche e confessionali» (p. 96 per la citazione). Appena un cenno è possibile fare alle istanze di una legge comune sulla libertà religiosa, la quale dovrebbe fornire strumenti per rimediare alle tante criticità o illegittimità presenti del sistema: si vedano i contributi raccolti nella sezione «Studi e opinioni sul progetto di legge sulla libertà religiosa» del fascicolo 2007.1 de *Il Diritto Ecclesiastico*; e nel volume *Proposta di riflessione per l'emanazione di una legge generale sulle libertà religiose*, a cura di Valerio Tozzi - Gianfranco Macrì - Marco Parisi (Collana di Studi di Diritto Canonico ed Ecclesiastico, Sez. Ecclesiasticistica 28) Torino, Giappichelli, 2010.

[108] Come nota Salvatore Bordonali, *L'incidenza del fatto religioso nei percorsi formativi della legge nell'ordinamento italiano*, in *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 26, 2010, pp. 703-756, alle pp. 733 e ss., con la letteratura ivi citata.

[109] Al riguardo merita ricordare che nei lavori preparatori della Costituzione fu respinta la formula che suonava: «tutte le confessioni religiose sono eguali davanti alla legge»: Finocchiaro, *Confessioni religiose e libertà religiosa nella Costituzione*, cit., pp. 391 s.; Giuseppe Casuscelli, *Concordati, intese e pluralismo confessionale* (Pubblicazioni dell'Istituto di Scienze Giuridiche, Economiche, Politiche e Sociali della Università di Messina, 97), Milano, Giuffrè, 1974, pp. 134-144; Romeo Astorri, *Il principio costituzionale dell'uguaglianza delle confessioni religiose tra dibattito costituente, dottrina e giurisprudenza costituzionale*, in *Jus*, 2003, pp. 499-528, in particolare pp. 499-511.

una lesione della uguaglianza degli individui davanti alla legge senza distinzione di religione[110]. È in questo diritto alla uguale libertà nel rispetto delle legittime differenze che risiede il nucleo del «principio supremo di laicità» dello Stato per come esso è stato enucleato ed enunciato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 203 del 1989: «Il principio di laicità, quale emerge dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale». La storia della utilizzazione del principio di laicità da parte della Corte Costituzionale mostra come esso abbia, appunto, una valenza bifronte: da un lato può essere invocato, come nella sentenza in cui per la prima volta è stato enunciato, per riconoscere e confermare la legittimità costituzionale di una disciplina particolare introdotta pattiziamente (nel caso di specie l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche: art. 9 l. 121 del 1985); dall'altro è stato utilizzato, in funzione riequilibratrice di una uguaglianza violata, per dichiarare l'incostituzionalità di disparità legislative introduttive di irragionevoli discriminazioni. Insomma, poiché «il principio di uguaglianza impone sempre e comunque l'equilibrio tra i diversi»[111], nel capo

---

[110] In questo senso, vi è chi sente il dovere di prendere le distanze dalla posizione teorica di Ruffini nel contesto dell'attuale quadro costituzionale. Mario Tedeschi, *Secolarizzazione e libertà religiosa*, in *Il Diritto Ecclesiastico* 1986, I, pp. 44-54, e in Id., *Saggi di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 1987, pp. 295-306, a p. 305: «Con riferimento infatti agli individui, il principio costituzionale di eguaglianza non consente più di configurare quelle sostanziali diseguaglianze alle quali di riferiva il Ruffini. Diversa la conclusione cui si perviene se si fa riferimento alle confessioni per le loro tradizionali ed attuali diversità, anche se sono queste le differenze che lo Stato dovrebbe dirimere». Cardia, *La riforma del Concordato*, cit., p. 130, ritiene che «la concezione di Ruffini appare oggi difficilmente adattabile all'impianto costituzionale dei diritti di libertà e di eguaglianza, in quanto proprio i profili negativi ed indifferentisti della sua concezione della libertà religiosa risultano meno adeguati agli sviluppi, teorici e normativi, che essa ha avuto negli ultimi decenni». Nella lettura di Piero Bellini, *Principi di diritto ecclesiastico*, Bresso, Cetim, 1972, pp. 159-161, se l'art. 8.1 della Costituzione rappresenta il «precetto-chiave» posto a garanzia del «fatto associativo religioso», esso non vale a «eliminare il trattamento privilegiato» riservato alla Chiesa cattolica dall'art. 7; tuttavia esso «esplica… una funzione in certa misura equilibratrice fra codesto trattamento di favore e quello al quale le altre religioni socialmente organizzate possono aspirare dal sistema costituzionale», tanto che «l'esigenza costituzionale che venga assicurata una "par condicio" fra tutte le religioni (sia pure in funzione unicamente della rispettiva libertà) deve operare quale criterio direttivo da adottare in sede di intepretazione e di applicazione dei precetti: ed anche, in certi limiti, in sede di valutazione della loro legittimità costituzionale».

[111] Gaetano Silvestri, *Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale*, in *Le ragioni dell'uguaglianza*. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Milano-Bicocca, 15-16 maggio 2008, a cura di Marta Cartabia e Tiziana Vettor (Università degli Studi di Milano – Bicocca, Facoltà di Giurisprudenza 58), Milano, Giuffrè, 2009, pp. 3-24, p. 22 per la citazione. Con specifico riguardo alla materia ecclesiasticistica si vedano le considerazioni di Nicola Colaianni, *Uguaglianza, non discriminazione, ragionevolezza, Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, in *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, a cura di Raffaele Botta, (Cinquanta

specifico della libertà religiosa si esige la ricerca di un equilibrio di sistema in cui il rispetto della specificità delle confessioni religiose (art. 7.2-3 e 8.3 Cost.) appare essere la stessa condizione di operatività dei principi di uguale libertà delle confessioni religiose (art. 8.1) e di uguaglianza senza distinzione di religione (art. 3.1), senza che perciò possa dedursi una preminenza del principio di uguaglianza su quello di libertà o viceversa[112].

Hoc iure utimur. Nonostante le perplessità destate in dottrina dall'utilizzazione di un concetto ambiguo, indeterminato e relativo – nella misura in cui può essere riempito di contenuti molto diversi fra loro e persino contrastanti[113] –; nonostante esso possa apparire o essere superfluo nella misura in cui si voglia far discendere dal «principio supremo della laicità statale» conseguenze che più direttamente discendono da altri principî o norme costituzionali[114]; e sebbene vi sia chi neghi che lo Stato italiano possa definirsi «laico»[115], nell'ordine dei problemi qui trattati l'utilità del principio di laicità, nell'accezione datane dalla Corte nel complesso delle sue pronunce, sta nell'offrire un modello interpretativo che impone la ricerca di un costante raccordo tra principio di uguaglianza e rispetto delle differenze e delle identità delle confessioni in un quadro di pluralismo culturale e confessionale.

10. È noto come i primi decenni dell'Italia repubblicana si siano contraddistinti per l'inerzia del legislatore non solo nell'intraprendere il percorso indicato dalla Costituzione quanto alle intese con le confessioni acattoliche[116],

---

anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana 20) Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2006, pp. 59-79, in particolare p. 74.

112 In questo senso Casuscelli, *Uguaglianza e fattore religioso*, cit., pp. 442 s., anche con riferimento a diverse interpretazioni. L'esigenza di un bilanciamento che faccia capo al principio di libertà (perché si può essere uguali anche in un regime che neghi la libertà religiosa) è fortemente sottolineata da Mario Tedeschi, *Per uno studio del diritto di libertà religiosa*, in Id., *Vecchi e nuovi saggi di diritto ecclesiastico*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 135-162, in particolare pp. 149 s. Per altro verso, «esasperando il principio di non discriminazione si verrebbe per altra via a compromettere il principio di specialità, attraverso cui è possibile dare contenuti effettivi al pluralismo confessionale»: così Bordonali, *L'incidenza del fatto religioso*, p. 719.

113 Per una illustrazione della questione v. G. Lo Castro, *Il diritto laico*, in *Il principio di laicità nello Stato democratico*, a cura e con introduzione di Mario Tedeschi, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1996, pp. 255-284, in particolare pp. 266-268; Bordonali, *L'incidenza del fatto religioso*, cit., pp. 726-732, con la letteratura ivi citata.

114 Lo Castro, *Il diritto laico*, cit., pp. 267 e 281 s. nota 18; Colaianni, *Uguaglianza, non discriminazione, ragionevolezza*, cit., 66.

115 Francesco Finocchiaro, *Lo Stato italiano non è uno Stato laico*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1997, I, pp. 11-24.

116 Prima ancora che iniziasse la stagione delle intese, vi era chi ricordava la polemica tra Scaduto e Ruffini per la preoccupazione che le intese potessero creare nuove disuguaglianze e discriminazioni: in questo senso Mario Condorelli, *Uguaglianza delle confessioni religiose e regime di intese*, in *In-*

ma anche di fronte alle discriminazioni causate dall'applicazione di norme anteriori alla nascita della Repubblica. Al perpetuarsi delle discriminazioni contribuiva l'azione delle autorità amministrative: si pensi, giusto per fare un esempio, che solo nel 1955 fu revocata la famigerata circolare del sottosegretario del Ministero dell'Interno fascista Buffarini Guidi (1935)[117] – fino ad allora applicata dagli organi periferici dello Stato – con la quale, ai sensi dell'art. 1 della legge sui culti ammessi, era stato escluso dal Regno il culto pentecostale, «essendo risultato che esso si estrinseca e concreta in pratiche religiose contrarie all'ordine sociale e nocive all'integrità fisica e psichica della razza»[118].

---

dividuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico. Atti del Convegno nazionale di diritto ecclesiastico, Siena, 3 novembre - 2 dicembre 1972, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 225-236; anche in Id., *Scritti di storia e di diritto* (Università di Catania, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza 147), Milano, Giuffrè, 1996, pp. 313-326. E vi era chi sottolineava la rilevanza della questione teorica sollevata da Scaduto e Ruffini alla luce dell'idea che il separatismo sia il sistema più adeguato per realizzare l'uguaglianza giuridica: Francesco Onida, *Uguaglianza e libertà religiosa nel separatismo statunitense* (Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto ecclesiastico e canonico della Facoltà di Giurisprudenza di Firenze 7), Milano, Giuffrè, 1970, pp. 16 s., 360 s.

[117] Ministero dell'Interno, Circolare n. 600/158 del 9 aprile 1935. Acquistava tristemente senso la distinzione intrinsecamente contenuta nella qualifica di culti «tollerati» o «ammessi»: l'autorità che tollera o ammette potrebbe anche non tollerare e non ammettere, come del resto consentiva l'art. 1 della legge 1159 del 1929 («Sono ammessi nello Stato culti diversi dalla religione cattolica apostolica e romana, purché non professino principi e non seguano riti contrari all'ordine pubblico o al buon costume»). Sul punto è assolutamente eloquente la *Relazione* del Ministro Guardasigilli, Alfredo Rocco, alla l. 1159/1929 (*Codice delle leggi ecclesiastiche*, a cura di Vincenzo Del Giudice, Milano, Giuffrè, 1952, pp. 301-304, in particolare p. 302): «Riservata, pertanto, come è giusto, una particolare situazione giuridica alla religione cattolica, che è la religione dello Stato, devesi consentire, in omaggio al principio della libertà di coscienza, che nessuno Stato moderno potrebbe mai ripudiare, il libero esercizio di tutti i culti, le cui dottrine o i cui riti non siano contrari all'ordine pubblico o al buon costume. Tale permesso, accordato ai seguaci dei culti acattolici di liberamente dedicarsi alle pratiche religiose secondo i propri convincimenti, non significa indifferentismo dello Stato in materia religiosa, né, tanto meno, adesione alle dottrine di tali culti. Esso è invece la pura e semplice conseguenza del principio generale di diritto pubblico che ogni attività, la quale non sia in contrasto con le esigenze fondamentali della Società e dello Stato, deve essere ritenuta lecita, e, come tale, consentita e tutelata dalla legge. La formula, pertanto, usata nelle leggi posteriori allo Statuto e nel presente disegno di legge – culti ammessi nello Stato –, se pur giustamente più riguardosa di quella dello Statuto – culti tollerati –, non ha, dal punto di vista giuridico, sostanzialmente diverso significato. Lo Stato, cioè, pur professando la religione cattolica, che è la religione della quasi totalità degli italiani, consente, permette, ammette e quindi tutela anche l'esercizio degli altri culti, quando non ne derivi danno ai principî essenziali che reggono la vita dello Stato».

[118] Sulla non ammissione del culto pentecostale, e sui divieti perduranti anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, v. Giorgio Peyrot, *La circolare Buffarini-Guidi ed i pentecostali*, Roma, Associazione italiana per la libertà della cultura, 1955; Id., *La legislazione sulle confessioni religiose diverse dalla cattolica*, cit., pp. 125 s.; Gianni Long, *Le confessioni religiose «diverse dalla cattolica». Ordinamenti interni e rapporti con lo Stato*, Bologna, Il Mulino, 1991, pp. 127-132; Carlo Cardia, *Libertà*. IX. *Libertà di credenza*, in *Enciclopedia Giuridica*, 19, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990, pp. 1-7, a p. 3; Id., *Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea legislazione italiana*, Torino, Giappichelli, 2015[4], pp. 142 s. Sulla condizione delle minoranze religiosa dopo il

D'altro canto oggi possiamo interrogarci (ma è domanda che riguarda, *mutatis mutandis*, anche il nostro presente) su quanto la coscienza civile di una nazione allora saldamente legata al Cattolicesimo romano fosse pronta, in quegli anni, a riconoscere in culti acattolici o gruppi religiosi estranei alla tradizione storica italiana delle realtà meritevoli di quella tutela che la Costituzione appresta per le confessioni religiose e le loro istituzioni. Come più sopra abbiamo visto, alla fine dell'Ottocento Francesco Scaduto non aveva esitato ad annovarere il culto mormonico e il maomettano fra quelli «contrari alle nostre leggi, o al nostro diritto pubblico od alla nostra morale». Ancora negli anni Sessanta e Settanta del Novecento nel diffussissimo *Manuale di diritto ecclesiastico* di Vincenzo Del Giudice gli studenti apprendevano, per esempio, che i Testimoni di Geova non potevano essere ricompresi tra le confessioni alle quali l'art. 8.2 della Costituzione riconosce il «diritto di organizzarsi secondo i propri statuti in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano». E al termine di un breve elenco esemplificativo di gruppi a suo dire professanti dottrine contrarie ai principî giuridici ed etici sottesi all'ordinamento italiano, Del Giudice concludeva: «E si potrebbe continuare, a riprova, del resto (come ammonisce l'*Ecclesiaste*, I, 15), che "stultorum infinitus est numerus"»[119]; con parole che ai nostri giorni difficilmente potrebbero leggersi in un manuale universitario, se non altro per una sensibilità profondamente mutata anche in forza di un processo storico che ha reso l'attuale panorama religioso estremanente complesso e frammentato (oltre che per la dominante cultura del "politicamente corretto" e per il timore di incorrere nelle censure dei colleghi, dei mass-media, e forse anche di qualche giudice).

Queste vischiosità e resistenze del sistema possono essere imputate a varie cause: in generale, si può evidenziare una certa lentezza nella maturazione di nuove consapevolezze sociali in materia di rapporti fra Stato e religioni in un contesto politicamente dominato da un partito maggioritario di ispirazione cattolica[120]. È stata rilevata anche una ragione culturale, consistente nel ritardo dimostrato dalla dottrina giuspubblicistica nel positivizzare il

---

1948 v. anche Sergio Lariccia, *Diritti civili e fattore religioso*, Bologna, Il Mulino, 1978, pp. 48-72.

[119] Vincenzo Del Giudice, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Milano, Giuffrè, 1963[10], rist. 1970, pp. 57-61, in particolare p. 58 nota 16.

[120] Cfr. Mario Ricca, *Critica istituzionale attraverso le regole: libertà religiosa e indirizzo giuspositivistico nella dottrina ecclesiasticistica italiana del secondo dopoguerra*, in *La libertà religiosa*, I, a cura di Mario Tedeschi, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2002, pp. 223-259, in particolare pp. 243-245 sui limiti delle operazioni dottrinali dirette a vagliare alla luce della Costituzione il diritto ecclesiastico vigente.

principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione[121]. Se si eccettua un saggio di Esposito del 1954[122], il volume di Francesco Finocchiaro del 1958, *Uguaglianza giuridica e fattore religioso*, rappresenta il primo importante passo in questa direzione: l'indagine, che precorre altri importanti contributi degli anni Sessanta e Settanta[123], è volta ad analizzare il complesso della normativa vigente in materia ecclesiastica alla luce dei principî costituzionali di libertà ed eguaglianza – principi che «si limitano e condizionano reciprocamente» –, nella convinzione che tutta la materia non potesse che essere considerata, ormai, se non alla luce degli schemi del diritto costituzionale[124]. Parallelamente si può ricordare che negli anni Sessanta del Novecento un autorevolissimo studioso quale Pietro Agostino d'Avack non esitava a individuare (direi a formalizzare) nel «principio della disuguaglianza» una delle note peculiari del diritto di libertà delle istituzioni religiose collettive come delineato dalla Costituzione italiana[125]. A distanza di mezzo secolo,

---

121 Così Francesco Finocchiaro, *Il positivismo giuridico all'esame di libertà e uguaglianza nel fattore religioso*, in *La libertà religiosa*, I, a cura di Mario Tedeschi, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2002, 261-266, a p. 265.

122 Carlo Esposito, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in Id., *La costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, 17 ss.

123 Livio Paladin, *Il principio costituzionale d'eguaglianza* (Monografie dell'Istituto di diritto pubblico della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma. n.s. 17), Milano, Giuffrè, 1965 (a p. 290 nota 118 un cenno alle opinioni di Scaduto e Ruffini nel contesto di un breve paragrafo nel quale non sono sciolti i nodi derivanti dall'intreccio delle disposizioni degli articoli 3 comma 1 e 8 comma 1 della Costituzione); Claudio Rossano, *L'uguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, Jovene, 1966; Augusto Cerri, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Esame analitico ed ipotesi ricostruttive* (Quaderni della giurisprudenza costituzionale, nuova serie 4), Milano, Giuffrè, 1976; dello stesso Autore v. anche *L'eguaglianza*, Roma-Bari, Laterza, 2005.

124 Francesco Finocchiaro, *Uguaglianza giuridica e fattore religioso* (Università di Catania, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, 30), Milano, Giuffrè, 1958, p. 19 per la citazione; sulla polemica tra Scaduto e Ruffini cenni alle pp. 4 s. e 42 s. Il tema dei rapporti tra libertà religiosa e uguaglianza ha avuto un posto centrale nella interpretazione del diritto ecclesiastico italiano data da Francesco Finocchiaro. Si ricordano qui alcune tappe principali del suo pensiero: *Confessioni religiose e libertà religiosa nella Costituzione,* cit., in particolare pp. 383 ss.; Id., *Libertà*. VII) *Libertà di coscienza e di religione - Diritto Ecclesiastico*, in *Enciclopedia Giuridica*, 19, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990, 1-15, in particolare pp. 2 s.; Id., *Diritto ecclesiastico*, XII edizione a cura di Andrea Bettetini e Gaetano Lo Castro, Bologna, Zanichelli, 2015, pp. 177-186.

125 A differenza del diritto individuale di libertà religiosa, che risulta «sempre riconosciuto e tutelato… sulla base e in conformità al principio informatore dell'assoluta uguaglianza giuridica dei singoli», e fermo restando il principio di uguaglianza nella libertà: Pietro Agostino d'Avack, *Trattato di diritto ecclesiastico italiano*. I. *Introduzione sistematica – Fonti – Principî informatori e problemi fondamentali*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 361-364. L'autore escludeva che tale disuguaglianza possa tradursi in una disugliaglianza indiretta del diritto di libertà religiosa dei singoli, sebbene non escludesse che essa possa avere «ripercussioni sentimentali» o incidere «sul piano morale dei singoli». Negava, inoltre, che vi sia incompatibilità tra il principio del confessionismo statale e quello della libertà religiosa.

sono testimonianze delle irrisolte tensioni del sistema giuridico così come delle diverse anime che caratterizzarono una stagione dottrinale, culturale e civile dell'Italia repubblicana.

11. In questo quadro, nell'inerzia del legislatore, la funzione di adeguare la legislazione ecclesiastica ai principî costituzionali fu assunta dalla Corte Costituzionale, sull'impulso di una giurisdizione di merito che sin dagli anni Cinquanta del secolo XX aveva mostrato una peculiare sensibilità per le istanze di uguaglianza e non discriminazione.

Non si può dire che sia stato un percorso lineare e univocamente orientato[126]. Proprio nella prima fase di attività della Corte, infatti, le operazioni di «ripulitura» dell'ordinamento – significative le sentenze 1957 n. 45[127] e 1958 n. 59[128] – convivono con un «orientamento conservativo» che per lungo tempo ha negato che talune disparità legislative potessero costituire lesioni del principio di uguale libertà delle confessioni e di uguaglianza dei cittadini senza distinzione di religione[129]. È emblematica al riguardo la giurisprudenza relativa gli articoli 402-406 del Codice penale in materia di «delitti contro la religione dello Stato e i culti ammessi», che punivano con pene differenziate i delitti di vilipendio e di turbamento di funzioni sacre a

---

[126] Le sentenze pubblicate fino al 1998 possono leggersi, fra l'altro, in Sara Domianello, *Giurisprudenza costituzionale e fattore religioso. Le pronunzie della Corte Costituzionale in materia ecclesiastica (1957-1986)* (Pubblicazioni degli Istituti di Scienze Giuridiche, Economiche, Politiche e Sociali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Messina, Quaderni per la didattica e la ricerca, 5), Milano, Giuffrè, 1987; Ead., *Giurisprudenza costituzionale e fattore religioso. Le pronunzie della Corte Costituzionale in materia ecclesiastica (1987-1998)* (Pubblicazioni degli Istituti di Scienze Giuridiche, Economiche, Politiche e Sociali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Messina, Quaderni per la didattica e la ricerca, 17), Milano, Giuffrè, 1999.

[127] La quale «dichiara la illegittimità costituzionale della norma contenuta nell'art. 25 del T.U. delle leggi di pubblica sicurezza del 18 giugno 1931, n. 773, nella parte che implica l'obbligo del preavviso per le funzioni, cerimonie o pratiche religiose in luoghi aperti al pubblico, in riferimento all'art. 17 della Costituzione».

[128] La quale «dichiara la illegittimità costituzionale dell'art. 1 del R.D. 28 febbraio 1930, n. 289, in quanto richiede la autorizzazione governativa per l'apertura di templi od oratori, oltre che per gli effetti civili, anche per l'esercizio del culto» e «la illegittimità costituzionale dell'art. 2 dello stesso decreto 28 febbraio 1930, n. 289».

[129] Traggo le locuzioni tra virgolette da Cesare Mirabelli, *La libertà religiosa nella giurisprudenza costituzionale*, in *La libertà religiosa*, a cura di *Mario Tedeschi*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2002, I, pp. 45-57, alle pp. 47 e 51 s. Sul tema v. anche Alessandro Albisetti, *Giurisprudenza costituzionale e diritto ecclesiastico* (Università degli Studi di Milano, Facoltà di Giurisprudenza, Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Ecclesiastico 3), Milano, Giuffrè, 1983; Id., *Il diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2010[4]; Giuseppe Dalla Torre, *Giurisprudenza costituzionale e dottrina ecclesiasticistica. Saggio di analisi*, in *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, a cura di Raffaele Botta (Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana 20), Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2006, pp. 93-112.

seconda che l'azione fosse commessa contro la religione cattolica o contro culti acattolici; con l'articolo 402, poi, era configurato il delitto di vilipendio della religione dello Stato, che non aveva corrispondenza in altra fattispecie riguardante il vilipendio deli culti acattolici. Un discorso analogo si può fare quanto alla giurisprudenza costituzionale relativa all'articolo 724 del Codice penale, nella parte riguardante la contravvenzione per bestemmia contro la Divinità o i Simboli o le Persone venerati nella religione dello Stato[130].

In una prima fase, prolungatasi fino agli ultimi anni Ottanta del secolo XX, la giurisprudenza aveva riconosciuto come legittima la disparità nella tutela penale dei culti ricorrendo all'argomento numerico – la religione cattolica come religione della maggior parte degli Italiani – e alle conseguenti reazioni sociali davanti al comportamento delittuoso, quantitativamente e qualitativamente diverse a seconda che il fatto riguardasse la religione cattolica o altri culti.

Così, nella sentenza del 28 novembre 1957, n. 125, relativa all'art. 404 del Codice penale, la Corte Costituzionale affermava che «il Costituente ha dettato negli artt. 7 e 8 della Costituzione, rispettivamente per la Chiesa cattolica e le altre confessioni religiose, norme esplicite, le quali non ne stabi-

---

[130] Sul tema vi è una consistente bibliografia, che è possibile richiamare solo per sommi capi: Antonino Consoli, *Il reato di vilipendio della religione cattolica*, Milano, Giuffrè, 1957; Enrico G. Vitali, *Vilipendio della religione dello Stato. Contributo dall'interpretazione dell'art. 402 del Codice Penale*, Padova, Cedam, 1964; Franco Bolognini, *Riflessioni sul reati di vilipendio della religione*, Milano, Giuffrè, 1974; Francesco Finocchiaro, *La giurisprudenza costituzionale in materia ecclesiastica* (1977), ora in Id., *Saggi (1973-1978)* (Università degli Studi di Milano, Facoltà di Giurisprudenza, Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze Giuridiche Ecclesiasticistiche, Filosofico-Sociologiche e Penalistiche 'Cesare Beccaria', Sezione di Diritto Ecclesiastico e Canonico, 22) Milano, Giuffrè, 2008, pp. 649-677, in particolare pp. 658-662; Giuseppe Casuscelli, *L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di vilipendio della religione*, in *Quaderni della Scuola di Specializzazione in Diritto Ecclesiastico e Canonico*. 7. *Studi di Diritto Ecclesiastico e Canonico* (Dipartimento di Filosofia dei Diritti dell'Uomo e della Libertà di Religione, Facoltà di Giurisprudenza - Università deli Studi di Napoli «Federico II»), Napoli, 2002, pp. 79-95; Astorri, *Il principio costituzionale dell'uguaglianza delle confessioni* religiose, cit., pp. 522-526; Maria Cristina Ivaldi, *La tutela penale in materia religiosa nella giurisprudenza,* Milano, Giuffrè, 2004; Raffaele Botta, *La tutela penale del sentimento religioso nella Giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, a cura di Raffaele Botta (Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana 20), Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2006, pp. 29-37; Albisetti, *Il diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, cit., pp. 9-12,, 95 s, 98 s., 105-110; Natascia Marchei, «*Sentimento religioso*» *e bene giuridico. Tra giurisprudenza costituzionale e novella legislativa* (Università degli Studi di Milano – Bicocca, Facoltà di Giurisprudenza 31), Milano 2006; Vincenzo Pacillo, *I delitti contro le confessioni religiose dopo la legge 24 febbraio 2006, n. 85. Problemi e prospettive di comparazione* (Collana del Dipartimento di Scienze giuridiche e della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Modena e Reggio Emilia: Nuova serie 75), Milano, Giuffrè, 2007. L'emblematicità di questa giurisprudenza quando si voglia illustrare l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di uguale libertà delle confessioni religiose è sottolineata anche da Barbara Randazzo, *Art. 8*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Raffaele Bifulco, Alfonso Celotto, Marco Olivetti, Torino, Utet, 2006, p. 202; Ead., *Diversi ed eguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 329-343.

liscono la 'parità', ma ne differenziano invece la situazione giuridica che è, sì, di eguale libertà (come dice l'art. 8, primo comma), ma non di identità di regolamento dei rapporti con lo Stato». Su questa scia, la sentenza 13 maggio 1965, n. 39, relativa all'art. 402 del Codice penale, con riferimento alla asserita violazione dell'art. 3 della Costituzione poteva affermare che «la norma impugnata non incide sul principio dell'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, giacché non dà luogo a una distinzione nella loro posizione giuridica, basata sulla religione da ciascuno professata». La legittimità costituzionale dell'articolo 402, in definitiva, riposava sul fatto che «la maggiore ampiezza e intensità della tutela penale che l'ordinamento italiano assicura alla religione cattolica corrisponde… alla maggiore ampiezza e intensità delle reazioni sociali che suscitano le offese ad essa, in quanto religione professata dalla maggior parte degli italiani».

Nel quadro delle ricerche qui condotte è interessante rilevare che parte della dottrina coeva, aderendo alle decisioni della Corte Costituzionale, scomodò a sproposito l'idea di Ruffini che uguale libertà non comporta uguale trattamento giuridico e che un disuguale trattamento giuridico può trovare ragione nella diversa consistenza numerica delle confessioni religiose, essa stessa espressione del differente peso storico di ciascuna confessione religiosa in un dato ordinamento[131]. Citazione fatta a sproposito perché, come abbiamo visto, per Ruffini siffatti principî potevano valere quanto alla differenziazione giuridica nell'organizzazione delle confessioni e delle rispettive istituzioni[132], ma non quanto alla tutela penale, dove invece si richiede una pari protezione a garanzia della uguale libertà religiosa, come Ruffini aveva espressamente precisato nei *Diritti di libertà*.

Tale orientamento perdurò fino alla metà degli anni Novanta, sebbene in due casi, relativi alla contravvenzione per bestemmia[133], la Corte avesse espressamente invocato, pur nel contesto di sentenze di rigetto, gli interventi riequilibratori del legislatore.

---

[131] Riferimenti critici alla citata dottrina in Mario Condorelli, *Garanzie costituzionali di libertà e di eguaglianza e tutela penale dei culti*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 70, 1959, II, pp. 4-23, alle pp. 12-14; Finocchiaro, *Confessioni religiose e libertà religiosa nella Costituzione*, cit., p. 392 s..; Albisetti, *Il diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, cit., pp. 9-12.

[132] Sulla residua plausibilità del fattore numerico in campi diversi da quello della tutela penale della libertà religiose cfr. le considerazioni di Bordonali, *L'incidenza del fatto religioso*, cit., pp. 723-725.

[133] Corte Costituzionale, sentenza del 14 febbraio 1973, n. 14, con riferimento all'art. 724 del Codice penale: «… Tuttavia la Corte ritiene che, per una piena attuazione del principio costituzionale della libertà di religione, il legislatore debba provvedere a una revisione della norma, nel senso di estendere la tutela penale contro le offese del sentimento religioso di individui appartenenti a confessioni diverse da quella cattolica». Analogamente, pur nel quadro di diverse argomentazioni, nella sentenza dell'8-28 luglio 1988, n. 925.

Il mutamento di giurisprudenza si ebbe con la sentenza del 18 ottobre 1995, n. 440, relativa all'art. 724 del Codice penale, che ritenendo pertinente l'invocazione dei parametri costituzionali dell'art. 3 primo comma e 8 primo comma, ha segnato l'abbandono del criterio quantitativo in materia di tutela penale della libertà religiosa[134].

Questo mutamento diede la schiusa a una serie di pronunce che, pezzo per pezzo, ha smantellato l'impianto del capo «Dei delitti contro la religione dello Stato e i culti ammessi» del Codice penale.

Facendo leva sui principî di pari dignità della persona e di laicità o non-confessionalità dello Stato, la sentenza del 10-14 novembre 1997, n. 329, ha dichiarato illegittimo l'art. 404 del Codice penale, affermando, alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, l'improprietà di ogni riferimento alla «presumibile 'maggiore ampiezza e intensità delle reazioni sociali che suscitano le offese' alla religione cattolica», nonché la «non divisibilità» della protezione del sentimento religioso quale «corollario del diritto costituzionale di libertà religiosa»[135]. Dove, tra le righe, si avverte una consapevole adesione agli argomenti sostenuti da Ruffini nel 1926[136].

Siffatte argomentazioni sono state ripetute, con le dovute modulazioni,

---

[134] Corte Costituzionale, sentenza del 18 ottobre 1995, n. 440: «l'abbandono del criterio quantitativo significa che in materia di religione, non valendo il numero, si impone ormai la pari protezione della coscienza di ciascuna persona che si riconosce in una fede, quale che sia la confessione religiosa di appartenenza» (sulla linea di argomentazioni contenute nella sentenza 925/1988, precedentemente citata). Questa sentenza della Corte Costituzionale segna «una svolta decisa al suo percorso giurisprudenziale in tema d'uguaglianza e d'uguale libertà»: Casuscelli, *Uguaglianza e fattore religioso*, cit., p. 447.

[135] Corte Costituzionale, sentenza del 10-14 novembre 1997, n. 329: «L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale rende infine improprio il riferimento, quale criterio giustificativo della differenziazione operata dalla legge, alla presumibile 'maggiore ampiezza e intensità delle reazioni sociali che suscitano le offese' alla religione cattolica, criterio talora utilizzato in passato congiuntamente a quello quantitativo (sentenze n. 79 del 1958, n. 39 del 1965 e n. 14 del 1973). Il richiamo alla cosiddetta coscienza sociale, se può valere come argomento di apprezzamento delle scelte del legislatore sotto il profilo della loro ragionevolezza, è viceversa vietato là dove la Costituzione, nell'art. 3, primo comma, stabilisce espressamente il divieto di discipline differenziate in base a determinati elementi distintivi, tra i quali sta per l'appunto la religione. Tale divieto vale a dire che la protezione del sentimento religioso, quale aspetto del diritto costituzionale di libertà religiosa, non è divisibile. Ogni violazione della coscienza religiosa è sempre violazione di quel bene e di quel diritto nella loro interezza e tale dunque da riguardare tutti allo stesso modo, indipendentemente dalla confessione religiosa cui eventualmente si appartenga, cosicché non è possibile attribuire rilevanza, in vista della disciplina giuridica, all'esistenza di reazioni sociali differenziate. Diversamente ragionando, si finirebbe per rendere cedevole la garanzia costituzionale dell'uguaglianza rispetto a mutevoli e imprevedibili atteggiamenti della società…».

[136] Lo nota Raffaele Coppola, *Laicità relativa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, febbraio 2007, pp. 9-12, anche in *Religione, cultura e diritto tra globale e locale*, a cura di Paolo Picozza e Giuseppe Rivetti (Università di Macerata, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza: Seconda serie125), Milano, Giuffrè, 2007, pp. 103-118, alle p. 113-116.

nelle successive pronunce. Nel caso dell'articolo 404, come in quelli degli articoli 403 (sentenza del 4 maggio 2005, n. 168) e 405 (sentenza del 9 luglio 2002, n. 327), l'illegittimità costituzionale è stata dichiarata nella parte in cui tali norme prevedevano pene più gravi, anziché le pene diminuite stabilite dall'articolo 406 per gli stessi fatti commessi contro gli altri culti. Nel caso dell'articolo 402, che non aveva una norma corrispondente relativa al vilipendio dei culti acattolici, la pronuncia è stata puramente ablativa (sentenza del 10 ottobre 2000, n. 508)[137].

Nel contesto del discorso che stiamo conducendo, mi sembra che la più significativa di tali pronunce, per la sua capacità ricostruttiva, sia la 508 del 2000: essa, fra l'altro, riconosce come le conclusioni ivi contenute siano il frutto di una progressiva maturazione avvenuta in concomitanza con decisivi sviluppi dell'ordinamento giuridico italiano: da un lato la modificazione del Concordato lateranense, con la quale si è dato atto che il principio richiamato nell'articolo 1 del Trattato, della religione cattolica come sola religione dello Stato, non è più in vigore (l. 121/1985, protocollo addizionale, n. 1); dall'altro l'attuazione delle previsioni costituzionali in materia di intese con le confessioni acattoliche. La sentenza ricostruisce il reticolo dei principî costituzionali relativi alla libertà religiosa e ai rapporti tra Stato e confessioni religiose e, se per un verso riafferma che nel campo della tutela penale della libertà religiosa si impone una assoluta parità tra le confessioni, per altro verso riconosce la possibilità di regolare in modo bilaterale e perciò differenziato le specificità delle diverse confessioni religiose[138].

---

[137] Così realizzando – in modo dichiaratamente necessitato, considerato il principio di riserva di legge in materia di reati e pene (art. 25 Cost.) – «una parità verso il basso (nessuna tutela per nessuna confessione) al posto di una parità verso l'alto (pari tutela per tutte le confessioni», scelta, quest'ultima, che solo il legislatore sarebbe legittimato a fare: Albisetti, *Il diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, cit., p. 107.

[138] Corte Costituzionale, sentenza del 10 ottobre 2000, n. 508: «In forza dei principi fondamentali di uguaglianza di tutti i cittadini senza distinzione di religione (art. 3 della Costituzione) e di uguale libertà davanti alla legge di tutte le confessioni religiose (art. 8 della Costituzione), l'atteggiamento dello Stato non può che essere di equidistanza e imparzialità nei confronti di queste ultime, senza che assumano rilevanza alcuna il dato quantitativo dell'adesione più o meno diffusa a questa o a quella confessione religiosa (sentenze nn. 925 del 1988, 440 del 1995 e 329 del 1997) e la maggiore o minore ampiezza delle reazioni sociali che possono seguire alla violazione dei diritti di una o di un'altra di esse (ancora la sentenza n. 329 del 1997), imponendosi la pari protezione della coscienza di ciascuna persona che si riconosce in una fede quale che sia la confessione di appartenenza (così ancora la sentenza n. 440 del 1995), ferma naturalmente la possibilità di regolare bilateralmente e quindi in modo differenziato, nella loro specificità, i rapporti dello Stato con la Chiesa cattolica tramite lo strumento concordatario (art. 7 della Costituzione) e con le confessioni religiose diverse da quella cattolica tramite intese (art. 8). Tale posizione di equidistanza e imparzialità è il riflesso del principio di laicità che la Corte costituzionale ha tratto dal sistema delle norme costituzionali, un principio che assurge al rango di 'principio supremo' (sentenze nn. 203 del 1989, 259 del 1990,

12. E così ritorniamo al punto d'inizio di queste riflessioni, che hanno preso le mosse da Francesco Scaduto e Francesco Ruffini. Due studiosi che – in questo come per molto altri aspetti – possono essere considerati come due anime complementari del diritto ecclesiastico italiano[139]. Credo di aver mostrato come né in Ruffini né in Scaduto il tema della libertà religiosa sia stato visto in termini di assoluta compatibilità o incompatibilità con una regolamentazione differenziata delle confessioni religiose. Se per Ruffini il rispetto delle condizioni di una confessione storica come il Cattolicesimo non poteva giungere a negare la piena uguaglianza tra le confessioni in materia di tutela penale e più in generale di «protezione della libertà», per Scaduto l'accentuazione del valore dell'uguaglianza giuridica non giungeva al punto di considerare ragionevole od opportuno un diritto comune delle religioni che accomunasse sotto un regime uniforme le istituzioni di confessioni note e non note allo Stato (fermo restando che sia per Ruffini che per Scaduto lo Stato poteva escludere l'esercizio pubblico del culto per confessioni non «tollerabili» per contrasto con le leggi, col diritto pubblico o con la morale). Entrambe queste tendenze hanno alimentato per decenni la tradizione ecclesiasticistica italiana lungo linee di riflessione che non esaurirono il loro effetto nelle aule accademiche ma hanno altresì nutrito la tradizione costituzionale italiana.

La vocazione italiana alla collaborazione tra Stato e confessioni religiose fu inizialmente consacrata coi Patti Lateranensi in un momento in cui la pacificazione religiosa e la risoluzione della questione romana erano considerati obiettivi strumentali alla consolidazione dell'unità politica dello Stato intorno al nuovo regime fascista[140]. Questa vocazione ha trovato sviluppo nella costituzione repubblicana con il principio della contrattazione bilaterale, esteso anche alle confessioni acattoliche. La distinzione di massima tra parità nella protezione della libertà religiosa dei singoli e delle confessioni e differenziazione nella disciplina delle confessioni e degli enti confessionali, al tempo di Ruffini e Scaduto come ai nostri giorni, non elimina il problema di fondo, perché occorre verificare se e in quale misura una differente disci-

---

195 del 1993 e 329 del 1997), caratterizzando in senso pluralistico la forma del nostro Stato, entro il quale hanno da convivere, in uguaglianza di libertà, fedi, culture e tradizioni diverse (sentenza n. 440 del 1995)».

[139] Mi permetto di rinviare a quanto ho scritto in *Tra storia e dogmatica: momenti e tendenze dello studio e dell'insegnamento del diritto canonico in Italia (secoli XIX-XX)*, in *Il Diritto Ecclesiastico* 115.4, 2004, pp. 917-949, con la letteratura ivi citata.

[140] Ma giustamente è stato osservato che il «radicamento del principio di bilateralità» risale «già all'epoca precostituzionale» e a tempi anteriori ai Patti Lateranensi: Bordonali, *L'incidenza del fatto religioso*, cit., pp. 708-711.

plina che tenga conto delle specificità delle confessioni religiose (per ipotesi anche con «azioni positive») incida nei fatti sulla loro eguale libertà e sulla libertà dei singoli senza distinzione di religione[141]. La ricerca di un equilibrio è un ineludibile compito pratico e quotidiano, nell'attendere al quale non è inutile ripensare ai problemi teorici sui quali Scaduto e Ruffini dibattevano cento anni fa e che continuano a interpellare il nostro presente.

[141] Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico*, cit., p. 174. Sul punto v. le considerazioni di Silvio Ferrari, *Uguaglianza e libertà religiosa*, cit., pp. 173 s.; Id., *Libertà religiosa individuale ed uguaglianza delle comunità religiose nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale* 42.5, 1997, pp. 3085-3098, in particolare pp. 3096 s.; Vitali, *Accordi con le confessioni religiose e principio di uguaglianza*, cit.; Bordonali, *L'incidenza del fatto religioso*, cit., pp. 717-726.

Famiglia minori e matrimonio nella giurisprudenza della Corte di Cassazione nel 2014[1]

Paolo Di Marzio

Parte I, diritto sostanziale.

1. La crisi del matrimonio e l'addebito. In ordine alle ragioni che possono essere poste a fondamento della pronuncia di addebito nel giudizio di separazione personale dei coniugi, la Corte ha avuto modo di specificare che tra esse non può farsi rientrare la commissione di un pur grave reato in danno del coniuge (tentato sequestro a scopo di estorsione), quando esso sia stato posto in essere dopo il deposito del ricorso per la separazione giudiziale dei coniugi ed in un contesto di risalente e stabilizzata cessazione della convivenza tra le parti, essendo venuto meno tra loro il "*consortium vitae*" e pure ogni "*affectio coniugalis*"[2].

Il Giudice di legittimità è poi intervenuto a precisare che la pronuncia di addebito, nell'ambito del giudizio di separazione personale dei coniugi, non può fondarsi sulla sola violazione dei doveri imposti ai coniugi dall'art. 143 cod. civ. È necessario, infatti, in primo luogo accertare che una simile violazione non sia intervenuta quando era già maturata una situazione di incompatibilità della convivenza, sì che la violazione si ponga come una conseguenza della situazione di fatto maturata. Occorre quindi accertare che la

---

[1] Il presente scritto riprende ed integra l'elaborato redatto per la Rassegna della giurisprudenza della Corte di Cassazione nel 2014, in corso di pubblicazione per i tipi del Poligrafico dello Stato. Una panoramica di aggiornamento circa i più recenti orientamenti proposti dalla Suprema Corte in materia di famiglia, minori e matrimonio, sembra comunque utile, ma può anche evidenziarsi il particolare rilievo che le pronunce adottate dalla Cassazione nel corso dell'anno hanno assunto per il diritto ecclesiastico, specie in riferimento al c.d. matrimonio concordatario.
Al fine di agevolare la consultazione, la trattazione è stata divisa in due parti, diritto sostanziale e processuale, in base al profilo che è sembrato prevalente, nella coscienza della possibile arbitrarietà della classificazione in relazione ad alcune decisioni.

[2] Cass. Sez. I, sent. 30.5.2014, n. 12182 (Ced Cass. *Rv.* 631428), est. Giancola.

violazione dei doveri coniugali abbia assunto una specifica efficacia causale nel determinarsi della crisi del rapporto coniugale[3].

2. La riconciliazione dei coniugi, elementi costitutivi. In materia di elementi che devono ricorrere perché possa ritenersi che i coniugi separati si sono riconciliati, la Corte ha affermato che la mera coabitazione non è sufficiente. È infatti a tal fine necessario che i coniugi ripristinino tra loro quella comunione di vita e d'intenti, materiale e spirituale, che costituisce il fondamento del vincolo coniugale[4].

3. L'assegno di mantenimento per il coniuge. L'art. 2941, comma I, n. 1, cod. civ., prevede che la prescrizione dei diritti fra le parti rimanga sospesa "*tra i coniugi*". La Corte ha però ritenuto che, qualora sia già in corso il giudizio di separazione personale, debba prevalere sull' interpretazione letterale della norma un'interpretazione conforme alla *ratio legis*, ed ha pertanto affermato che in tale fase del rapporto coniugale non rimane sospesa la prescrizione del diritto alla corresponsione dell' assegno di mantenimento. La previsione della sospensione della prescrizione tra coloro che sono uniti in matrimonio, infatti, si spiega con la comprensibile riluttanza che un consorte manifesta nel convenire in giudizio l'altro. Quando però il giudizio di separazione personale è ormai pendente, la crisi del rapporto matrimoniale è conclamata, gli obblighi di fedeltà e collaborazione dei coniugi sono sospesi e la convivenza è cessata, non vi è più ragione di ritenere che permanga alcuna ritrosia ad agire in giudizio nei confronti del coniuge separato per rivendicare il versamento dell'assegno di mantenimento[5].

Ai sensi dell'art. 156 cod. civ., il diritto al mantenimento a seguito della separazione personale dei coniugi sorge, in favore del coniuge al quale la separazione non sia addebitabile, qualora non disponga di redditi sufficienti a consentirgli di mantenere un tenore di vita analogo a quello che aveva in corso di matrimonio. La Corte ha in proposito precisato che, nel valutare quale fosse il tenore di vita goduto nel corso del matrimonio, il giudice dovrà tener conto di ogni reddito disponibile da parte del richiedente, comprese

---

[3] Cass. Sez. I, sent. 20.08.2014, n. 18074 (Ced Cass. *Rv.* 632263), est. Benini.

[4] Cass. Sez. I, sent. 17.9.2014, n. 19535 (Ced Cass. *Rv.* 632566), est. Acierno.

[5] Cass. Sez. I, sent. 4.4.2014, n. 7981 (Ced Cass. *Rv.* 630120), est. Campanile, edita in *Foro it*., 2014, 6, I, p. 1768, con nota di Geremia Casaburi, *Prescrizione e decadenza, separazione di coniugi, assegno di mantenimento*, in *Giur. it.*, 2014, 10, p. 2137, con nota di Zhara Pecchia, *Una sentenza innovativa in tema di sospensione della prescrizione tra coniugi*, ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 10, I, p. 890, con nota di Matteo De Pamphilis, *La prescrizione dei reciproci diritti patrimoniali dei coniugi separati nelle recenti (e contraddittorie) pronunce della Cassazione*.

le elargizioni operate dai familiari del coniuge in costanza di matrimonio[6].

4. I figli nati fuori dal matrimonio. L'art. 277 cod. civ. dispone che la sentenza dichiarativa della filiazione naturale produce gli effetti del riconoscimento, e l'art. 261 cod. civ. prevede che il riconoscimento comporta da parte del genitore l'assunzione di tutti i doveri e di tutti i diritti che egli ha nei confronti dei figli legittimi, pertanto anche l' obbligo al mantenimento di cui agli artt. 147 e 148 cod. civ. In proposito la Corte ha avuto occasione di specificare che il diritto al rimborso *pro quota* delle spese sostenute fin dalla nascita per il mantenimento del figlio naturale, che spetta al genitore il quale ha allevato la prole in via esclusiva, non può essere azionato, in considerazione dello stato di incertezza che precede la dichiarazione di paternità naturale, se non dal momento della sentenza di accertamento della filiazione naturale, che costituisce pertanto il momento iniziale della decorrenza dell' ordinario termine di prescrizione decennale entro il quale il diritto al regresso può essere fatto valere[7]. La decisione dichiara di richiamarsi, tra l'altro, alla sentenza della Cass. Sez. I, sent. 11.7.2006, n. 15756 (*Rv*. 592466), est. Buonomo, in cui la Corte aveva precisato che il diritto del genitore il quale ha allevato il figlio al regresso nei confronti dell' altro genitore trova la sua regola nelle disposizioni dettate dall' art. 1299 cod. civ. per la disciplina dei rapporti tra condebitori solidali.

Il Giudice di legittimità, ancora in relazione al diritto al rimborso delle spese a favore del genitore che ha provveduto in esclusiva al mantenimento del figlio naturale fin dalla nascita, ha affermato che, sebbene detto diritto trovi titolo nell'obbligazione legale di mantenimento imputabile anche all'altro genitore, ha natura in senso lato indennitaria, in quanto diretto ad indennizzare il genitore che ha riconosciuto il figlio degli esborsi sostenuti da solo per il mantenimento della prole. Ne consegue che il giudice di merito, ove l'importo non sia altrimenti quantificabile nel suo preciso ammontare, legittimamente provvede alla determinazione della somma dovuta quantificandola secondo equità, trattandosi di criterio di valutazione del pregiudizio di portata generale, fermo restando che, essendo la richiesta di indennizzo assimilabile ad un'azione di ripetizione dell'indebito, gli interessi, in assenza di un precedente atto stragiudiziale di costituzione in mora, decorreranno dalla data della domanda giudiziale[8].

---

[6] Cass. Sez. I, sent. 10.6.2014, n. 13026 (Ced Cass. *Rv.* 631516), est. Bisogni.

[7] Cass. Sez. I, sent. 4.4.2014, n. 7986 (Ced Cass. *Rv.* 630119), est. Giancola.

[8] Cass. Sez. I, sent. 22.7.2014, n. 16657 (Ced Cass. *Rv.* 632208), est. Lamorgese.

5. La casa familiare. La Corte ha avuto occasione di intervenire ripetutamente in materia di spettanza dei benefici fiscali per l'acquisto della prima casa quando tra i coniugi sia ormai intervenuta la separazione, di fatto o di diritto. In quest'ultima ipotesi ha precisato – ricordato che le agevolazioni tributarie per l'acquisto della prima casa competono a chi non abbia la disponibilità di altro alloggio nel medesimo Comune a titolo di proprietà o altro diritto reale (cfr. art. 1, nota II bis, lett. b) e c), della tariffa allegata al D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131) – che la disponibilità della ex casa coniugale, ricevuta in assegnazione da uno dei consorti per effetto di provvedimento adottato dal giudice della separazione o del divorzio, non comportando l'attribuzione di un diritto reale bensì di un diritto personale di godimento di natura atipica, non è di ostacolo al godimento dei benefici fiscali[9]. La Corte ha pure affermato che qualora in sede di separazione consensuale dei coniugi sia stata prevista l' attribuzione in proprietà ad un solo coniuge della casa familiare, non si realizza una forma di alienazione immobiliare rilevante ai fini della decadenza dai benefici tributari per l'acquisto della prima casa, bensì una forma di utilizzazione dell'immobile per la migliore sistemazione dei rapporti tra i coniugi, in considerazione della cessazione della loro convivenza[10]. La Corte ha anche chiarito che al verificarsi della separazione legale la comunione tra coniugi di un diritto reale su un immobile, per quanto acquistato in regime di comunione legale, deve essere equiparata alla contitolarità indivisa dei diritti sui beni tra soggetti estranei, che è compatibile con la fruizione delle agevolazioni per l'acquisto della prima casa, perché la facoltà di usare il bene comune, che non impedisca a ciascuno degli altri comunisti di farne parimenti uso, ai sensi dell'art. 1102 cod. civ., non consente di destinare la casa comune ad abitazione di uno solo dei comproprietari, per cui la titolarità della quota è simile a quella di un immobile inidoneo a soddisfare le esigenze abitative[11].

Diversamente, nel caso in cui i coniugi siano separati soltanto di fatto, la Corte ha innanzitutto ritenuto di conformarsi al principio, enunciato a proposito della prova del luogo di residenza, secondo cui le agevolazioni fiscali per l'acquisto della prima casa possono essere riconosciute a chi sia in grado di dimostrare «in base a dati certificati» e pertanto a «risultanze anagrafiche», di avere la propria residenza nel Comune in cui sorge l'immobile (Cass. Sez. VI-V, ord. 2.2.2012, n. 1530, *Rv*. 621386, est. Terrusi). Ha quindi

[9] Cass. Sez. V, sent. 3.2.2014, n. 2273 (Ced Cass. *Rv.* 629512), est. Sambito.

[10] Cass. Sez. VI-V, ord. 18.2.2014, n. 3753 (Ced Cass. *Rv.* 629984), est. Cicala.

[11] Cass. Sez. V, sent. 19.2.2014, n. 3931 (Ced Cass. *Rv.* 629628), est. Sambito.

specificato che analogo principio deve affermarsi in riferimento alla prova di non essere titolare esclusivo o in comunione con il coniuge dei diritti di proprietà, usufrutto, uso o abitazione, in relazione ad altro immobile sito nel medesimo Comune. La Corte ha infatti giudicato che a tal fine non possono essere prese in considerazione situazioni di fatto contrastanti con le risultanze del dato anagrafico, perché il riconoscimento di un beneficio fiscale, di per sé di stretta interpretazione, deve essere ancorato ad un dato certo, e tale non è la separazione di fatto dei coniugi. Il Giudice di legittimità ha pure specificato che il principio della prevalenza del dato anagrafico sulle situazioni di fatto è dettato in chiara funzione antielusiva[12].

Ancora in materia di destino della casa coniugale a seguito della separazione dei coniugi, la Corte ha avuto occasione di precisare che il giudice può assegnare una parte dell'originaria abitazione, tutta di proprietà esclusiva del genitore non collocatario, al genitore collocatario dei figli perché la abiti con loro, specie quando vi sia una limitata conflittualità tra i coniugi separati e la scelta appaia opportuna per assicurare più agevoli e frequenti contatti tra i figli ed il genitore non collocatario. Tuttavia, ove quest'ultimo scelga di trasferire altrove la propria residenza, il provvedimento di assegnazione parziaria non trova più la predetta giustificazione, ed è compito del giudice di merito accertare se l'originaria casa coniugale non fosse costituita dall'intero immobile, perché in questo caso apparirebbe corretto assegnare l' intera casa in favore del genitore collocatario perché la abiti con la prole che con quest'ultimo conviva[13].

La Corte ha avuto l'opportunità di pronunciarsi anche in ordine al destino della casa familiare a seguito della intervenuta separazione dei coniugi, in caso di morte di uno dei consorti separati, che abitavano ormai in case diverse, qualora il *de cuius* fosse proprietario esclusivo dell'appartamento in cui viveva. Il Giudice di legittimità ha in tale occasione statuito che al coniuge superstite non può riconoscersi il diritto di abitazione nell'appartamento e di uso dei mobili che l'arredano, secondo le previsioni di cui all' art. 540, comma II, cod. civ., perché la norma è dettata in riferimento alla casa familiare e tale può ritenersi solo quella in cui i coniugi convivano all' epoca della scomparsa di uno di loro[14].

Il Giudice di legittimità ha poi affrontato la problematica della giusta

---

[12] Cass. Sez. V, sent. 26.3.2014, n. 7069 (Ced Cass. *Rv.* 629941), est. Sambito.

[13] Cass. Sez. VI-I, ord. 11.4.2014, n. 8580 (Ced Cass. *Rv.* 631071), est. Acierno.

[14] Cass. Sez. II, sent. 12.6.2014, n. 13407 (Ced Cass. *Rv.* 631146), est. Matera, edita in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 12, I, p. 1190, con nota di Alessandro Benni De Sena, *Il coniuge separato senza addebito e il legato di abitazione della casa adibita a residenza familiare*.

durata dell'assegnazione della casa familiare di proprietà esclusiva di un coniuge all'altro, perché la abiti insieme ai figli nati dal matrimonio. Dato per scontato che in tal caso l'assegnazione della casa familiare al coniuge non proprietario dell'immobile si giustifica solo nel caso che sia collocatario dei figli, la Corte ha specificato che le circostanze le quali giustificano il permanere dell'assegnazione devono essere valutate dal giudice con prudente apprezzamento, caso per caso e con criteri di rigore proporzionalmente crescenti in rapporto all'età dei beneficiari, fermo restando che il sacrificio imposto al coniuge proprietario, ma estromesso dalla casa coniugale, non può essere protratto oltre ragionevoli limiti di tempo e di misura. Il Giudice di legittimità ha perciò confermato la decisione della Corte di merito che aveva ritenuto ingiustificato il protrarsi dell'assegnazione della casa familiare alla moglie sul mero presupposto dello stato di disoccupazione dei figli dei coniugi separati collocati presso di lei, pur in un contesto di crisi economica, essendo i figli ormai entrambi ultraquarantenni[15].

La Corte si è quindi occupata, a Sezioni Unite, del problema del rilievo dei legami familiari in relazione al contratto di comodato. Il Giudice di legittimità ha statuito che il coniuge affidatario della prole minorenne, o maggiorenne non autosufficiente, può opporre al comodante il quale chieda il rilascio dell'immobile l'esistenza di un provvedimento di assegnazione in suo favore della casa familiare, pronunciato in un giudizio di separazione o divorzio, solo se tra il comodante e almeno uno dei coniugi il contratto in precedenza stipulato abbia contemplato la destinazione del bene a casa familiare. Fermo restando che a seguito del provvedimento di assegnazione si verifica la concentrazione del rapporto in favore del genitore assegnatario, ancorché diverso dall'originario contraente, in tale evenienza il contratto, 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. Pertanto, indipendentemente dall'insorgere di una crisi coniugale, il vincolo contrattuale è destinato a persistere o a venir meno in conseguenza della sopravvivenza o del venir meno delle necessità familiari (nella specie, relative a figli minori) che avevano legittimato l'assegnazione dell'immobile[16].

---

[15] Cass. Sez. I, sent. 20.8.2014, n. 18076 (Ced Cass. *Rv.* 631933), est. Lamorgese.

[16] Cass. SS. UU., sent. 29.9.2014, n. 20448 (Ced Cass. *Rv.* 633004), est. D'Ascola, edita in *Guida dir.*, 42/2014, p. 20, con nota di Marcella Fiorini, *Inapplicabile la disciplina sul "precario" in presenza del vincolo di destinazione*, ed in *Fam. dir.*, 1/2015, p. 5, con nota di Rita Russo, *Le Sezioni Unite si pronunciano nuovamente sul comodato di immobile destinato ad abitazione della famiglia*.

6. Convivenza more uxorio *e diritti conseguenziali.* In materia di diritto all'abitazione la Corte aveva già di recente specificato che il rapporto di convivenza *more uxorio* comporta l'instaurarsi di un rapporto di coabitazione che non ha i caratteri della mera ospitalità offerta dal convivente proprietario dell'immobile, ed assume anzi i connotati tipici di una detenzione qualificata da parte del convivente non proprietario. Quest'ultimo, in conseguenza, è stato ritenuto legittimato ad esercitare l'azione di spoglio nei confronti del convivente che lo avesse estromesso violentemente o clandestinamente dall'appartamento (Cass. Sez. II, sent. 21.3.2013, n. 7214, *Rv*. 626080, est. Giusti). Nell' anno 2014 la Corte è quindi tornata in argomento per ribadire che la convivenza *more uxorio* determina, sulla casa ove si svolge e si attua il programma di vita in comune, un potere di fatto sull'appartamento da parte di entrambi i conviventi, avente titolo in un negozio giuridico di tipo familiare, ed ha specificato che la condizione di detentore qualificato dell' immobile è opponibile dal convivente *more uxorio* del comodatario dell'appartamento anche al terzo comodante[17].

La Corte ha avuto modo di esaminare anche un'articolata vicenda in cui un uomo ed una donna si erano uniti in un rapporto di convivenza *more uxorio*. A seguito del trasferimento in Cina dell' uomo, la convivente aveva rinunciato anche ad un lavoro quale dirigente pur di seguire il compagno. Dall'unione era quindi nato un figlio. Dopo qualche anno, però, i due si erano separati ed avevano anche regolato consensualmente i reciproci impegni, specie in considerazione della prole. Residuavano però pretese da parte dell'uomo, che domandava la restituzione di almeno parte del denaro corrisposto nel corso del rapporto direttamente alla convivente, e trattavasi di somme diverse da quanto versatole per le esigenze della vita, mentre lei domandava il riconoscimento di un indennizzo per aver lasciato una carriera lucrosa e di buone prospettive al solo fine di seguire il convivente in Asia. Il Giudice di legittimità, dopo aver evidenziato che le unioni di fatto assumono rilievo anche ai sensi dell'art. 2 Cost., ha ricordato che dalle stesse derivano reciproci doveri di natura morale e sociale da parte dei conviventi. Ha quindi specificato che le attribuzioni patrimoniali effettuate in favore del convivente *more uxorio* nel corso della durata dell' unione, per quanto costituite nella specie da versamenti sul conto corrente personale della bene-

---

[17] Cass. Sez. II, sent. 2.1.2014, n. 7 (Ced Cass. *Rv.* 628849), est. Migliucci, edita in *Giur. it.*, 2014, 1, p. 31, con nota di Marianna Aureli, *Detenzione e possesso nella convivenza di fatto: l'evoluzione giurisprudenziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 7-8, I, p. 654, con nota di Floriana Esposito, *Famiglia di fatto e tutela possessoria del convivente*, ed in *Dir. fam.*, 2014, 4, I, p. 1330, con nota di Francesca Lai, *Osservazioni sulla situazione possessoria del convivente* more uxorio.

ficiaria, configurano comunque l'adempimento di una obbligazione naturale ai sensi dell'art. 2034 cod. civ., a condizione che siano rispettati i principi di proporzionalità ed adeguatezza, e non sono perciò suscettibili di ripetizione. Queste prestazioni, infatti, non assumono natura indennitaria, nel caso di specie neppure per compensare la rinuncia a favorevoli occasioni di carriera professionale, ma sono fornite nell'ambito di un rapporto personale in cui la reciproca solidarietà assume un rilievo centrale, sono espressione del vincolo di unione che, per un tempo della loro vita, ha legato un uomo ed una donna[18].

7. Affidamento temporaneo, stato di abbandono e dichiarazione di adottabilità del minore. In materia di parametri da valutare ai fini della procedura di adozione, il Giudice di legittimità ha affermato che «lo stato di adottabilità di un minore non richiede come presupposto indispensabile la mancanza di amore dei genitori per il figlio poiché, ai sensi della L. n. 184 del 1983, art. 8, la situazione di abbandono si caratterizza per il fatto che il minore, anche indipendentemente da una situazione di colpa del genitore, si trova ad essere privo non transitoriamente di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi». Ne consegue che lo stato di adottabilità può essere dichiarato anche quando lo stato di abbandono sia determinato da un disturbo comportamentale grave e non transitorio che renda il genitore, ancorché ispirato da sentimenti di amore sincero e profondo, inidoneo ad assumere e a conservare piena consapevolezza delle proprie responsabilità verso il figlio, nonché ad agire in modo coerente per curarne nel modo migliore lo sviluppo fisico, psichico e affettivo, sempre che il disturbo sia tale da coinvolgere il minore, producendo danni irreversibili al suo sviluppo ed al suo equilibrio psichico[19].

Il problema di distinguere l'affidamento legale del minore dall'esercizio in fatto dell'affidamento stesso si è posto in relazione ad una controversia avente ad oggetto la sottrazione internazionale di minori. La Corte infatti, dopo aver ricordato che ai sensi dell'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 25.10.1980, costituisce un presupposto indefettibile perché possa essere disposto il rimpatrio del minore la circostanza che, al momento del trasferimento, il diritto di affidamento fosse effettivamente esercitato dal richie-

---

[18] Cass. Sez. I, sent. 22.1.2014, n. 1277 (Ced Cass. *Rv.* 629802), est. Campanile.

[19] Cass. Sez. I, sent. 21.3.2014, n. 6755, est. Di Amato, non massimata per il Ced Cass. La decisione riprende dichiaratamente quanto statuito da Cass. Sez. I, sent. 18.2.2005, n. 3389 (Ced Cass. *Rv*. 579437), est. Petitti, e da Cass. Sez. I, sent. 29.10.2012, n. 18563 (Ced Cass. Rv. 624600), est. Campanile.

dente il rimpatrio, neppure rilevando le ragioni del suo eventuale mancato esercizio, ha cassato la decisione del giudice di merito che aveva ritenuto di poter disporre il rimpatrio sulla base del mero provvedimento di affidamento legale del minore, senza accertare se il richiedente il rimpatrio esercitasse effettivamente l'affidamento sul figlio d'età minore[20].

Tornando ad occuparsi dei parametri di valutazione della situazione di abbandono del minore, sui quali occorre fondare la dichiarazione di adottabilità, la Suprema Corte ha quindi confermato che essi devono essere individuati «a) nel netto *favor* per la crescita del minore nella propria famiglia; b) nella verifica dell'apprestamento di servizi e strumenti di sostegno al fine di rimuovere o migliorare la situazione di criticità della famiglia del minore; c) nella rigorosa valutazione dell'impossibilità di prestare assistenza materiale e morale al minore al fine di escluderne la transitorietà, e la riconducibilità a fattori causali derivanti da forza maggiore in modo da acquisire la certezza della continuità, stabilità, definitività delle condizioni obiettive e soggettive accertate, anche alla luce della mancata risposta o del rifiuto di accettare gli interventi di sostegno provenienti dai servizi territoriali; d) nell'esigenza di non considerare in astratto l'interesse del minore ma di collegarlo anche in funzione di bilanciamento, con quello dei genitori a conservare il legame filiale, ove tale scelta non determini danni irreversibili nello sviluppo psicofisico del minore medesimo», ribadendo dichiaratamente l'orientamento proposto dalla Cassazione con la sentenza n. 26204 del 2013[21]. La Suprema Corte ha poi specificato che tali parametri devono essere valutati con particolare rigore, non potendo neppure trascurarsi «la sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 21 gennaio 2014, Shou c. Italia, la quale ha ritenuto violato l'art. 8 della Convenzione EDU, il quale prevede che "Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita (…) familiare", per avere il giudice italiano disposto l'adozione legittimante in relazione ad un minore, senza tenere conto adeguato dell'interesse preminente del medesimo e senza idoneo accertamento degli elementi accertati dalle autorità per concludere che le condizioni in cui viveva il minore compromettessero il suo sviluppo sano ed equilibrato»[22].

Ancora in materia di presupposti che devono ricorrere perché possa ritenersi sussistente lo stato di abbandono del minore, il Giudice di legittimità ha affermato che «in tema di dichiarazione di adottabilità … qualora si

---

[20] Cass. Sez. I, sent. 26.6.2014, n. 14561 (Ced Cass. *Rv.* 631810), est. Lamorgese.

[21] Cass. Sez. I, sent. 22.11.2013, n. 26204 (Ced Cass. *Rv.* 629006), est. Acierno.

[22] Cass. sez. I, sent. 10.7.2014, n. 15861, est. Nazzicone, non massimata per il Ced Cass.

manifesti da parte di figure parentali sostitutive la disponibilità a prestare assistenza e cure al minore, essenziale presupposto giuridico per escludere lo stato di abbandono è la presenza di significativi rapporti dello stesso con tali persone». La portata di questo principio non consente tuttavia di ritenerlo prevalente su quello, fondamentale, secondo cui occorre sempre assicurare soddisfazione al preminente interesse del minore. In conseguenza, l'assenza di preesistenti rapporti significativi tra il minore ed i parenti entro il quarto grado «deve ritenersi non ostativa all'esclusione dello stato di abbandono se attribuibile a condizioni oggettive, atte ad impedire il sorgere di tali relazioni materiali ed affettive, rinvenibili nel caso di neonati». In tal caso «la disponibilità manifestata dai parenti entro il quarto grado … che non abbiano con lui rapporti significativi … a prendersi cura del minore … se manifestata entro un termine ragionevolmente breve dalla nascita, comporta che esso non possa essere ritenuto in stato di abbandono, salvo che si accerti l'inidoneità di tali parenti ad assicurarne l'assistenza e la crescita in modo adeguato»[23].

Il Giudice di legittimità ha quindi ribadito con chiarezza come la situazione che giustifica l'affidamento eterofamiliare si differenzia profondamente da quella che legittima la dichiarazione dello stato di adottabilità, in quanto la mancanza di un ambiente familiare idoneo, che pur costituisce il presupposto di entrambi i provvedimenti, deve risultare nel primo caso meramente temporanea, e quindi superabile con il predetto affidamento, mentre nel secondo caso dev'essere ritenuta insuperabile, e quindi tale da non poter essere ovviata se non mediante la dichiarazione dello stato di adottabilità[24].

8. Il mantenimento della prole. La Corte, evidenziato che il figlio minore ha un interesse proprio, distinto e preminente rispetto a quello dei genitori, a vedersi assicurato un contributo al mantenimento idoneo al soddisfacimento delle proprie esigenze di vita, ha precisato che le sue aspettative non rimangono compromesse dall'accordo raggiunto dai genitori circa la corresponsione dell'assegno di divorzio in un'unica soluzione. Tale scelta non pregiudica infatti la possibilità di richiedere, nell'interesse del figlio avente diritto al mantenimento, la modifica delle condizioni economiche del divorzio agendo ai sensi dell'art. 9 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, qualora

[23] Cass. sez. I, sent. 11.9.2014, n. 19210, est. Giancola, non massimata per il Ced Cass., che riprende dichiaratamente i principi affermati da Cass. Sez. I, sent. 28.1.2011 (Ced Cass. *Rv*. 616556), n. 2102, est. Felicetti.

[24] Cass. Sez. I, sent. 10.10.2014, n. 21488, est. Mercolino, non massimata per il Ced Cass. La decisione conferma l'orientamento espresso dal Giudice di legittimità con Cass. sez. I, sent. 4.5.2010, n. 10706 (Ced. Cass. *Rv*. 613346), est. Schirò.

il ricordato accordo, per fatti intervenuti successivamente alla definitività della sentenza, si riveli inidoneo a soddisfare le esigenze del figlio[25].

Decidendo in tema di conseguenze del divorzio, quindi, il Giudice di legittimità ha chiarito che il contributo al mantenimento dei figli minori, quantificato in una somma fissa mensile da corrispondere in favore del genitore affidatario, non costituisce (in mancanza di diverse disposizioni) il mero rimborso delle spese sostenute da quest'ultimo nel mese corrispondente, bensì la rata mensile di un assegno annuale determinato, tenendo conto di ogni altra circostanza emergente dal contesto, in funzione delle esigenze della prole rapportate all'anno. In conseguenza il genitore non affidatario non può ritenersi sollevato dall'obbligo di corresponsione dell'assegno in relazione al tempo in cui i figli, nel rispetto delle modalità di visita disposte dal giudice, si trovino presso di lui ed egli provveda perciò in modo esclusivo al loro mantenimento[26].

9. Il mantenimento dei figli maggiorenni. In ordine al principio, ripetutamente affermato dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui le somme corrisposte all'ex coniuge beneficiario per il mantenimento proprio o dei figli in pendenza (del giudizio di separazione oppure di divorzio o) della procedura per la revisione delle condizioni di divorzio sono irripetibili perché, anche se eccedenti la misura fissata tanto che questa sia stata ridotta all'esito della procedura, deve ritenersi che le somme versate siano state comunque tutte consumate per soddisfare primarie esigenze dei beneficiari, la Corte ha avuto modo di specificare che tale principio di irripetibilità, nel caso in cui all'esito della procedura l'importo dovuto sia stato ridotto per la sopravvenuta indipendenza economica dei figli maggiorenni, si giustifica solo qualora possa ritenersi che gli importi riscossi abbiano assunto una concreta funzione alimentare, ipotesi che non ricorre qualora ne abbiano beneficiato soggetti autosufficienti in un periodo in cui, stante la pendenza della controversia, era noto il rischio restitutorio[27].

10. Il divieto della maternità surrogata. La Corte è intervenuta anche in materia di surrogazione di maternità, ossia della pratica per cui una donna si presta a portare avanti una gravidanza ed a partorire un figlio per un'altra donna. Il Giudice di legittimità ha innanzitutto evidenziato che nell'ordi-

---

[25] Cass. Sez. I, sent. 13.6.2014, n. 13424 (Ced Cass. *Rv.* 631425), est. Bisogni.

[26] Cass. Sez. I, sent. 8.9.2014, n. 18869 (Ced Cass. *Rv.* 632192), est. San Giorgio.

[27] Cass. Sez. I, sent. 23.5.2014, n. 11489 (Ced Cass. *Rv.* 631633), est. Giancola.

namento giuridico italiano, per il quale la madre è colei che partorisce il bambino (art. 269, comma III, cod. civ.) si rinviene, all' art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, un espresso divieto della maternità surrogata. Ha quindi specificato che il divieto di dare corso a tecniche di surrogazione di maternità costituisce una norma di ordine pubblico per l'ordinamento italiano, venendo in rilievo la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone in contrasto. Nel caso di specie il Giudice di legittimità ha confermato la dichiarazione dello stato di abbandono di un bambino il cui atto di nascita, formato all'estero, non appariva veritiero. Dal documento, infatti, il bambino risultava essere figlio di una coppia di italiani ma nel corso del giudizio era emerso che il minore, sotto l'aspetto genetico, non era affatto figlio di coloro che risultavano essere i suoi genitori. L'atto di nascita del bambino, peraltro, risultava invalido anche per la legislazione dello Stato in cui era stato formato, l'Ucraina, perché in quel Paese si consente la maternità surrogata, ma si richiede che almeno il 50% del patrimonio genetico del bambino appartenga ai genitori risultanti dall'atto di nascita[28].

11. Il riconoscimento degli effetti civili alla sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del matrimonio. La Corte ha quindi confermato, nelle sue linee essenziali, anche la propria giurisprudenza ormai consolidata nell'affermare che la sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del matrimonio per esclusione da parte di un coniuge di uno dei *bona* matrimoniali, ed in particolare quello relativo alla procreazione – causa di nullità del matrimonio sconosciuta nell'ordinamento giuridico italiano – può conseguire il riconoscimento dell'esecutività «quando quella esclusione, sia pure unilaterale, sia stata portata a conoscenza dell' altro coniuge prima della celebrazione del matrimonio, o se questo coniuge ne abbia preso atto, ovvero quando vi siano stati elementi rivelatori di quell' atteggiamento psichico non percepiti dall'altro coniuge solo per sua colpa grave da valutarsi in concreto». Nel caso di specie, peraltro, la Corte di merito aveva ritenuto provato che entrambi i coniugi, anche se per motivazioni diverse, avevano contratto matrimonio prevenuti rispetto alla procreazione[29].

---

[28] Cass. Sez. I, sent. 26.9.2014, n. 24001 (Ced Cass. *Rv.* 633634), est. De Chiara, edita in *Foro it.*, 2014, 12, I, p. 3408, con nota di Geremia Casaburi, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*.

[29] Cass. Sez. I, sent. 21.5.2014, n. 11226 (Ced Cass. *Rv.* 631433), est. Didone.

Parte II, diritto processuale.

1. La crisi del matrimonio e l'addebito. Una peculiarità del processo di separazione giudiziale dei coniugi consiste nella possibilità per il giudice, ove ne ricorrano le circostanze e ne sia richiesto, di dichiarare a quale dei due coniugi sia addebitabile la separazione, in considerazione del suo comportamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio (art. 151, comma II, cod. civ.). La domanda di addebito è indubbiamente una domanda diversa ed ulteriore rispetto a quella di pronuncia della separazione, ma la Corte ha ritenuto che ai fini della sua ammissibilità non occorre che essa sia espressamente ripetuta nella parte riservata alle conclusioni del ricorso introduttivo del giudizio, essendo sufficiente che l' intenzione di uno dei coniugi di domandare l'addebito della separazione all'altro risulti in modo inequivoco dalla lettura dell' atto nel suo complesso[30].

La Corte ha pure precisato che, al fine della pronuncia di addebito della separazione personale dei coniugi, vertendosi in materia di diritti indisponibili, le ammissioni di proprie responsabilità nella crisi del rapporto matrimoniale, operate stragiudizialmente in una missiva indirizzata alla controparte, non possono assumere valore di confessione in senso stretto, ai sensi dell'art. 2730 e ss. cod. civ., ma possono essere utilizzate quali presunzioni o indizi liberamente valutabili dal giudice[31].

La Corte ha quindi ritenuto in linea di massima impropria, ai fini della pronuncia di addebito della separazione personale dei coniugi, la trasposizione nell' ambito familiare del concetto lavoristico del *mobbing*. Ha osservato il Giudice di legittimità che in ambito lavorativo la vittima, sottoposta a molestie morali, si trova in una condizione di soggezione rispetto al suo aggressore (o ai suoi aggressori). In ambito familiare, invece, vige il principio della uguaglianza morale e materiale dei coniugi. Ai fini della pronuncia di addebito della separazione personale occorre allora fornire la prova rigorosa del compimento, da parte di uno dei consorti, di specifici atti consapevolmente contrari ai doveri nascenti dal matrimonio, nonché del nesso causale tra tali atti ed il determinarsi dell'intollerabilità della convivenza o del grave pregiudizio dei figli[32].

---

[30] Cass. Sez. 1, sent. 22.1.2014, n. 1278 (Ced Cass. *Rv.* 629421), est. San Giorgio.

[31] Cass. Sez. I, sent. 4.4.2014, n. 7998 (Ced Cass. *Rv.* 631074), est. Lamorgese, edita in *Fam. dir.*, 12/2014, p. 1099, con nota di Silvia Tarricone, *Domanda di addebito e adempimento dell'onere della prova nei giudizi di separazione coniugale*.

[32] Cass. Sez. I, sent. 19.6.2014, n. 13983 (Ced Cass. *Rv.* 631626), est. Lamorgese.

2. L'assegno di mantenimento per il coniuge e la prole. Il Giudice di legittimità ha precisato, in materia di procedura per la revisione delle condizioni del divorzio, che in tale ambito il giudice non può procedere alla rivalutazione di quanto ritenuto nella sentenza che ha definito il giudizio, ad esempio provvedendo ad un'autonoma valutazione dei presupposti e della entità dell'assegno di divorzio sulla base di una diversa ponderazione delle condizioni economiche delle parti. Nell' ambito della procedura di cui all'art. 9 della legge 1°.12.1970, infatti, al giudice compete verificare se, ed in che misura, circostanze sopravvenute alla pronuncia di divorzio abbiano alterato l'equilibrio patrimoniale raggiunto tra le parti in quella sede, eventualmente adeguando l' importo dell'assegno, o lo stesso obbligo della contribuzione, alla nuova situazione. In questa decisione il Giudice di legittimità ha avuto occasione di chiarire che non può considerarsi efficace, al fine di eludere o limitare l'obbligo di mantenimento dell'ex coniuge, lamentare una pur rilevante esposizione debitoria, formatasi però a seguito di un acquisto immobiliare e del versamento di quanto dovuto in conseguenza di una accertata evasione fiscale da parte dell'onerato, evasione che rendeva pure difficile l'accertamento del suo reddito reale, comunque evidentemente superiore al dichiarato[33].

La Corte ha poi specificato che l'ordinanza adottata ai sensi dell'art. 4, comma VIII, della legge 1° dicembre 1970, n. 898, con la quale il Presidente del Tribunale, nel corso di un procedimento per la cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario, dispone la riduzione dell'assegno di separazione, nomina sé stesso giudice istruttore e fissa l'udienza di comparizione delle parti, è un provvedimento di natura temporanea ed urgente, e stante la sua natura non decisoria, bensì provvisoria ed interinale, non può essere impugnato con regolamento di competenza. Il Giudice di legittimità ha pure osservato che la conclusione riceve ulteriore conforto dalla considerazione che in un simile giudizio compete al collegio, e non al giudice istruttore o al presidente del tribunale, il potere di decidere la causa, ancorché sulla sola competenza[34].

La Corte ha quindi esaminato la problematica della legittimazione ad agire per pretendere dal coniuge onerato il rispetto dell'obbligo di mantenimento del figlio che abbia raggiunto la maggiore età. Il Giudice di legittimità ha affermato che il coniuge separato o divorziato, già affidatario del figlio ora divenuto maggiorenne, è legittimato *iure proprio*, ove il figlio sia ancora

[33] Cass. Sez. VI-I, ord. 20.6.2014, n. 14143 (Ced Cass. *Rv.* 631514), est. Dogliotti.

[34] Cass. Sez. VI-I, ord. 3.7.2014, n. 15186 (Ced Cass. *Rv.* 631807), est. De Chiara.

con lui convivente e non sia economicamente autosufficiente, ad ottenere dall'altro coniuge il versamento del contributo per il mantenimento del figlio. Osservato che pure il figlio, maggiorenne ma non autosufficiente, è legittimato ad agire per pretendere la corresponsione del mantenimento da parte del genitore, sussiste una duplice legittimazione, e ciascuna legittimazione è concorrente con l'altra, senza, tuttavia, che possa ravvisarsi un'ipotesi di solidarietà attiva, ai cui principi è possibile ricorrere solo in via analogica, trattandosi di diritti autonomi e non del medesimo diritto attribuito a più persone[35].

3. I figli nati fuori dal matrimonio. In materia di accertamento giudiziale della paternità e maternità naturale, l' inequivoco disposto di cui all' art. 269 cod. civ. consente che il rapporto di filiazione sia provato "*con ogni mezzo*". La Corte ha quindi ribadito, in relazione ad un giudizio di accertamento della paternità naturale, che essa può essere provata anche mediante il ricorso ad indici presuntivi che, considerati nel loro complesso e valutati sul fondamento dell' "*id quod plerumque accidit*", risultino idonei, per attendibilità e concludenza, a fornire la dimostrazione completa e rigorosa della paternità. Operata questa premessa, la Corte ha specificato che nell'ambito di tali indici presuntivi di natura indiziaria possono ricomprendersi sia l'accertato comportamento del preteso genitore che abbia trattato come figlio – assicurandogli mantenimento, istruzione ed educazione – la persona a cui favore si chiede la dichiarazione di paternità, c.d. *tractatus*, sia la manifestazione esterna di tale rapporto nelle relazioni sociali, c.d. *fama*, sia le risultanze di una consulenza immuno-ematologica eseguita su campioni biologici di stretti parenti (nella specie: madre e fratello) del preteso genitore, essendo quest'ultimo scomparso[36].

La Corte, pronunciando in materia di tutela processuale del minore (naturale) nei procedimenti che lo coinvolgono, ha precisato che la disposizione di cui all' art. 336, ult. comma, cod. civ., ove si prevede la nomina di un difensore del minore, trova applicazione solo in riferimento alle procedure che possano comportare «la limitazione o la eliminazione della potestà genitoriale» nei suoi confronti, nelle quali si appalesa un concreto profilo di contrasto di interessi tra il minore ed uno o entrambi i suoi genitori. Ne consegue che non è prevista la nomina del difensore del minore quando la controversia, istaurata ai sensi dell'art. 317 *bis* cod. civ. (nel testo previgente),

---

[35] Cass. Sez. I, sent. 8.9.2014, n. 18869 (Ced Cass. *Rv.* 632191), est. San Giorgio.

[36] Cass. Sez. I, sent. 22.1.2014, n. 1279 (Ced Cass. *Rv.* 629363), est. Campanile.

abbia ad oggetto il regime di affidamento del minore naturale e la disciplina del diritto di visita in favore del genitore non destinato a convivere con lui, figlio di genitori naturali che hanno deciso di porre fine alla loro convivenza. In casi come questo la partecipazione del minorenne al procedimento che lo riguarda si esprime attraverso l'ascolto del minore come ora disciplinato ai sensi dell'art. 315 *bis*, comma III, cod. civ., in attuazione dell'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo[37].

Il Giudice di legittimità si è quindi soffermato a specificare che, pendente innanzi al tribunale ordinario un giudizio avente ad oggetto la determinazione dell'assegno di mantenimento in favore del figlio naturale di età minore, sulla domanda riconvenzionale introdotta dal genitore chiamato in giudizio, che abbia domandato l'affidamento a lui del figlio, rimane competente il tribunale ordinario e non quello per i minorenni, stante il disposto di cui all' art. 38, disp. att. cod. civ., come novellato[38].

La Corte ha poi confermato (cfr. Cass. SS.UU., sent. 3.11.2005, n. 21287, *Rv*. 585424) che, nel rispetto della formulazione letterale della norma di cui all'art. 276 cod. civ., in caso di morte del preteso genitore naturale, legittimati passivi in relazione all'azione volta alla dichiarazione giudiziale di paternità sono esclusivamente i suoi eredi, e non anche gli eredi degli eredi ai quali, essendo portatori di un interesse contrario all'accoglimento della domanda, è comunque riconosciuta la facoltà di intervenire in giudizio (cfr. art. 276, comma II, cod. civ.)[39].

In materia di spettanza dell' assegno per il mantenimento del figlio naturale la Corte ha precisato, nell'ambito di un giudizio di accertamento della paternità naturale, che mentre la condanna al rimborso della quota di mantenimento, che competeva al padre naturale e lui non ha corrisposto fino all'introduzione del giudizio di accertamento, può essere irrogata solo a seguito di domanda dell'altro genitore che abbia provveduto al mantenimento in via esclusiva, in relazione al periodo successivo alla proposizione dell'azione di accertamento della paternità non occorre alcuna specifica richiesta in ordine alla fissazione di un assegno di mantenimento del minore, essendo il giudice dotato, in tale ambito, di poteri officiosi[40].

Un problema particolare, ma suscettibile di riproporsi non di rado, è stato poi esaminato dalla Corte a proposito del riconoscimento di figlio natura-

---

[37] Cass. Sez. I, sent. 31.3.2014, n. 7478 (Ced Cass. *Rv.* 630321), est. Acierno.

[38] Cass. Sez. VI-I, ord. 11.4.2014, n. 8574 (Ced Cass. *Rv.* 631129), est. Scaldaferri.

[39] Cass. Sez. I, sent. 16.5.2014, n. 10783 (Ced Cass. *Rv.* 631251), est. Lamorgese.

[40] Cass. Sez. I, sent. 21.5.2014, n. 11211 (Ced Cass. *Rv.* 631264), est. Campanile.

le operato in uno Stato in cui sia vigente un "*ordinamento plurilegislativo*", nel caso di specie il Canada. Il Giudice di legittimità ha premesso che lo stato di figlio naturale di uno straniero deve essere (di regola) valutato dal giudice italiano – ai sensi dell'art. 33, commi 1 e 2, della legge 31 maggio 1995, n. 218 (*Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*), come modificati dal D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 – in base alle previsioni della legge nazionale del figlio al momento della nascita. La Corte ha quindi deciso che se la legge nazionale del figlio era rappresentata, nel momento in cui veniva al mondo, da un ordinamento plurilegislativo, compete al giudice italiano ricercare d'ufficio le norme dell'ordinamento straniero applicabili, anche mediante l'analisi delle clausole di quell'ordinamento idonee ad individuare il sottosistema territoriale o personale da cui deve ritenersi disciplinata la specifica fattispecie[41].

Ancora, in tema di azione per la dichiarazione giudiziale della paternità o maternità, l'art. 276 cod. civ., come modificato dall'art. 1, comma 5, della legge 10 dicembre 2012, n. 219, ha previsto la nomina di un curatore speciale del soggetto della cui filiazione si tratta, qualora la domanda non possa essere proposta nei confronti del presunto genitore o dei suoi eredi. Il Giudice di legittimità ha allora precisato che la disposizione deve ritenersi immediatamente applicabile anche ai giudizi pendenti alla data in cui la nuova normativa è entrata in vigore, pertanto il 1° gennaio 2013, e che, ove ricorra l'esigenza della sua nomina, il curatore speciale è parte necessaria del relativo giudizio. Ne discende che, ove sia stata omessa la nomina del curatore pur risultando integrati i presupposti di legge perché alla stessa dovesse procedersi, la causa deve essere rimessa al giudice di primo grado, cui compete in via esclusiva la designazione[42].

4. L'affidamento della prole. La Suprema Corte ha avuto l'opportunità di chiarire che la facoltà di chiedere: la sospensione del procedimento abbreviato per la dichiarazione di adottabilità del minore non riconosciuto alla nascita e l'assegnazione di un termine per provvedere al riconoscimento, prevista in favore di chi si affermi genitore biologico dall'art. 11, comma II, della legge 4 maggio 1983, n. 184, non è preventivamente rinunciabile, né è soggetta a decadenza. Tale richiesta, pertanto, può intervenire fino alla definizione del procedimento di primo grado, dovendo poi il tribunale per i minorenni

---

[41] Cass. Sez. I, sent. 26.5.2014, n. 11751 (Ced Cass. *Rv.* 631310), est. Macioce, edita in *Foro it*., 2014, 6, I, p. 1738, con nota di Geremia Casaburi, *Diritto internazionale privato, filiazione, legge straniera applicabile*.

[42] Cass. Sez. I, sent. 19.9.2014 (Ced Cass. *Rv.* 632179), est. Acierno.

valutare, nell'interesse preminente del minore alla sua famiglia di origine, il requisito del perdurante rapporto del genitore biologico con il figlio alla luce delle peculiarità del caso, valorizzando la disponibilità, la capacità e le competenze di detto genitore, in considerazione delle responsabilità del ruolo[43].

Il Giudice di legittimità ha quindi statuito che il decreto con il quale la Corte d'appello dichiara inammissibile il provvedimento adottato in via provvisoria ed urgente dal tribunale per i minorenni, con cui era stato disposto l' affidamento di un minore al Comune, senza definire il procedimento ed anzi disponendo ulteriori adempimenti per la sua prosecuzione, non ha carattere decisorio e definitivo, e non è pertanto impugnabile con ricorso per cassazione, né ordinario, né straordinario ai sensi dell'art. 111 Cost.[44].

In materia di affidamento della prole la Corte è stata chiamata a decidere anche sulla correttezza dell'operato del giudice dell' impugnazione che aveva disposto, in pendenza del giudizio di separazione personale dei coniugi, l' affidamento del figlio minore al servizio sociale in mancanza di domanda di parte. Il Giudice di legittimità ha allora precisato che, ai sensi dell'art. 155 cod. civ. (cfr., ora, l'art. 337 *ter*, cod. civ.), il giudice della separazione può adottare, nei confronti della prole e nel suo esclusivo interesse, ogni provvedimento ritenuto opportuno, anche uno di quelli di regola riservati al tribunale per i minorenni, pur nell'assenza di domanda di parte e pertanto pronunciando "*ultra petitum*"[45].

In materia di dichiarazione di adottabilità la Corte ha sottolineato la prioritaria esigenza per il minore di vivere, nei limiti del possibile, con i suoi genitori biologici e comunque di essere allevato nell'ambito della propria famiglia di origine, ed ha perciò cassato con rinvio la decisione della corte di merito che aveva dichiarato lo stato di adottabilità dei figli, in considerazione delle patologie di carattere mentale da cui risultavano affetti i genitori biologici, e del loro stato di tossicodipendenza, ma omettendo di valutare l'idoneità dei nonni paterni a provvedere all'assistenza ed alla cura dei nipoti[46].

5. Il riconoscimento degli effetti civili alla sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del matrimonio: effetti. La Corte si è occupata ripetutamente,

---

[43] Cass. Sez. I, sent. 7.2.2014, n. 2802 (Ced. Cass. *Rv*. 630218), est. Giancola, edita in *Fam. dir*., 4/2014, p. 321, con nota di Vincenzo Carbone, *Genitorialità responsabile: abbandono, ripensamento e riconoscimento del figlio prima della chiusura del procedimento di adozione*, ed in *Minori giust*., 2014, 3, p. 184, con nota di Franco Occhiogrosso, *Il diritto della donna alla riflessione accompagnata e al ripensamento: che cosa cambia in tema di riconoscimento materno e di adottabilità del figlio*.

[44] Cass. Sez. I, sent. 12.5.2014, n. 10291 (Ced Cass. *Rv.* 631255), est. Giancola.

[45] Cass. Sez. I, sent. 22.5.2014, n. 11412 (Ced Cass. *Rv.* 631307), est. Didone.

[46] Cass. Sez. I, sent. 26.5.2014, n. 11758 (Ced Cass. *Rv.* 631309), est. Didone.

nel corso dell'anno, della possibilità di riconoscere l'esecutività nel diritto dello Stato alla sentenza di nullità del matrimonio religioso con effetti civili, il c.d. matrimonio concordatario, pronunciata dai tribunali ecclesiastici. Il Giudice di legittimità ha innanzitutto confermato che in materia di delibazione della pronuncia ecclesiastica dichiarativa della nullità matrimoniale deve escludersi la previsione nel diritto italiano di un principio di ordine pubblico, ostativo al riconoscimento degli effetti civili alla decisione ecclesiastica, secondo il quale il vizio che invalida il matrimonio potrebbe essere fatto valere solo dal coniuge il cui consenso fosse stato viziato all' epoca in cui le nozze erano state contratte. Nel caso di specie è stato ritenuto legittimato a domandare la delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale il marito, affetto da *impotentia coeundi*, in una ipotesi in cui poteva escludersi che, adoperando l'ordinaria diligenza, il vizio risultasse non conoscibile dall'altro nubendo[47].

La Corte ha poi ricordato che la dichiarazione di efficacia delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio concordatario è subordinata all' accertamento della sussistenza dei requisiti di cui all'art. 797 cod. proc. civ. (a tal fine ancora vigente), e tra questi si prevede al n. 4) come necessario, perché possa procedersi alla delibazione e conseguentemente al riconoscimento degli effetti civili alla sentenza straniera, il suo passaggio in giudicato secondo la legge del luogo in cui è stata pronunciata. Il Giudice di legittimità ha quindi evidenziato che in questo ambito non deve trascurarsi che costituisce una peculiarità del diritto canonico (secondo il quale le sentenze sullo stato delle persone non passano mai in cosa giudicata, can. 1643, *c.j.c.*), che la decisione divenga esecutiva, e sia perciò suscettibile di delibazione, quando il matrimonio sia stato dichiarato nullo con sentenza di prima istanza e questa decisione sia stata poi confermata con decreto di ratifica dal tribunale ecclesiastico di appello. Peraltro, nell' ipotesi che il giudice ecclesiastico di secondo grado non abbia ritenuto di confermare la pronuncia del giudice di prime cure con decreto, disponendo l' ammissione della causa all' esame ordinario, ma alfine abbia comunque ritenuto di confermare la decisione di nullità del matrimonio adottata in primo grado, in tal caso pronunciando con sentenza, la diversa natura della pronuncia decisoria canonica non incide in nessuna misura in materia di delibazione della pronuncia ecclesiastica di nullità matrimoniale, cui potrà procedersi se, sia essa un decreto o una sentenza, la decisione ecclesiastica di secondo grado sia stata comunque dichiarata esecutiva con decreto del Supremo Tribunale della Segnatura Apo-

[47] Cass. Sez. I, sent. 18.4.2014, n. 9044 (Ced Cass. *Rv.* 631077), est. San Giorgio.

stolica[48]. Nella stessa decisione la Corte ha affermato che la censura relativa alla violazione del diritto di difesa nella procedura adottata dal tribunale ecclesiastico e «riferita alle modalità di espletamento degli atti istruttori» – avendo la ricorrente contestato che, non essendosi costituita innanzi al giudice ecclesiastico, le era stato impedito anche di avere accesso agli atti processuali – non può essere esaminata dal giudice della delibazione, perché l'art. 797 cod. proc. civ. non prevede alcun esame del giudice nazionale sulle modalità di svolgimento del processo ecclesiastico[49].

Il Giudice di legittimità è quindi intervenuto a Sezioni Unite per dirimere un contrasto insorto nella giurisprudenza, anche di legittimità, da antica data, circa la possibilità di riconoscere gli effetti civili alla sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale quando a seguito della celebrazione delle nozze vi sia stata *prolungata convivenza* dei contraenti il matrimonio[50]. La Corte ha ora statuito che, a seguito della celebrazione del matrimonio concordatario, la convivenza (qualificata) come coniugi che vi faccia seguito deve intendersi come un elemento essenziale del matrimonio-rapporto e, ove tale convivenza abbia avuto a protrarsi per almeno tre anni successivamente alla celebrazione del matrimonio concordatario, questa realtà di fatto integra una «situazione giuridica di ordine pubblico ostativa alla dichiarazione di efficacia nella Repubblica Italiana delle sentenze definitive di nullità del matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici per un qualsiasi vizio genetico del matrimonio-atto»[51]. Peraltro, la prova che una convivenza: qualificata,

---

[48] Cass. Sez. I, sent. 22.5.2014, n. 11416 (Ced Cass. *Rv.* 631234), est. Didone.

[49] Cass. Sez. I, sent. 22.5.2014, n. 11416 (Ced Cass. *Rv.* 631235), est. Didone.

[50] Tra le sentenze recenti espressive dei due orientamenti, cfr. Cass. Sez. I, sent. 20.1.2011, n. 1343 (Ced Cass. *Rv*. 616119), est. Vittoria, edita, tra l'altro, in *Dir. fam*., 2011, p. 711 ss., con note di Marco Canonico, *La convivenza coniugale come preteso limite all'efficacia civile della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale* e, p. 731, di 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*; e Sez. I, sent. 4.6.2012, n. 8926 (Ced Cass. *Rv.* 622851) est. Campanile, edita in *Dir. fam*., 2012, I, p. 1556, con nota adesiva di Marco Canonico, *Convivenza coniugale ed efficacia civile della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale: il cerchio finalmente si chiude*, ed in *Corr. giur*., 8-9/2012, p. 1040, con nota perplessa di Vincenzo Carbone, *Ombre e luci della giurisprudenza sui rapporti tra la giurisdizione ecclesiastica e quella italiana in ordine alla rilevanza del matrimonio canonico*. Sulla problematica delle condizioni che devono sussistere per la delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, in generale, sia consentito rinviare a Paolo Di Marzio, *Il matrimonio concordatario e gli altri matrimoni religiosi con effetti civili*, Cedam, Padova, 2008, p. 110 ss.

[51] Cass. SS. UU., sent. 17.7.2014, n. 16379 (Ced Cass. *Rv.* 631798), est. Di Palma, edita in *Giur. it*., 2014, 10, p. 2111, con nota perplessa di Nicola Colaianni, *Convivenza come coniugi e ordine pubblico: incontro ravvicinato ma non troppo*, in *Corr. giur*., 10/2014, p. 1206, con nota adesiva di Vincenzo Carbone, *Risolto il conflitto giurisprudenziale: tre anni di convivenza coniugale escludono l'efficacia della sentenza canonica di nullità del matrimonio*, ed in *Dir. fam*., 2014, 4, I, p.1368, con

esteriorizzata, stabile ed ultratriennale, sia intercorsa tra i coniugi a seguito della celebrazione delle nozze nelle forme concordatarie, potrà essere fornita mediante fatti e comportamenti che emergano dagli atti del giudizio di delibazione. In mancanza, tali elementi dovranno essere allegati da una parte e, se contestati dall'altra, dovranno essere dimostrati mediante la deduzione di idonei mezzi di prova. La Suprema Corte ha specificato in proposito che la «indubbia complessità fattuale», la quale caratterizza la convivenza coniugale qualificata, «fatta valere come limite generale d'ordine pubblico alla delibazione … giustifica ampiamente lo svolgimento di un'attività istruttoria … ne consegue che il giudice della delibazione può disporre un'apposita istruzione probatoria». Nella stessa decisione le Sezioni Unite hanno anche precisato che la convivenza come coniugi fatta valere da quello dei due che intende opporsi alla delibazione della sentenza ecclesiastica, «deve qualificarsi siccome eccezione in senso stretto (*exceptio juris*)» e può perciò essere efficacemente introdotta «esclusivamente, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta, dal coniuge convenuto» nel giudizio di delibazione «interessato a farla valere»[52]. Nell'ambito della decisione la Corte si è impegnata a dare risposta ai quesiti più complessi tradizionalmente sollevati in materia di riconoscimento degli effetti civili alle sentenze canoniche di nullità matrimoniale, ed ha ribadito che in relazione al giudizio di delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale non trovano applicazione le norme di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, bensì gli artt. 796 e 797 c.p.c. (pur abrogati ma) oggetto di rinvio materiale ai sensi del disposto di cui all'art. 8.2 dell'Accordo ed al punto 4 del Protocollo addizionale del c.d. nuovo Concordato del 18 febbraio 1984, resi esecutivi dalla legge n. 121 del 1985. Le Sezioni Unite hanno poi confermato che il «principio concordatario», il quale impone la regolamentazione pattizia dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa cattolica è stato «costituzionalizzato dall'art. 7 Cost.». La Suprema Corte ha pure specificato che «il parametro da applicare», al fine di valutare la compatibilità delle disposizioni contenute nella sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale con il diritto italiano, al fine della delibazione, è quello «dell'ordine pubblico italiano … non già l'ordine pubblico internazionale».

Il Giudice di legittimità ha poi ribadito che a seguito dell'Accordo di revisione del Concordato lateranense, reso esecutivo con legge 28 marzo 1985, n. 121, è venuta meno, in considerazione del disposto di cui all'art. 8.2

---

nota critica di Emanuela Giacobbe, *Le sezioni unite tra nomofilachia e "nomofantasia"*.

[52] Cass. SS. UU., sent. 17.7.2014, n. 16379 (Ced Cass. *Rv.* 631799), est. Di Palma, *cit., loc. cit.*

dell'Accordo, la riserva di giurisdizione dei tribunali ecclesiastici in materia di cause di nullità dei matrimoni concordatari (in relazione alle ragioni di nullità del vincolo previste dal diritto canonico). I rapporti tra la giurisdizione ecclesiastica e quella civile sono in conseguenza regolati dall' art. 797, n. 6, cod. proc. civ., oggetto di rinvio materiale e pertanto tuttora vigente in materia, con la conseguenza che deve trovare applicazione il principio della prevenzione. Ne discende che il giudice italiano, in difetto di delibazione della corrispondente sentenza ecclesiastica, può statuire sulla domanda di nullità del matrimonio concordatario fondata su vizi propri del (solo) diritto canonico, formulata in via riconvenzionale dal coniuge convenuto in giudizio per la cessazione degli effetti civili del matrimonio[53].

La Corte ha quindi confermato, in presenza di orientamenti giurisprudenziali nel passato contrastanti, che in materia di obbligo di corresponsione dell'assegno divorzile, ove su tali statuizioni abbia avuto a formarsi il giudicato, non produce alcun effetto il successivo riconoscimento degli effetti civili alla sentenza ecclesiastica che abbia pronunciato la nullità del matrimonio[54].

6. Amministrazione di sostegno e procedure di interdizione ed inabilitazione. In materia di conseguenze processuali dell'interdizione, la Corte ha innanzitutto ricordato che l'art. 300 cod. proc. civ. ricollega l'effetto interruttivo del processo a due elementi essenziali: il verificarsi dell'evento previsto come causa di interruzione e la comunicazione della causa da parte del suo procuratore. Qualora la parte perda la capacità nel corso del giudizio, essendo stata dichiarata interdetta, ma il suo procuratore non ritenga di comunicarlo, il processo prosegue regolarmente e, se viene interrotto per altra causa, il procuratore dell' interdetto può lecitamente riassumerlo, perché vige la regola dell'ultrattività del mandato difensivo all'interno della fase processuale in cui si verifica l'evento interruttivo non dichiarato[55].

Il Giudice di legittimità ha quindi chiarito che, nell'ambito della procedura per la nomina di un amministratore di sostegno, una volta accertato che il soggetto per il quale la misura di supporto è domandata risulta affetto da patologia psichiatrica ed ha indispensabile bisogno di assistenza per il compimento degli atti della propria esistenza da parte di altre persone, il giudice non può sottrarsi alla nomina dell' amministratore motivando sul fatto che

---

[53] Cass. Sez. VI-I, ord. 3.9.2014, n. 18627 (Ced Cass. *Rv.* 632060), est. Cristiano.

[54] Cass. Sez. I, sent. 18.9.2013, n. 21331 (Ced Cass. *Rv.* 627931), est. Bisogni, edita in *Dir. fam.*, 2014, 1, p. 111, con nota di Marco Canonico, *Nullità matrimoniale e pretesa sopravvivenza dell'assegno divorzile*.

[55] Cass. Sez. I, sent. 30.4.2014, n. 9480 (Ced Cass. *Rv.* 631133), est. De Chiara.

l'interessato potrebbe comunque godere di «un'ampia rete di protezione» operante a suo favore, ed invocando la discrezionalità riconosciutagli dall' art. 404 cod. civ. La Corte ha specificato che, una volta accertata la incapacità della persona, l'unica discrezionalità attribuita dalla norma indicata al giudice consiste nel consentirgli di scegliere quale sia la misura di supporto, amministrazione di sostegno, inabilitazione o interdizione, più idonea nel caso concreto[56].

Il Giudice di legittimità ha quindi affermato che, in tema di procedura per la revoca dell' amministrazione di sostegno, l'omessa comunicazione dell'istanza di cessazione dell'amministrazione alla persona nominata amministratore di sostegno, adempimento pur previsto all'art. 413, comma II, cod. civ., non rappresentando un adempimento processualmente necessario, non determina alcuna compressione del diritto di difesa dell'amministratore, e non è soggetta ad alcuna sanzione processuale[57]. Nella stessa decisione la Corte ha precisato pure che nella procedura per l'istituzione dell'amministrazione di sostegno l'unica parte processualmente necessaria è il potenziale beneficiario dell' amministrazione. In conseguenza la mancata comunicazione al P.M. dell'inizio della procedura, e la conseguente assenza dello stesso in sede di chiusura della procedura, non comportano l'omessa integrazione di un litisconsorzio necessario, né alcun'altra nullità del giudizio idonea a determinare la rimessione delle parti innanzi al primo giudice[58].

7. Omessa notificazione nel termine del ricorso nei procedimenti d'impugnazione da trattare con rito camerale, conseguenze. La Corte si è pronunciata più volte, nel corso dell' anno, in ordine alle conseguenze della omessa notifica del ricorso nel termine fissato nei procedimenti d'impugnazione in materia di famiglia e stato delle persone da trattare con rito camerale, e sembra aver raggiunto un orientamento unitario, a fronte dei contrasti di giurisprudenza registrati in materia anche nell'anno 2013. In un giudizio avente ad oggetto l'accertamento della paternità naturale, il Giudice di legittimità ha censurato la decisione della Corte di merito la quale aveva sostenuto che la violazione del termine per la notifica del ricorso e del decreto, pur se ordinatorio, determinava la decadenza dell'attività processuale cui era correlato, ove non fosse intervenuta proroga prima della scadenza, ed aveva perciò dichiarato l'improcedibilità del gravame. La Suprema Corte ha invece affermato che nei procedimenti di impugnazione per i quali è prevista la

---

[56] Cass. Sez. VI-I, ord. 18.6.2014, n. 13929 (Ced Cass. *Rv.* 631513), est. Dogliotti.

[57] Cass. Sez. VI-I, ord. 25.7.2014, n. 17032 (Ced Cass. *Rv.* 632064), est. Acierno.

[58] Cass. Sez. VI-I, ord. 25.7.2014, n. 17032 (Ced Cass. *Rv.* 632065), est. Acierno.

trattazione con il rito camerale, poiché il termine per la notifica del ricorso e del decreto presidenziale di fissazione dell'udienza ha la mera funzione di instaurare il contraddittorio la sua inosservanza, senza preventiva presentazione dell'istanza di proroga, non comporta alcun effetto preclusivo, implicando soltanto la necessità di fissare un nuovo termine per la notifica ove la controparte non si sia costituita, mentre l'avvenuta costituzione di quest'ultima sortisce efficacia sanante "ex tunc"[59]. Analogo orientamento è stato espresso, precisandosi però che il nuovo termine che occorre fissare, per consentire la tempestiva notifica e pertanto la regolare istaurazione del contraddittorio, avrà natura perentoria, in materia di declaratoria dello stato di adottabilità[60] e di divorzio[61]. In ordine alle pronunce espressione dell'opposto orientamento possono confrontarsi, ad es., Cass. Sez. I, sent. 11.7.2013, n. 17202 (Ced Cass. *Rv*. 627066), est. Giancola; e Cass. Sez. I, sent. 15.12.2011, n. 27086 (Ced Cass. *Rv* 620750), est. Piccininni.

8. Disconoscimento di paternità, principio di non contestazione e diritti indisponibili. Nell'ambito di una procedura per il disconoscimento della paternità, la Corte ha avuto occasione di proporre un orientamento in materia di limiti all'utilizzazione del principio di non contestazione nei giudizi che abbiano ad oggetto diritti indisponibili che appare suscettibile di trovare applicazione in un numero di casi molto elevato. Il Giudice di legittimità ha affermato che il principio di non contestazione trova in questi casi applicazione ai fini della individuazione del *thema probandum*, dovendosi ritenere la condotta di non contestazione idonea ad escludere, in via immediata, i fatti non contestati dal novero di quelli bisognosi di prova. L'interesse pubblico posto a base della situazione giuridica esclude, però, che il giudice possa ritenersi vincolato a considerare sussistenti (o meno) determinati fatti in virtù delle sole dichiarazioni od ammissioni provenienti dalle parti, restandone rimessa la loro valutazione al suo prudente apprezzamento. Nel caso di specie la Corte ha confermato la sentenza impugnata la quale, muovendo dall'assunto che a fondamento dell'esperita azione era stata fatta valere la *impotentia generandi* del padre anagrafico, aveva valorizzato, ai fini del relativo accertamento, la mancata contestazione di tale circostanza[62].

---

[59] Cass. Sez. I, sent. 22.5.2014, n. 11418 (Ced Cass. *Rv.* 631308), est. Campanile.

[60] Cass. Sez. I, sent. 11.9.2014, n. 19203 (Ced Cass. *Rv.* 632559), est. Cristiano.

[61] Cass. Sez. 1, sent. 7.10.2014, n. 21111 (Ced Cass. *Rv.* 632555), est. Mercolino.

[62] Cass. Sez. I, sent. 11.6.2014, n. 13217 (Ced Cass. *Rv*. 631806), est. Mercolino, edita in *Guida dir*., 27/2014, p. 33, con nota di Giovanbattista Tona, *Per la filiazione da procreazione assistita resta determinante il consenso del genitore*.

Il sistema dell'otto per mille al vaglio della Corte dei Conti: prime valutazioni e spunti ricostruttivi

Carmela Elefante

1. *Premessa*

Non c'è praticamente settore della scienza giuridica – non solo pubblicistica[1] – che non sia chiamato a tenere conto delle rilevanti trasformazioni "di sistema", che hanno mutato irreversibilmente, quale conseguenza dell'operare di fattori sociali ed economici di impatto universale (il riferimento, automatico, è al complesso fenomeno della c.d. globalizzazione[2]) lo scenario di riferimento, per ricalibrare il proprio approccio a temi considerati tradizionali e distintivi, primo fra tutti la sovranità statuale e la connessa capacità della forma di Stato sociale di rispondere ai bisogni della collettività ovvero, in particolare, di riconoscere e soprattutto garantire i diritti costituzionali e costituzionali-sociali[3].

Tra i molteplici fattori che più concretamente incidono in questo senso, trova una collocazione privilegiata la crisi di risorse economico-finanziarie dedicate[4], che viene considerata, a tutta ragione, quale elemento tra i più

---

[1] Cfr., ad esempio, Vincenzo Ferrari, *Le metamorfosi delle funzioni e della struttura del diritto tra globalizzazioni e crisi economica*, nel volume a cura di Raffaele Bifulco e Orlando Roselli, *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, Giappichelli, Torino, 2013; Anna Moscarini, *Fonti dei privati e globalizzazione*, Luiss University Press, Roma, 2015.

[2] La letteratura al riguardo è vastissima. Ci si limita quindi a richiamare, a titolo esemplificativo, con particolare riferimento ai riflessi giuridici della globalizzazione, Maria Rosaria Ferrarese, *Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000; Francesco Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005. Una più recente descrizione di questi riflessi, supportata da un'ampia bibliografia, è contenuta nello studio di Ludovica Zampino, *Gunther Teubner e il costituzionalismo sociale. Diritto, globalizzazione, sistemi*, Giappichelli, Torino, 2012, in partt. pp. 9 ss.

[3] Gaetano Azzariti, *Il costituzionalismo può sopravvivere?,* Laterza, Roma-Bari, 2015;Giorgio Grasso, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

[4] Tra gli esempi più recenti, Giovanni Pitruzzella,*Crisi economica e decisioni di governo*, in *Quaderni*

significativi attraverso i quali prende corpo quel "piano inclinato" che porta gli stessi diritti – così come il correlativo modello di *Welfare*, ormai definibile nei più ristretti termini della "sostenibilità"[5] – a venire (ri)qualificati attraverso l'attributo di "finanziariamente condizionati"[6].

Ciò vale naturalmente anche per gli studiosi della regolamentazione giuridica del fenomeno religioso, che in effetti non possono non aggiungere ai già risalenti rilievi sul poco conto nel quale il legislatore tiene la libertà religiosa[7], le preoccupazioni legate alla mancanza di risorse da convogliare sulla dimensione positiva di quest'ultima.

In questo contesto, costituisce una contraddizione solo apparente il correlativo rafforzarsi delle relazioni economiche tra Stato e confessioni religiose[8] – e cioè, in primo luogo, Chiesa Cattolica – che costituiscono anzi la lente privilegiata di osservazione attraverso la quale cogliere al meglio l'attuale portata dei principi di collaborazione/cooperazione e sussidiarietà e, attraverso di essi, del principio "supremo" di laicità[9].

In effetti, come pure si è osservato, la necessità di collocare queste relazioni in un simile contesto di sofferenza e di provvedimenti conseguenti, induce quelle stesse Chiese a ripensare al proprio atteggiamento di tradizionale chiusura nei confronti delle esigenze di trasparenza nella gestione dei flussi economico-finanziari, soprattutto quando collegati strettamente alla finanza pubblica[10].

---

costituzionali, Il Mulino, Bologna, I, 2014, pp. 29 ss.; Giacomo D'Amico, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*; Guido Rivosecchi, *Diritti e debiti. Uguaglianza e sostenibilità dello stato costituzionale contemporaneo*, entrambi nel volume a cura di Andrea Pin, *Il diritto e il dovere dell'eguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente* , Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, rispettivamente pp. 17 ss. e 77 ss.

[5] L'attributo è anzi più ampiamente riferito alla democrazia: cfr. Marta Cartabia - Andrea Simoncini (a cura di), *La sostenibilità della democrazia nel XXI secolo*, Il Mulino, Bologna, 2010.

[6] Maria Cristina Folliero, *Enti religiosi e non profit tra Welfare State e Welfare Community. La transizione*, Giappichelli, Torino, 2010.

[7] Si veda, di recente*, il Rapporto Camaldoli. La libertà religiosa e la politica ecclesiastica in Italia: un modello ancora incompiuto*, che raccoglie gli esiti del *Primo seminario di Studi della Redazione del numero 1 dei «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica»,* svoltosi a Camaldoli il 24 e 25 maggio 2013 e dedicato al tema: *La libertà religiosa in Italia. Un modello ancora incompiuto*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, Il Mulino, Bologna, I, 2014.

[8] Per una analisi del rapporto fra risorse pubbliche e Chiesa cattolica nei suoi diversi aspetti alla luce della recente giurisprudenza si rinvia a Giovanni Di Cosimo, *Risorse economiche pubbliche e Chiesa cattolica: due nodi al vaglio dei giudici,* in www.statoechiese.it*,* ottobre 2015.

[9] Maria Cristina Folliero - Antonio Vitale, *Diritto ecclesiastico. Elementi. Principi non scritti. Principi scritti. Regole. Quaderno 2. I principi scritti,*Giappichelli, Torino, 2013.

[10] Maria Cristina Folliero, *Aiuti finanziari pubblici alle confessioni religiose: Le forme dirette* in Maria Cristina Folliero - Antonio Vitale, *Diritto ecclesiastico*, op.*cit*., p.181.

In questo senso, la crisi economico-finanziaria se pur mantiene intatte tutte le proprie negatività in rapporto alla effettività di quei diritti può costituire utilissima occasione per ripensare concretamente a certe forme di utilizzo delle risorse pubbliche che risultano sempre meno razionali e sostenibili.

Lo dimostrano, tra le novità più recenti del panorama ecclesiasticistico italiano, le radicali censure – sinora riservate alla dottrina più sensibile[11] – che la Corte dei Conti[12] ha mosso nei confronti di un sistema che, nonostante queste critiche, è andato sempre più consolidandosi e rafforzandosi ovvero di quel sistema di finanziamento delle confessioni religiose noto attraverso la formula di "otto per mille".

2. *Il sistema dell'otto per mille al vaglio della Corte Conti: l'impianto generale dei rilievi critici*

I rilievi che la Corte dei Conti – Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato – muove al sistema di finanziamento diretto della Chiesa Cattolica, introdotto dalla legge n. 222 del 1985, sono densi ed articolati e coinvolgono plurimi profili di criticità.

Ad un primo tentativo di ricostruzione, esse appaiono investire, un duplice aspetto, rispettivamente riguardante la struttura normativa del meccanismo introdotto in via pattizia ed i suoi profili attuativi ed applicativi.

Nell'analizzare le modalità di gestione e di distribuzione dei fondi rispetto alle destinazioni di legge ed alle scelte dei contribuenti, i supremi magistrati contabili individuano cioè diversi "difetti", riconducibili sia a distorsioni congenite del sistema legate ad una «debolezza della normativa», sia a storture di natura applicativa.

---

[11] Cfr., a mero titolo esemplificativo, Maria Cristina Folliero, *Aiuti finanziari pubblici alle confessioni religiose:le forme dirette*, in Maria Cristina Folliero - Antonio Vitale, *Diritto ecclesiastico. op. cit.*, pp. 172 ss.; Giuseppe Casuscelli, *La crisi economica e la reciproca collaborazione tra le Chiese,* in *www.statoechiese.it*, ottobre 2011, *http://www.statoechiese.it/images/stories/2011.10/casuscelliter_crisim.pdf;* Carlo Cardia, *Otto per mille e offerte deducibili,* in Isabella Bolgiani (a cura di), *Enti di culto e finanziamento delle confessioni religiose*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 252 ss.; Nicola Colaianni, *Per un diritto di libertà di religione costituzionalmente orientato*, in *www.statoechiese.it*, gennaio 2007, *http://www.statoechiese.it/images/stories/papers/200701/colaianni_liberta.pdf*; Giuseppe Vegas, *L'otto per mille a vent'anni dalla revisione del Concordato lateranense*, in, *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1/2004, pp. 190 ss; Nicola Fiorita, *Il pluralismo in materia religiosa nel settore del finanziamento pubblico delle confessioni*, 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, pp. 84 ss.

[12] Con deliberazione n. 16 del 2014, di approvazione della relazione predisposta dal magistrato istruttore Cons. Antonio Mazzera concernente l'indagine su "*Destinazione e gestione dell'8 per mille*".

Le relative valutazioni critiche diventano tanto più stringenti e rilevanti se si tiene «conto del sempre più notevole peso finanziario dell'8 per mille» tanto che «negli ultimi anni la contribuzione alle confessioni religiose ha superato i due terzi delle risorse destinate per la conservazione del patrimonio artistico del Paese»[13].

3. *I difetti congeniti del sistema*

La relazione elaborata dai magistrati contabili evidenzia dapprima taluni elementi distorsivi del meccanismo di finanziamento introdotto nel 1985, riconducibili alla natura strutturale del sistema.

Si potrebbe parlare di "difetti congeniti del sistema" in quanto insiti al modello di finanziamento creato dal legislatore e che nella prassi applicativa hanno mostrato la propria inadeguatezza.

In termini generali, la Corte considera che i criteri di operatività del sistema, sebbene ispirati a principi di proporzionalità, volontarietà ed uguaglianza, hanno finito per attuare un modello di finanziamento tutt'altro che rispettoso dei richiamati principi democratici. Si tratta di questioni che vengono affrontate analiticamente dai magistrati e che, valutate alla luce dei dati contabili degli ultimi anni, fanno emergere la necessità di revisionare il sistema ovvero di predisporre "uno strumento calmieratore che eviti questa crescita continua e mantenga il finanziamento entro limiti accettabili per tutti[14]".

3.1. a) *L'ancoraggio del finanziamento ad un imposta progressiva*

L'istituto dell'8 per mille[15], infatti, è ancorato al gettito complessivo dell'Irpef, per cui la quota da destinare alla Chiesa cattolica e alle altre con-

---

[13] Deliberazione n. 16 del 2014, p. 5.

[14] Carlo Cardia, *Otto per mille,* cit., p. 252.

[15] Sul quale cfr. V. Tozzi, *L'8 per mille e il suo inventore*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale,* n. 8/2015, *http://www.statoechiese.it/index.php?option=com_content&task=view&id=743&Item id=41*; M. Croce, *La Corte dei conti all'«assalto» dell'8 per mille*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, pp. 272 ss.; M. Parisi, *Interventi pubblici a sostegno del fenomeno religioso e rispetto della legalità costituzionale. Il sistema dell'otto per mille all'esame della Corte dei Conti*, in *Diritto e Religioni*, n. 1/2015, pp. 156 ss.; G. Casuscelli, *L'otto per mille nella nuova relazione della Corte dei Conti: spunti per una riforma*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale,* n. 39/2015, *http://www.statoechiese.it/images/stories/2015.12/a_chiare_lettere_corte_dei_conti1.pdf*

fessioni religiose è «sempre proporzionale all'importo che lo Stato incassa a titolo di Irpef». Ciò comporta inevitabilmente un aggravarsi delle finanze statali in quanto l'aumento della pressione fiscale fa lievitare in maniera proporzionale il gettito dell'otto per mille, la cui quota si traduce in un minor introito di imposta per lo Stato.

Non solo.

Il sistema si palesa ancor più problematico se si ha riguardo alla natura dell'imposta.

A tale proposito la Corte evidenzia che il gettito fiscale derivante dall'Irpef, poiché agganciato alla progressività dell'imposta, finisce col crescere più del prodotto interno lordo (Pil) e del tasso di inflazione. Infatti il mancato adeguamento annuale degli scaglioni di imposta ai tassi di inflazione determina un incremento dell'imposta (e conseguenzialmente dell'8 per mille) dovuto al solo operare dell'inflazione[16]. Una crescita continua del gettito Irpef provoca quindi un aumento proporzionale dell'otto per mille.

Nell'attuale contesto socio-economico, segnato da una profonda crisi di risorse, la questione è particolarmente avvertita soprattutto se si ha riguardo «alle previsioni ufficiali sulle imposte dirette, contenute nella nota di aggiornamento al Documento di economia e finanza 2013» le quali «mostrano un trend di crescita nel periodo 2011-2017 con un incremento complessivo di circa il 14%»[17].

Date le previsioni di crescita del flusso finanziario pubblico, il meccanismo dell'8 per mille determinerebbe un costante incremento dei fondi destinati alle confessioni, con l'effetto di gravare comunque sulle pubbliche finanze sotto forma di minori entrate.

Il continuo e considerevole aumento dell'ammontare dei fondi destinati alla Chiesa cattolica, in controtendenza con l'attuale contingenza di fortissima riduzione della spesa pubblica, potrebbe riaprire «il capitolo di un finanziamento pubblico irragionevole, che potrebbe raggiungere la soglia della

---

[16] L'aumento di tassazione indotto dall'inflazione è chiamato *fiscal drag* ovvero drenaggio fiscale e rappresenta l'aumento proporzionale delle tasse in un contesto di inflazione crescente. Esso indica un'anomalia che si verifica nel prelievo di imposte sul reddito in un periodo in cui c'è una forte inflazione. In pratica dato il sistema di aliquote Irpef crescenti, se c'è inflazione si verifica un aumento del reddito monetario che fa passare il contribuente a scaglioni di reddito gravati da un'aliquota più alta, anche se l'aumento del reddito monetario si limita a compensare l'erosione del potere d'acquisto della moneta, lasciando invariato il reddito reale. Il risultato è che il contribuente finisce con il pagare imposte più elevate su un reddito reale immutato; al netto delle imposte, quindi, il suo reddito diminuisce. Infatti dai dati analizzati dalla Corte, relativi al periodo che va dal 1990 al 2011, l'incremento dell'Irpef risulta molto superiore sia a quello dell'inflazione sia a quello del pil nominale.

[17] Nota n. 3-2014 del 10.03.2014 del Dipartimento delle finanze richiamata dalla delibera alla pag. n. 6.

incostituzionalità, se riferito al valore della laicità quale principio supremo dell'ordinamento[18]».

Si tratta tuttavia solo di una delle anomalie congenite al sistema dell'otto per mille, che riguarda appunto la primissima fase del finanziamento ovvero le modalità attraverso le quali si determina il dato contabile ossia l'importo complessivo che lo Stato incamera a titolo di Irpef.

Una volta determinato tale ammontare complessivo ci si avvia alla seconda fase quella della distribuzione dell'otto per mille del gettito complessivo tra i vari beneficiari.

Ebbene anche questa seconda fase presenta dei "difetti congeniti" che, secondo i magistrati, contribuiscono in modo considerevole ad un incremento delle risorse a disposizione delle confessioni e contestualmente ad un aggravamento per le finanze pubbliche.

A rilevare in questo caso è l'ulteriore problematica, strettamente connessa al sistema di ripartizione delle quote provenienti dal gettito fiscale complessivo.

3.2. b) *L'assegnazione dei fondi derivanti dalle scelte non espresse*

Il punto problematico di base è rappresentato dalla circostanza per cui la quota pari all'otto per mille del gettito complessivo Irpef rappresenta un contributo obbligatorio per tutti, ripartito tra i beneficiari in virtù delle preferenze manifestate dai contribuenti in sede di dichiarazione. Tuttavia – e qui viene in rilevo l'aspetto problematico – a fronte dell'obbligo di devolvere la quota Irpef non corrisponde alcun obbligo per i cittadini di manifestare la propria preferenza.

La conseguenza è che la scelta non espressa viene neutralizzata dalla scelta espressa nella misura in cui l'intera quota dell'otto per mille viene devoluta in virtù delle scelte optate da una sola parte di contribuenti, i quali manifestando la propria preferenza determinano l'allocazione delle risorse anche per coloro i quali non hanno formulato alcuna opzione.

Ne deriva che la mancata formulazione della preferenza non assume alcuna rilevanza poiché il meccanismo non interpreta la scelta non espressa come rifiuto del sistema o come volontà a non partecipare ma viceversa la valuta come una sorta di implicita "delega in bianco" in favore degli optanti,

[18] Carlo Cardia *La legge 222/1985: Attuazione, problemi, prospettive,* in http://www.governo.it/Presidenza/USRI/confessioni/doc/cardia.pdf

con la conseguenza per cui l'intero importo viene ripartito in proporzione alle sole scelte espresse[19].

Ciò determina una distorsione del sistema in quanto la contribuzione dei cittadini al sostentamento delle confessioni non avviene più nel pieno rispetto delle loro scelte dal momento che «i soli optanti decidono per tutti con l'ulteriore conseguenza che il peso effettivo di una singola scelta è inversamente proporzionale al numero di chi si esprime[20]».

Per come è stato contemplato ed applicato, il meccanismo[21] ha prodotto un fattore moltiplicatore che ha determinato un notevole aumento delle risorse a favore delle confessioni, con l'effetto che la ripartizione delle scelte non espresse ha finito per avvantaggiare i maggiori beneficiari.

La relazione lascia però emergere ulteriori aspetti problematici in ordine al tema scelte espresse/scelte non espresse. Aspetti legati all'individuazione dei contribuenti ammessi alla scelta, alla mancanza di una corretta informazione dei cittadini sul funzionamento del sistema, alla mancanza e/o insufficienza di controlli sulla corretta attribuzione degli optanti e sulla corretta gestione delle scelte da parte degli intermediari.

Si tratta in effetti di problemi di non poco rilievo se si considera che anche le scelte irregolari vengono ricomprese nel computo delle scelte non espresse «che, pertanto, arbitrariamente, giovano a favore di beneficiari diversi da quelli, seppur irregolarmente, prescelti[22]».

A ciò si aggiunga – la Corte mostra una certa insistenza sul punto – che i contribuenti non sono adeguatamente informati sul meccanismo della ripartizione, ed in particolare sulla devoluzione delle scelte inespresse, essendo indotti a ritenere che in mancanza di una esplicita scelta i fondi non vengano assegnati ma siano bensì riassorbiti dal bilancio dello Stato in quanto denaro pubblico, così come accade per l'istituto del 5 per mille.

La Corte osserva infatti che il paragrafo informativo relativo al funzio-

---

[19] "Il motivo per il quale (…) è stata prevista la redistribuzione anche delle quote derivanti dalle scelte non espresse, è di natura squisitamente politica. Non essendo possibile prevedere quale tipo di accoglienza il nuovo sistema avrebbe avuto da parte dei cittadini, si è ritenuto utile e opportuno garantire le confessioni religiose nel caso in cui la partecipazione fosse stata molto scarsa per uno dei due flussi, anche in considerazione del fatto che dal sistema dipendeva la garanzia del sostentamento del clero".Carlo Cardia, *Otto per mille e offerte deducibili*, nel volume collettaneo a cura di Isabella Bolgiani*, Enti di cult, op. cit.,* p. 237.

[20] Deliberazione n. 16, 2014, p. 75.

[21] Definito «perverso … Visto che la maggior parte dei contribuenti non si esprime in proposito, ne consegue che la maggior parte del finanziamento che perviene alle confessioni non è stato voluto dai contribuenti» da Nicola Colaianni, *Per un diritto di libertà di religione costituzionalmente orientato*, in www.statoechiese.it, gennaio 2007, p. 9.

[22] Deliberazione n. 16, 2014, p.13.

namento dell'otto per mille e contenuto nel modello di dichiarazione dei redditi, introdotto solo poco meno di dieci anni fa per sopperire alla totale assenza di informazione, risulta del tutto inadeguato ed inefficace in quanto inidoneo a fornire una corretta ed esaustiva conoscenza del sistema in «una materia così sensibile[23]».

I magistrati ricordano poi che, quanto alla facoltà di esprimere una preferenza nella destinazione dei fondi pubblici a sostegno delle confessioni, la normativa ha subìto lievi correzioni dagli anni novanta ad oggi che hanno determinato un ampliamento della sfera degli optanti.

Di fatti, ai fini della determinazione del numero di coloro che erano ammessi ad effettuare la scelta per la destinazione dell'otto per mille, la normativa ammetteva alla scelta solo soggetti che presentavano la dichiarazione dei redditi e che versavano imposte o che avessero comunque subito ritenute da parte di un sostituto d'imposta.

Non erano ammessi ad effettuare alcuna scelta coloro che rientravano nella *no tax area* ovvero coloro che non dovevano versare imposte.

Tuttavia il sistema fu revisionato e "corretto" in via unilaterale e retroattiva dallo Stato nell'anno 2003, con una modifica che estese la facoltà di esprimere una scelta a tutti i potenziali contribuenti ovvero a tutti coloro che sono obbligati alla presentazione della dichiarazione dei redditi, anche se da tale dichiarazione non risulti dovuta alcuna imposta, nonché a coloro i quali ai sensi dell'art. 1 del D.p.r. 600/1973 sono esonerati dall'obbligo di presentazione della dichiarazione dei redditi.

L'ampliamento degli optanti sembra in linea con la natura del sistema che, concepito come finanziamento diretto dello Stato, devolve alle confessioni una quota percentuale degli incassi complessivi Irpef, e con il ruolo attribuito al cittadino, il quale non devolvendo la propria quota Irpef con la propria manifestazione di volontà imprime un vincolo di destinazione sulle somme da assegnare ai beneficiari ammessi alla distribuzione.

L'estensione della cerchia degli optanti garantisce la valenza democratica della scelta nella misura in cui riconosce al cittadino la possibilità di partecipare ad un sistema di allocazione di risorse pubbliche.

Il tema "optanti" genera ulteriori riflessioni da parte della Corte che attengono al profilo pratico e concreto della gestione delle scelte.

La Corte considera in particolare che la valenza democratica della scelta operata dal singolo contribuente può essere compromessa da una non corretta rilevazione e gestione dei dati ovvero da difficoltà operative che talvolta sono collegate all'informatizzazione del sistema attraverso il quale si presenta

[23] Deliberazione n. 16, 2014, p.14.

la dichiarazione e che non danno un riscontro certo al contribuente sulla scelta acquisita dal sistema informativo e dall'altro dalla correttezza dell'agire degli intermediari, il tutto aggravato dalla mancanza e/o carenza di controlli da parte dell' Agenzia delle Entrate e del Ministero dell'economia e delle finanze sulle varie fasi della rilevazione, gestione e sviluppo dei dati informatici.

Oltre alla complessità del controllo e dell'analisi del dato contabile quello che emerge dalla relazione è altresì la "preoccupazione di una manipolazione" delle scelte da parte di intermediari particolarmente vicini a taluni beneficiari.

Si segnala infatti la possibilità non remota che taluni di questi operatori possano operare una "sensibilizzazione" dei contribuenti, orientando le loro scelte e chiedendo la loro disponibilità a firmare la preferenza per alcuni beneficiari.

Proprio al fine di evitare conflitti di interessi e garantire la correttezza delle operazioni di dichiarazione la Corte auspica un'attività di *audit* dell'Agenzia delle Entrate sul comportamento degli intermediari.

3.3. c) *Il sistema pattizio quale condizione di accessibilità al finanziamento*

Gli effetti distorsivi del sistema di finanziamento diretto, rivolto originariamente alla sola Chiesa Cattolica e successivamente esteso anche alle altre confessioni religiose, sono riconducibili, nella relazione dei magistrati, ad una ulteriore causa di natura strutturale rappresentata dal sistema pattizio.

L'esistenza di un accordo pattizio, infatti, costituisce requisito e condizione necessaria per l'accesso al finanziamento, con la conseguenza che l'assenza dell'intesa determina un naturale "sbarramento" alla fruizione delle somme derivanti dall'8 per mille per tutte le confessioni che non hanno accordi e intese con lo Stato.

L'intesa dunque rappresenta uno strumento indispensabile per la confessione nella misura in cui diventa la chiave di accesso ad una serie di benefici giuridici, fiscali ed economici e la cui assenza determina una disparità di trattamento ed una violazione del pluralismo confessionale. Lo *status* della confessione – il fatto cioè che si tratti di confessione con o senza intesa – diviene fattore discriminatorio al punto che – la Corte ha premura di sottolinearlo – la stessa giurisprudenza di recente è intervenuta per eliminare o meglio attenuare tale disparità di trattamento al fine di salvaguardare il pluralismo confessionale ed il principio egualitario di cui all'art. 8 comma 1 della costituzione[24]. Al momento però la questione non sembra di pronta

[24] Il riferimento è alle sentenze del Consiglio di Stato, n. 6083 del 2011 e della Corte di Cassazione, Sez. Unite, n. 16305 del 2013 in virtù delle quali si afferma un "obbligo" giuridico ad avviare le

o semplice soluzione rilevato che il governo difende gli spazi riservati alle scelte di natura politica tra cui rientrerebbe appunto l'avvio delle trattative per la conclusione di un'intesa[25].

Anche i magistrati contabili quindi, auspicando un ampliamento del sistema di finanziamento dell'otto per mille ad altre associazioni religiose oggi escluse perché prive di intesa, sembrano condividere le recenti pronunce della giustizia amministrativa e di legittimità in merito alla discrezionalità governativa nella selezione delle confessioni «foriera di discriminazioni».

Ciò che sembra premere ai giudici contabili è la realizzazione di un regime di pluralismo confessionale ispirato al principio di uguaglianza ma soprattutto che questo si traduca in un allargamento della sfera dei beneficiari dei finanziamenti statali.

Ciò determinerebbe una diversa distribuzione delle risorse, più rispettosa dei criteri di proporzionalità ed uguaglianza.

Forse consapevoli delle difficoltà di un ampliamento del sistema pattizio a nuove realtà confessionali, i magistrati suggeriscono una strada alternativa che consenta di superare e/o controbilanciare gli effetti distorsivi del sistema di finanziamento derivanti dal vincolo della bilateralità pattizia, aggirando il problema e consentendo alla legislazione ordinaria di introdurre nuovi diritti di natura promozionale, complementari a quelli pattizi, destinati a un più vasto numero di confessioni, associazioni religiose ed enti, includendo anche quelli che perseguono un fine di religione negativo[26].

Ciò consentirebbe di attenuare anche altre forme di discriminazione, fondate sullo *status* privilegiato della confessione con intesa, operate dalla legislazione ordinaria che consente l'attribuzione di determinati benefici ed interventi pubblici di favore solo alle confessioni con intesa[27].

---

trattative finalizzate alla stipula di un'intesa. Per i magistrati delle sezioni unite «*il Governo avrebbe l'obbligo giuridico di avviare le trattative ex art. 8 Cost.* per il solo fatto che una qualsiasi associazione lo richieda e a prescindere dalle evenienze che si possono verificare nel prosieguo dell'iter legislativo».

[25] Il Presidente del Consiglio dei ministri, ed il Consiglio dei ministri, non condividendo i principi affermati dalla Corte di cassazione e ritenendo che il rifiuto di avviare le trattative finalizzate alla stipula dell'intesa sia un atto politico, come tale sottratto al sindacato giurisdizionale, hanno sollevato conflitto di attribuzione tra poteri nei confronti della Corte di cassazione. Il ricorso sul conflitto di attribuzione è stato dichiarato ammissibile dalla Corte Costituzionale con ordinanza n. 40 del 17.03.2015.

[26] Cfr. Nicola Colaianni, *Per un diritto di libertà di religione costituzionalmente orientato*, op. cit., p. 8, secondo il quale «non si può non rilevare la irragionevolezza di tale limitazione e la necessità di estendere le dette forme di sostegno alle confessioni senza intesa e alle organizzazioni filosofiche e non confessionali, purché aventi personalità giuridica. (…) non pare ragionevole confinare tale sostegno all'interno del recinto occupato dalle confessioni e – come si è testè proposto – dalle organizzazioni filosofiche e non confessionali e non estenderlo a tutte le organizzazioni che parimenti gestiscono iniziative di carattere umanitario nei paesi non appartenenti alla OCSE».

[27] Il riferimento è alla disciplina Onlus introdotta con D.Lgs. 460/90, la normativa sulla funzione sociale degli oratori, L. 206/2003.

4. *Le distorsioni applicative*

Le valutazioni della sezione controllo della Corte dei Conti sul sistema di finanziamento dell'otto per mille interessano non solo le carenze della normativa ma anche e soprattutto le disfunzioni relative alla sua fase applicativa e dunque riconducibili ad una non corretta applicazione di una normativa già di per sé carente e/o inadeguata rispetto all'evoluzione del quadro politico, sociale ed economico.

D'altra parte rientra tra i principali compiti dei magistrati contabili la funzione di verifica della corretta e regolare gestione dell'amministrazione e la corrispondenza dei risultati dell'attività amministrativa agli obiettivi stabiliti dalla legge.

Nel caso specifico l'indagine svolta dalla Corte, muovendo dalla circostanza per cui negli ultimi anni la quota dell'otto per mille di competenza statale ha subito riduzioni in quanto i relativi fondi sono stati utilizzati per affrontare "emergenze" di diversa natura, ha fatto rilevare diverse «criticità sugli interventi finanziati che, spesso, non sono risultati congruenti con le tipologie indicate nella legge n. 222/85[28]».

L'analisi predisposta dalla Corte sulla gestione complessiva dei fondi pubblici derivanti dalla quota dell'otto per mille è stata condotta in maniera rigorosa ed accurata, soprattutto in virtù della notevole rilevanza finanziaria del gettito, che negli ultimi anni ha sfiorato il miliardo di euro. Da qui la necessità di verificare in modo puntuale e scrupoloso il corretto utilizzo delle risorse pubbliche ed in particolare la loro «pertinenza rispetto alle destinazioni di legge e alle scelte espresse dai contribuenti in sede di dichiarazione dei redditi[29]».

L'analisi della gestione ha consentito di evidenziare i difetti applicativi del meccanismo normativo, riconducibili principalmente ad una mancata attivazione delle parti, sia statali che confessionali, nella revisione e nell'adeguamento del sistema rispetto alle esigenze derivanti dal nuovo quadro socio-economico, e dall'altra parte all'assoluto disinteresse dello Stato alla propria quota di spettanza.

4.1. a) *La mancata modifica e l'omesso adeguamento del meccanismo alle nuove esigenze politico-economico e sociali*

La complessità del nuovo sistema di finanziamento e l'incertezza degli

---

[28] Corte dei Conti, Delibera n. 16/2013/G del 19.12.2013.

[29] Corte dei Conti, Delibera n. 16/2013/G del 19.12.2013

esiti derivanti dal novello meccanismo di sostentamento del clero[30], i cui risultati si sarebbero potuti osservare solamente dopo qualche anno, furono le ragioni per le quali fu prevista l'istituzione di una apposita Commissione paritetica, i cui componenti sarebbero stati nominati dal Governo italiano e dalla Conferenza Episcopale Italiana, con il compito di procedere alla eventuale revisione del tetto massimo di deduzione fiscale e alla valutazione del gettito della quota dell'otto per mille dell'Irpef, ai fini della eventuale nuova definizione della medesima da parte dello Stato[31].

Dal tenore del testo sembra emergere, dunque, che la funzione principale della commissione paritetica fosse quella valutare i risultati concreti raggiunti con il nuovo meccanismo, individuare eventuali elementi di criticità o devianza del sistema e proporre dunque modifiche laddove se ne ravvisasse la necessità, al fine di garantire il corretto funzionamento del sistema pensato all'insegna dell'equità, proporzionalità e sostenibilità. La previsione di una Commissione paritetica con il compito di adeguare la disciplina nascente alle esigenze derivanti dalla realtà concreta era stata pensata, presumibilmente, per garantire e tutelare gli interessi sia della parte ecclesiastica sia di quella statale.

Tuttavia da un'analisi del lavoro svolto dalla Commissione Paritetica, negli anni a seguire l'introduzione del nuovo meccanismo fiscale, sembrano emergere delle perplessità circa il funzionamento e la composizione della stessa[32]. Invero sono gli stessi magistrati contabili a rilevare delle "singolarità" sul *modus operandi* della commissione soprattutto in relazione ai risultati raggiunti dalla stessa dopo poco più di vent'anni di lavori.

L'azione svolta dalla commissione si è rivelata profondamente inefficace

---

[30] Il nuovo sistema rappresentava per la parte ecclesiastica un punto interrogativo in quanto era difficile prevederne gli esiti. Per il Monsignor Attilio Nicotera «Alla base di tutto c'è una scelta coraggiosa: si è lasciato il certo (le congrue e i contributi per l'edilizia di culto) per l'incerto, potenzialmente aperto al meglio, ma affidato completamente alle libere scelte degli italiani. E lo si è fatto perché si è creduto, con il Concilio, al valore di una schietta e trasparente libertà della Chiesa e di una corretta e costruttiva collaborazione con lo Stato per la promozione dell'uomo e per il bene del Paese», così in un articolo scritto dallo stesso per Avvenire dal titolo "*Perché continuare a parlarne*" il cui estratto è riportato in *Comunione e corresponsabilità*, *Diario di bordo del Sovvenire negli interventi del cardinale Attilio Nicora (1984-2003)*, a cura di Mimmo Muolo, AIDIA Progetti Editoriali, Milano, 2004, p. 16.

[31] Così l'art. 49 della legge 20 maggio 1985, n. 22 prevede che "Al termine di ogni triennio successivo al 1989, una apposita commissione paritetica, nominata dall'autorità governativa e dalla Conferenza episcopale italiana, procede alla revisione dell'importo deducibile di cui all'articolo 46 e alla valutazione del gettito della quota IRPEF di cui all'articolo 47, al fine di predisporre eventuali modifiche"

[32] "E' singolare che la composizione della Commissione paritetica Italia-Cei, istituita nel1992, sia stata sempre riconfermata, dalla data della sua costituzione fino ad oggi, per due dei tre componenti della Parte governativa", così alla pag. 76 della delibera della Corte dei Conti n. 16 del 2014.

soprattutto se si ha riguardo alla valutazione dell'andamento complessivo del sistema agevolato di sostegno economico della Chiesa, che ha registrato di anno in anno un *trend* favorevole superando ogni legittima aspettativa e non subendo alcuna modifica, seppur timidamente auspicata dalla parte governativa[33].

In effetti i segnali di "allarme" derivanti dalla effettiva portata e consistenza economico-finanziaria acquisita dal nuovo meccanismo, nonché i conseguenti effetti distorsivi del sistema, erano già stati evidenziati da un componente della commissione paritetica secondo il quale qualora «dal sistema oggi vigente di rapporti finanziari tra Stato e Chiese dovesse derivare un flusso contributivo eccessivo a favore di una confessione religiosa potrebbe porsi il problema di una revisione del sistema stesso[34]».

Il problema in effetti si è posto in termini non solo teorici ma anche concreti. È un dato di fatto che i contributi a favore delle confessioni si sono incrementati notevolmente e continuano a lievitare superando il miliardo di euro annui[35], in piena controtendenza al generale stato di sofferenza fi-

---

[33] Già nella relazione della Commissione paritetica Italia-Cei del 9 febbraio 1996, si rileva l'opportunità di avviare una procedura di revisione e modifica dell'aliquota dell'otto per mille in considerazione del fatto «che la quota dell'8 per mille si sta avvicinando a valori, superati i quali, potrebbe rendersi opportuna una proposta di revisione. La Parte governativa rileva, infatti, che detti valori, già oggi, risultano superiori a quei livelli di contribuzione che alla Chiesa cattolica pervenivano sulla base dell'antico sistema dei supplementi di congrua e dei contributi per l'edilizia di culto. Un loro ulteriore incremento potrebbe comportare, in sede della prossima verifica triennale, una revisione dell'aliquota del c.d. 8 per mille».

[34] Un problema riscontrato nei dati contabili rilevato che «dal flusso finanziario dell'8 per mille del gettito IRPEF derivano alla Chiesa cattolica (recte: alla CEI) delle somme veramente ingenti, che hanno superato ogni più consistente previsione. Si parla ormai di circa 900-1000 miliardi l'anno. Il livello è da considerarsi tanto più alto in quanto il fabbisogno per il sostentamento del clero non supera mediamente i 400-500 miliardi annui. Ciò vuol dire che la CEI ha la disponibilità annua di diverse centinaia di miliardi per finalità ("esigenze di culto della popolazione, sostentamento del clero, interventi caritativi a favore della collettività nazionale o di paesi dei terzo mondo": art. 48 L. 222/85) che sono chiaramente 'secondarie' rispetto a quella primaria del sostentamento del clero; e che, lievitando cosi il livello dei flusso finanziario si potrebbe presto giungere al paradosso per il quale è proprio il sostentamento del clero ad assumere il ruolo di finalità secondaria rispetto alle altre. Tutto ciò porterebbe a vere e proprie distorsioni nell'uso del denaro da parte della Chiesa cattolica, e, più in generale, riaprirebbe il capitolo di un finanziamento pubblico irragionevole che potrebbe raggiungere la soglia della incostituzionalità se riferito al valore della laicità quale principio supremo dell'ordinamento», in CARLO CARDIA, *La legge 222/1985: Attuazione, problemi, prospettive, op.cit.,* p. 2.

[35] A tal proposito la dottrina fa rilevare che mentre il meccanismo dell'otto per mille «ha finito, così, per diventare la valvola di sicurezza per molti culti … ha sicuramente contribuito ad un rafforzamento economico senza precedenti della Chiesa italiana … anche se i contribuenti che scelgono la Chiesa sono circa il 33% (poco più dei praticanti)», FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, *Gli accordi del 1984 e la legislazione ecclesiastica successiva: riflessioni su un ventennio di sperimentazioni*, nel volume collettaneo a cura di ISABELLA. BOLGIANI*, Enti di culto, op. cit.,* p. 370.

nanziaria in cui versa il paese e che ha imposto la drastica riduzione della spesa pubblica. Se si pensa a come il progressivo acuirsi della crisi di risorse pubbliche ha indotto ad una diversa ed ulteriore riconfigurazione del sistema di *Welfare* perseguito, facendolo transitare dal *Welfare community* al più riduttivo *Welfare* sostenibile, con l'effetto di "sacrificare" finanche i diritti fondamentali come quello della salute[36], appare evidente che vengano sollevate perplessità su una "voce di bilancio" che, come quella del finanziamento alle confessioni, è l'unica a non risentire della cosiddetta e ormai nota *spending-rew*.

Un sistema che diventa ancora più gravoso per l'erario «tanto più che, negli ultimi anni, si è assistito al sovrapporsi delle assegnazioni previste dal diritto pattizio con quelle – che raggiungono cifre, in taluni casi, ancora più consistenti - diritto comune[37]».

---

[36] A partire dagli anni novanta la Corte Costituzionale mostra particolare sensibilità per il contenimento della spesa pubblica e la sostenibilità del welfare. Tra gli orientamenti enunciati dalla Corte va senz'altro richiamato quello secondo il quale la tutela del diritto alla salute nel suo aspetto di pretesa all'erogazione di prestazioni «non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie delle quali dispone» (Corte Costituzionale sent. n. 354 del 2008). La Corte, in particolare, ha chiarito come «subito dopo l'enunciazione del principio della parificazione e concorrenzialità tra strutture pubbliche e strutture private, con la conseguente facoltà di libera scelta da parte dell'assistito, si sia progressivamente imposto nella legislazione sanitaria il principio della programmazione, allo scopo di realizzare un contenimento della spesa pubblica ed una razionalizzazione del sistema sanitario» (citata sentenza n. 200 del 2005), sicché deve concludersi che «il principio di libera scelta non è assoluto e va contemperato con gli altri interessi costituzionalmente protetti, in considerazione dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore ordinario incontra in relazione alle risorse finanziarie disponibili» (sentenza n. 94 del 2009). Questa conclusione è conforme, del resto, alla configurazione del diritto alle prestazioni sanitarie come "finanziariamente condizionato", giacché «l'esigenza di assicurare la universalità e la completezza del sistema assistenziale nel nostro Paese si è scontrata, e si scontra ancora attualmente, con la limitatezza delle disponibilità finanziarie che annualmente è possibile destinare, nel quadro di una programmazione generale degli interventi di carattere assistenziale e sociale, al settore sanitario» (ex multis, sentenza n. 111 del 2005)". (Corte Costituzionale, sent. n. 248 del 2011). La medesima Corte sottolinea l'importanza del collegamento tra responsabilità e spesa evidenziando come l'autonomia dei vari soggetti ed organi che operano nel settore, deve essere necessariamente correlata alle disponibilità finanziarie e non può prescindere dalla limitatezza delle risorse e dalle esigenze di risanamento del bilancio nazionale (Corte Costituzionale, sent. n. 28 luglio 1995, n. 416). La crescente crisi di risorse economico-finanziarie induce la dottrina e la giurisprudenza costituzionale ad elaborare un concetto di contenuto minimo essenziale di diritti sociali (Corte Costituzionale sent. n. 432 del 2005, n. 30 del 2004, 342 del 2002, n, 180 del 2001, n. 457 del 1998, n. 10 del 2010) in modo tale da impedire alle esigenze della finanza pubblica di comprimere totalmente il nucleo irriducibile di tali diritti, ed in particolare nel settore sanitario, del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana» (in questo senso, oltre alla citata sentenza, *ex plurimis*: sentenze n. 455 del 1990; n. 267 del 1998; n. 509 del 2000; n. 252 del 2001; n. 432 del 2005).

[37] Corte dei Conti, Deliberazione n.16, 2014, p. 75. A titolo esemplificativo basti pensare agli ingenti fondi assegnati alla Chiesa per il restauro degli edifici di culto, come si evince dal dossier del Servizio studi del Senato relativo al piano di ripartizione dei fondi 8 per mille a diretta gestione statale dal quale si rileva che « l'andamento del riparto nel tempo tra i quattro settori indicati dalla legge n. 222

Tutto questo, come si evince dalla relazione della Corte, sotto gli occhi di uno Stato "disinteressato" sia alla propria quota di competenza sia al corretto funzionamento del sistema che, tenuto conto delle nuove e sempre più stringenti esigenze di contenimento e razionalizzazione della spesa pubblica e degli effetti distorsivi che pregiudicano un accesso egualitario, attende di essere adeguato.

In effetti il dubbio si insinua poiché la parte governativa, pur nella consapevolezza della effettiva dimensione economica assunta dal meccanismo di finanziamento e dell'opportunità di avviare una procedura di revisione[38], non ha più riproposto il problema in sede di commissione paritetica, almeno fino all'anno scorso allorquando ha sollevato la questione prospettando, per la prossima verifica triennale, la possibilità di discutere concretamente «dell'opportunità di una revisione della quota dell'8 per mille, in vista di un suo possibile ridimensionamento quantitativo»[39].

Piuttosto il governo sembra aver focalizzato l'attenzione sul diverso aspetto della utilizzazione, da parte ecclesiastica, del flusso derivante dall'8 per mille, auspicando da un lato un più puntale equilibrio tra le diverse

---

del 1985 non è equilibrato; si registra come dato costante che la destinazione per la conservazione dei beni culturali è quella tributaria della maggior parte delle risorse (cfr. tabella 2). Nell'ambito di tale finalizzazione, significativi sono i fondi assegnati per il restauro di edifici di culto di cui all'omonimo Fondo». XVII LEGISLATURA. *Schema di decreto del Presidente della Repubblica concernente regolamento recante modifiche ed integrazioni al decreto del Presidente della Repubblica 10 marzo 1998, n. 76, in materia di criteri e procedure per l'utilizzazione della quota dell'otto per mille dell'Irpef devoluta alla diretta gestione statale* (Atto del Governo n. 2). Aprile 2013, n. 1.

[38] Sebbene una revisione del meccanismo dell'8 per mille richiederebbe un procedimento complesso rilevato che lo stesso trova la propria fonte in legge di derivazione concordataria. Tuttavia si tratterebbe di questioni superabili. Parte della dottrina ipotizza una revisione dell'istituto «mediante meccanismi di fusione con quelle forme di incentivazione delle attività di utilità sociale (vedi 5x1000). Fusione che dovrebbe operare mediante la de-concordatarizzazione dell'istituto e la sua inclusione in una legge ordinaria, o razionalizzando il sistema delle politiche sociali oggi in vigore, di cui la Chiesa cattolica già fruisce ampiamente, ovvero nell'ambito della auspicata e mai realizzata legge generale sulle libertà religiose», VALERIO TOZZI, *L'8 per mille e il suo inventore*, op. cit., p. 16. Auspica, invece, una soluzione bonaria ispirata alla sana e leale collaborazione GIUSEPPE CASUSCELLI, *La crisi economica e la reciproca collaborazione tra le Chiese e lo Stato per "il bene del Paese",* op. cit.,, p. 28 il quale richiama il senso di «responsabilità di tutte le confessioni che si avvantaggiano del finanziamento pubblico» affinché «si dichiarassero disponibili (nel quadro di una strategia del "far cessare" le discriminazioni) a rivedere il sistema di ripartizione delle quote relative alle scelte non espresse (ipotesi che in situazioni normali è stata ritenuta "improbabile ... a causa del numero delle confessioni coinvolte per via pattizia", e a concordare le modifiche degli accordi di cui sono parte, necessarie per un verso a rendere il sistema dell'otto per mille pienamente conforme a Costituzione e alla sua ragion d'essere originaria, e, per altro verso, a concretizzare la loro fattiva partecipazione al superamento della crisi economica».

[39] Relazione della Commissione paritetica Italia-Cei dell' 11/9/2014. Di fronte a tale proposta *"Parte ecclesiastica, preso atto della proposta, si riserva ogni valutazione in proposito, alla luce di tutti gli elementi che potranno essere presi in considerazione."* Delibera n. 16 del 2014, pp. 26 e 27.

destinazioni e dall'altro una incentivazione del meccanismo dell'autofinaziamento derivante dalla deducibilità delle oblazioni volontarie.

In realtà il problema della proporzione tra finalità primaria, quella di sostentamento del clero, e le altre finalità si è posto proprio perché il flusso finanziario ha raggiunto livelli così elevati da soddisfare ampiamente il fine primario dell'istituto[40].

Le ingenti somme residuate pertanto vengono utilizzate per gli altri scopi.

Poiché solo un terzo del flusso complessivo percepito dalla Chiesa è utilizzato per il sostentamento del clero, la parte governativa, manifestando perplessità circa il rapporto esistente tra la devoluzione dell'8 per mille per il sostentamento del clero e la devoluzione per le altre finalità, ha proposto «un maggiore impegno finanziario per soddisfare lo scopo primario del sistema, cioè il sostentamento del clero cattolico, invitando la Cei a rivalutare i relativi assegni[41]».

Dall'altra parte l'ingente flusso finanziario derivante dall'8 per mille ha fatto emergere l'ulteriore problema di una migliore distribuzione delle risorse tra le altre destinazioni. In particolare il Governo ha sottolineato «l'esigenza di incrementare le spese per gli interventi caritativi [42] a favore della

---

[40] Carlo Cardia, *Otto per mille e offerte deducibili,* in Isabella Bolgiani (a cura di), *Enti di culto*, op. cit.,p. 246.

[41] Nota n. 531 del 17/3/2014 della Presidenza del Consiglio. Corte dei Conti, Delibera n. 16 del 2014 , pag. 9. La commissione avrebbe «richiamata l'originaria finalità dell'otto per mille che (…) era diretta a garantire la categoria clericale nei confronti di ogni difficoltà che potrebbe presentarsi con il passare del tempo». Tuttavia in ambito ecclesiastico un aumento della remunerazione del clero «viene visto non senza preoccupazione poiché si ritiene che una remunerazione troppo alta non sia opportuna per un impegno, come quello sacerdotale, che deve mantenersi saldo sul principio del servizio», Carlo Cardia, *Otto per mille e offerte deducibili,* in Isabella Bolgiani (a cura di), *Enti di culto*, op. cit., p. 248.

[42] Se «da un lato l'attività assistenziale caratterizza le finalità di tutte le confessioni che beneficiano del sistema di finanziamento dell'8 per mille, dall'altro l'ampiezza delle attività assistenziali svolte da organizzazioni ecclesiastiche, o collegate comunque alla Chiesa cattolica, delinea un sistema che potrebbe definirsi quasi di integrazione o di complementarietà tra queste ultime e le istituzioni statali come a conferma del principio di collaborazione stabilito fin dall'art. 1 dell'Accordo di Villa Madama del 1984. Non a caso, pertanto, probabilmente di fronte alla rilevante crisi economica degli ultimi anni, è stato richiesto alla CEI in commissione paritetica un incremento della quota percentuale destinata alle finalità caritative rispetto alla proporzione indicata nei rendiconti di ripartizione del flusso derivante dall'8 per mille. Si potrebbe a questo punto profilare quasi un paradigma, soprattutto in seguito alla riforma del sistema di finanziamento d supplenza o quanto meno di "delega tacita" ad agire in determinati ambiti come quello dell'assistenza». Maria D'Arienzo, *Chiesa ed economia*, in www.statoechiese, novembre 2009, p. 10 e ss. Nell'analizzare la complessa relazione sottesa al tema Chiesa ed economia, l'Autrice propone diverse chiavi di lettura tra cui «la valutazione degli aspetti attraverso i quali il fattore religioso incide sulla realtà economica nazionale, come ad esempio il sistema di finanziamento o le agevolazioni fiscali e tributarie», al fine di «evidenziare, di fronte allo smantellamento del welfare da parte dello Stato italiano, come le scelte di politica socio-economica costituiscano una sensibile chiave di lettura del sistema dei rapporti tra politica e religione, e tra

collettività nazionale o di Paesi del terzo mondo, che negli ultimi anni si sono attestati intorno a percentuali di poco superiori al 20 per cento».

Appare evidente che, date le percentuali destinate al sostentamento del clero (pari ad un terzo) e agli interventi caritativi (pari al 20 per cento), la restante e cospicua somma del flusso finanziario è destinata alla finalità di esigenza di culto e pastorale.

A tal proposito la parte governativa, ha ripetutamente sottolineato la necessità e l'opportunità di una più ampia e migliore allocazione delle risorse nell'ambito delle esigenza di culto, facendo rilevare come l'uso adottato dal alcune chiese cattoliche di subordinare l'ingresso agli edifici di culto al pagamento di un ticket fosse contrario sia alla natura di luogo di preghiera sia alla normativa statale la quale, anche attraverso l'8 per mille, garantisce e tutela le esigenze di culto della popolazione.

L'esito di tale rilievo è stata una direttiva emanata dalla Cei, tesa a superare la bigliettazione nelle chiese[43].

Ulteriore questione portata all'attenzione della rappresentanza Cei dalla parte governativa riguarda le oblazioni volontarie deducibili.

Queste in effetti hanno da sempre rappresentato un punto dolente anche per la Chiesa cattolica[44].

Stato e Chiesa cattolica in particolare. Sistema di rapporti che non sono meri paradigmi astratti, ma concrete e visibili realtà».

[43] La nota del Consiglio Episcopale Permanente della CEI del gennaio 2012, recependo le sollecitazioni della parte governativa, esclude in linea di massima il ricorso al sistema della bigliettazione per l'accesso alle chiese, tuttavia la stessa non esclude che "in casi eccezionali" la regola possa essere derogata e si possa, perciò, richiedere il pagamento di un biglietto per l'accesso alle chiese. Sul valore giuridico del documento e valenza effettiva e concreta del richiamo operato alla stessa gratuità dell'accesso si rinvia a Fabio Franceschi, *L'accesso alle chiese aperte al culto: fruizione cultuale*, in wwww.statoechiese.it, ottobre, 2014.

[44] Fin dall'entrata in vigore dell'otto per mille la Chiesa ha mostrato le proprie preoccupazioni rispetto alla necessità di assicurare un giusto equilibrio tra le diverse forme di finanziamento e ciò per un duplice motivo, sia morale che materiale. «Da sempre andiamo ricordando che le forme di partecipazione al sostegno economico della Chiesa sono tre. La prima è quella che morale funziona da duemila anni, e non è né disciplinata né gratificata dallo Stato: si tratta delle offerte spontanee e gratuite. La seconda è quella delle offerte deducibili: c'è il vantaggio della deduzione fiscale, appunto, ma comporta comunque un costo personale. Solo all'ultimo posto (di questa "scala morale") viene l'otto per mille che personalmente non costa nulla al contribuente. Il problema per la Chiesa cattolica è riuscire a mantenere ferma, limpida la gerarchia delle tre forme di apporto, evitando che la più facile (ma comunque valida) "divori" le prime due. Guai se l'8 per mille spegnesse la generosità della gente, per la Chiesa sarebbe una perdita enorme». Sotto il profilo meramente materiale la preoccupazione si fonda sull'incertezza dell'avvenire in relazione al quale «le offerte deducibili "rischiano "di essere la strada più sicura in un cammino sempre un poco precario di rapporti fra Stato e Chiesa nel nostro Paese. Esse sono infatti la forma di sostegno ormai più generalizzata e più pacificamente difendibile, al punto che è stata introdotta anche nella legge sul volontariato. Invece l'8 per mille è il meccanismo più nuovo, atipico anche rispetto ad altri modelli stranieri, il più esposto ad eventuali, anche se per oggi improbabili, mutamenti concordatari. Improbabili per oggi.

La modestissima partecipazione dei fedeli all'autofinanziamento della Chiesa attraverso le oblazioni volontarie costituisce una debolezza del sistema, con l'effetto di far ricadere il peso del finanziamento della Chiesa tutto sull'otto per mille e quindi sul bilancio statale.

Da qui l'invito della Presidenza del Consiglio[45] ad incentivare il meccanismo dell'autofinanziamento della Chiesa, attraverso la valorizzazione delle oblazioni deducibili il cui carico per lo Stato è appunto limitato alla deducibilità, al fine di poter prendere in considerazione una riduzione dell'otto per mille.

In realtà l'assunto non sembra condiviso dalla Corte secondo la quale «le difficoltà nell'autofinanziamento della Chiesa cattolica non possono gravare sulle finanze pubbliche attraverso il rinvio *sine die* del ridimensionamento dei contributi statali: le risorse provenienti dall'otto per mille non possono essere intese come l'assicurazione di una sorta di impegno per lo Stato a provvedere alle necessità della Chiesa[46]».

Il monito proveniente dai magistrati contabili sembra chiaro: occorre rivedere il meccanismo ed in tempi che non siano biblici[47].

L'invito riguarda non solo i tempi e il merito dell'attività svolta dalla Commissione bensì anche le modalità operative della stessa.

Contestualmente, infatti, i magistrati auspicano una maggior chiarezza e trasparenza, nel senso di favorire e garantire una forma di pubblicità ai lavori delle commissioni paritetiche, rilevato che si tratta di attività che incidono sul bilancio dello Stato.

La poca trasparenza e l'assoluta mancanza di pubblicità delle relazioni delle commissioni[48] infatti hanno interessato finanche il lavoro della Corte

---

Ma pensate ai parlamenti del futuro, o frammentati o organizzati in alleanze del tutto nuove. Che cosa ne sarà della cosiddetta maggioranza concordataria? Il tema concordatario è sempre mobile, magmatico. Anche sotto questo profilo, le offerte deducibili rimangono fondamentali, a fronte di un 8 per mille esposto a rischi, sia pure al momento improbabili». *Comunione e corresponsabilità*, *Diario di bordo del Sovvenire negli interventi del cardinale Attilio Nicora (1984-2003)*, a cura di Mimmo Muolo, AIDIA Progetti Editoriali, Milano, 2004, pp. 191,198.

[45] Nota n. Uci 685-P del 30/04/2014 della Presidenza del Consiglio.

[46] Deliberazione n. 16/2014, p. 26.

[47] «*Si è assistito ad un rallentamento dei lavori della Commissione nell'affrontare il problema della riponderazione dei contributi concessi* (…) *Peraltro, il fatto di procedere a verifica dapprima con Ie confessioni acattoliche -che risultano destinatarie di somme incomparabilmente inferiori rispetto a quelle della Chiesa cattolica- non pare razionale. (…) Risulta difficilmente comprensibile che solo nel mese di settembre 2014 la Parte governativa della Commissione abbia ritenuto "di dover proporre alia Parte ecclesiastica che, … venga concretamente discussa l'opportunità di una revisione della quota dell'8 per mille, in vista di un suo possibile ridimensionamento quantitativo*». Deliberazione n. 16/2014, p. 26.

[48] Cfr. Giuseppe Casuscelli, *La crisi economica e la reciproca collaborazione tra le Chiese,* in www.statoechiese.it, ottobre 2011, p. 24, il quale ritiene «incomprensibile la ragione per la quale il lavoro svolto dalla Commissione governativa in questo ventennio, a seguito dei numerosi rinnovi che l'hanno

dei Conti che, per ottenere la trasmissione delle valutazioni sul gettito effettuate dalle Commissioni paritetiche negli ultimi anni, ha dovuto affrontare vari ostacoli di natura burocratica.

Sul punto, infatti, i magistrati hanno dovuto confrontarsi con una diversa opinione espressa dalla parte Governativa[49] che, facendosi scudo della sentenza del Tar Lazio[50], ribadisce la natura interna degli atti della Commissione paritetica, costituenti valutazioni di riflessione politica. Si tratta di atti di natura bilaterale finalizzati alle previsioni della legge n. 222/85 ed aventi carattere essenzialmente propositivo e che, pertanto, non costituendo il frutto di un processo amministrativo, sono sottratti all'*actio ad exhibendum*[51].

4.2. b) *La non corretta gestione della quota statale*

Uno dei punti dolenti del meccanismo dell'otto per mille evidenziati dall'istruttoria svolta dai magistrati contabili riguarda proprio la quota di competenza statale.

La rilevata assenza di promozione e pubblicità da parte dello Stato delle proprie iniziative, i tagli operati negli ultimi anni sulla quota di diretta gestione statale, la riscontrata irrazionalità nell'impiego delle relative risorse nonché la scarsità di controlli sui contributi erogati hanno rivelato uno Stato disinteressato ed inaffidabile, e ciò in violazione dei principi di buon andamento, efficienza ed efficacia della Pubblica amministrazione.

Lo Stato risulta l'unico beneficiario del sistema che non si attiva per sensibilizzare l'opinione pubblica sulle proprie attività. Si rileva, infatti, la man-

---

interessata, sia sempre rimasto nell'ombra, sebbene non risulti l'esistenza di un obbligo di riservatezza in materia, che sarebbe peraltro del tutto ingiustificato. È questa una circostanza davvero rappresentativa della mancanza di trasparenza e di informazioni che caratterizza i rapporti del Governo (e della pubblica amministrazione in generale) con le confessioni religiose, che rappresenta una violazione di quel codice delle "buone pratiche" che dovrebbe costituire per il cittadino-contribuente il primo degli strumenti di garanzia effettiva del corretto utilizzo a fini generali delle risorse pubbliche».

[49] Nota n. 531 del 17/03/2014; Nota n. Uci 685 – P del 30/04/2014 della Presidenza del Consiglio.

[50] Sentenza 8 settembre 2005, n. 6634. Si tratta del ricorso presentato dall'associazione Anticlericale.net con il quale è stata impugnata la nota della Presidenza del Consiglio dei ministri che ha negato l' ostensione dei documenti prodotti dalla Commissione paritetica Stato-Conferenza episcopale italiana prevista dall'art. 49 l. 20 maggio 1985, n. 222.

[51] Si tratta di un'attività « *i cui destinatari non possono che essere il Governo o il Parlamento, quali titolari rispettivamente della funzione di indirizzo politico e di quella legislativa, in ragione sia della incidenza degli apprezzamenti di detta Commissione sulle concrete modalità di funzionamento del meccanismo previsto da una legge statale … La peculiarità dell'organo sta a dimostrare, anche sotto il profilo soggettivo, l'estraneità della Commissione paritetica all'organizzazione amministrativa in senso proprio, alla luce di una serie di convergenti elementi, tra i quali assumono rilievo centrale le particolari modalità di composizione*», TAR Lazio, sentenza 8 settembre 2005, n. 6634.

canza di informazione e di campagne promozionali sulle attività finanziate con le quote statali ed una scarsa pubblicizzazione dei risultati raggiunti.

Ciò ha determinato una forte riduzione delle scelte[52] con conseguente marginalizzazione dell'iniziativa pubblica. D'altra parte sarebbe stato difficile per lo Stato pubblicizzare gli impieghi e i risultati raggiunti visto che negli ultimi anni la quota è stata drasticamente ridotta e i fondi devoluti ad altri scopi non contemplati dalla normativa.

Né sembra farne mistero la parte Governativa, la quale chiarisce che la mancata attività promozionale e pubblicitaria è frutto di una scelta politica determinata dalla consapevolezza della riduzione finanziaria che continua a destinare una parte consistente dei fondi a finalità diverse da quelle dell'8 per mille. E ciò anche per l'anno 2014, sebbene sia stata introdotta la possibilità di destinare le risorse all'edilizia scolastica[53].

Ulteriore rilievo riguarda l'assenza di una adeguata pubblicità sui contributi concessi, in particolare si contesta l'accessibilità ad una chiara e facile consultazione da parte dei contribuenti degli interventi e dei beneficiari dei contributi, mancando un elenco riepilogativo delle categorie di enti e di interventi finanziati.

Quanto alla categorie di enti beneficiari ed alla ripartizione della quota statale, in particolare, la Corte individua una irrazionalità nella gestione e destinazione delle risorse finanziare. Si evidenzia, infatti, una sperequazione nella ripartizione degli stanziamenti sia per le categorie di interventi finanziati sia per gli enti beneficiari.

Dall'analisi dei dati contabili emerge, infatti, che la maggior parte delle risorse statali vengono destinate per la conservazione degli beni culturali contrariamente a quanto stabilito dal regolamento di attuazione che dispone una ripartizione in parti uguali per le quattro categorie di interventi[54].

---

[52] «lo Stato italiano ha fatto del suo meglio per scoraggiare i contribuenti a destinarglielo, utilizzando i fondi per le missioni militari o per contribuire massicciamente al restauro di edifici di culto cattolico», Stefano Sicardi, *Alcuni problemi della laicità in versione italiana,* in www.statoechiese.it, marzo 2010, p. 26.

[53] In tal caso l'inopportunità di pubblicizzare e promuovere l'iniziativa è giustificata dal Governo dal mancato adeguamento del regolamento di attuazione contenuto nel D.p.r. n. 76 del 1998.

[54] A tal proposito la Presidenza del Consiglio ha voluto precisato che «*Lo sbilanciamento, in termini percentuali, dei contributi erogati a favore della categoria dei 'beni culturali rispetto alle altre è dipeso, sino ad oggi, dalla più alta incidenza di domande di contributo pervenute da tale categoria e dalla completezza dei progetti relativi, che ne hanno decretato l'ammissione al contributo, in assenza di una previsione normativa che ne prevedesse la ripartizione in parti uguali tra le categorie beneficiarie dei contributi, indipendentemente dal numero delle istanze pervenute. Tale lacuna e stata ampiamente recepita nel regolamento novellato, che ne prevede, appunto, la ripartizione in quattro quote uguali, tra le quattro tipologie di interventi ammesse a contributo. Si pone in rilievo che e in corso di ulteriore modifica il regolamento in questione, per i necessari adeguamenti all'introduzione della nuova categoria dell'edilizia scolastica*». (nota n. 6179 del 19/3/2014 della Presidenza del Consiglio dei Ministri).

In particolare l'attenzione dei magistrati è richiamata dalla categoria degli enti ecclesiastici beneficiari dei contributi destinati alla conservazione dei beni culturali. Nelle valutazioni della Corte si rileva che tali enti risultano i maggiori beneficiari della categoria sebbene formalmente il loro numero sembra meno consistente di quello effettivo.

La circostanza in realtà ha una duplice spiegazione.

La prima è che la maggior parte dei beni culturali presenti sul territorio dello stato italiano sono di proprietà ecclesiastica e/o di interesse religioso; la seconda è che il più delle volte il «beneficio viene richiesto dai comuni che lo utilizza, poi, a favore di beni di proprietà ecclesiastica[55]».

Ciò determina una ulteriore distorsione del sistema in quanto il *favor* mostrato per il finanziamento delle opere di restauro i degli edifici di culto o di proprietà ecclesiastica non rispetta la volontà dei contribuenti, i quali optando per lo Stato hanno manifestato l'intenzione di devolvere quelle somme a finalità diverse di quelle confessionali.

A ciò si aggiunge un ulteriore profilo problematico, rilevato sempre dai magistrati, i quali sottolineano che la quota statale è stata finora devoluta mediante la ripartizione "a pioggia" ad enti privati (tra cui anche gli enti ecclesiastici) attraverso una selezione non sempre motivata e trasparente, ed il cui *modus operandi* impedisce un controllo certo sui fondi percepiti, poiché trattandosi di enti privati e religiosi si sottraggono dall'obbligo dell'affidamento secondo le procedure dell'evidenza pubblica con l'effetto di non essere sottoposti alla verifica dell'esito delle attività ovvero alla garanzia del collaudo pubblico[56].

In definitiva, ciò che a tale proposito preoccupa maggiormente è l'alterazione sostanziale del sistema, in cui le risorse derivanti dall'opzione a favore dello Stato e che quest'ultimo dovrebbe utilizzare per scopi del tutto sganciati dal riferimento alle confessioni religiose sono diversamente veicolate per una parte consistente, verso scopi riconducibili agli interessi di quest'ultime.

Analogamente, i fondi statali a favore della popolazione svantaggiata attribuiti ad enti di tendenza religiosa si aggiungono ai contributi che agli stessi sono stati distribuiti dalle confessioni, mentre le risorse di competenza statale vengono attribuite ad enti confessionali (chiese, associazioni e fondazioni seminari), con il rischio di duplicazione di contributi.

---

[55] Deliberazione n. 16 del 2014, p. 60.

[56] Deliberazione n. 16 del 2014, p. 78. In merito la Corte manifesta non poche perplessità circa il finanziamento concesso a favore del restauro del prospetto principale della sede della Pontificia università gregoriana e del suo cortile maggiore.

L'apporto finanziario garantito agli enti ecclesiastici ed alle organizzazioni confessionali rispetto alle altre tipologie di organizzazioni appare singolare, anche in considerazione del fatto che essi godono già del contributo degli optanti per le confessioni, che risulta, peraltro, assai più consistente, in rapporto a quello di competenza statale.

Su queste premesse, e nel rispetto dovuto ai contribuenti, che scelgono sulla base della distinzione fra la quota destinata a soggetti religiosi e quella a diretta gestione statale, il finanziamento statale di tali enti - che certamente svolgono attività meritevoli - dovrebbe, eventualmente, gravare su altri capitoli di bilancio.

5. *Conclusioni (molto) provvisorie*

Come si vede, la Corte non si è limitata a rilevare le criticità, strutturali ed applicative, del meccanismo introdotto, per via pattizia, dalla legge n. 222/1985 ma ha suggerito alcune correzioni possibili ed anche individuato precise responsabilità pubbliche.

Tanto rilevato, sembra prematuro azzardare previsioni sull'effettivo impatto che la deliberazione della Corte dei Conti sarà in grado di produrre sull'attuale sistema dell'otto per mille, contribuendo quantomeno a ridurre alcune delle sue più evidenti criticità.

Ciò che si può senz'altro riconoscere è che la Corte dei Conti conservi l'evidente merito di indicare ai titolari del potere politico una strada se non di aggiornamento quanto meno di ricollocazione del relativo meccanismo nell'ambito del generale sistema della finanza pubblica che essi possono percorrere in maniera sufficientemente autonoma, senza dover necessariamente passare da una contrattazione con la controparte confessionale.

Si tratta, quindi, anzitutto, di un richiamo – neppure troppo velato, come si è visto – alle proprie responsabilità, che la Corte rivolge alle istituzioni politiche[57].

A queste ultime spetta, naturalmente, trarne le debite conseguenze.

---

[57] Che quelle appena analizzate non costituiscano generiche censure ma vere e proprie indicazioni operative, che, pretendendo di avere un concreto seguito da parte delle istituzioni politiche, sono destinate ad alimentare un serrato confronto dialettico con le stesse, è circostanza chiaramente testimoniata dalla recentissima riproduzione degli stessi rilievi critici, questa volta accompagnata dall'indicazione delle misure consequenziali poste in essere dalle amministrazioni per il loro superamento nonché da alcune considerazioni delle confessioni religiose sulle problematiche riscontrate, Deliberazione 26 ottobre 2015, n. 8/2015/G, *Destinazione e gestione dell'8 per mille: le misure consequenziali finalizzate alla rimozione delle disfunzioni rilevate* in http://www.corteconti.it/export/sites/portalecdc/_documenti/controllo/sez_centrale_controllo_amm_stato/2015/delibera_8_2105_g.pdf

In tema di finanziamento pubblico dell'edilizia di culto cattolico, tra istanze di libertà ed esigenze di contenimento della spesa pubblica

Luigi Lacroce

1. *Premessa*

Il fenomeno del "*disordine delle fonti*"[1], dovuto sia ad un crescendo di soggetti titolari del potere di produzione normativa sia ad una loro de-tipizzazione[2], non sembra estraneo alla disciplina del finanziamento pubblico dell'edilizia di culto cattolico.

A compromettere il piramidale sistema delle fonti normative[3] contribuisce un'attività legislativa poco attenta a garantire coerenza sistematica all'ordinamento e ridotta oramai quasi esclusivamente ad interventi, peraltro necessari ed indifferibili, di risposta a problemi di natura economico-finanziaria.

Nuove norme introdotte in vari settori dell'ordinamento e considerate funzionali alle finalità di contenimento della spesa pubblica hanno, infatti, seppur indirettamente, intaccato il sistema delle fonti della disciplina relativa al finanziamento dell'edilizia di culto cattolico, facendo sorgere problemi di natura interpretativa sulla condizione giuridica degli edifici di culto cattolico nel diritto attuale[4] e riproponendo, al contempo, l'antica questione del

---

[1] L'icastica espressione è tratta da Umberto Breccia, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto,* in *Politica del diritto,* XXXVII, 2006, p. 361; Giorgio Berti, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto,* in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti,* a cura di Gregorio Gitti, in *Il Mulino*, 2006, p. 52.

[2] Natalino Irti, *Sul problema delle fonti del diritto,* in *Rivista trimestrale diritto processuale civile,* 2001, p. 702; Luigi Mengoni, *Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri,* in *Rivista trimestrale diritto processuale civile,* 1997, p. 23.

[3] Sulla crisi del diritto così come si è andato affermando nell'età moderna si rinvia a Paolo Grossi, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto,* in *Paolo Grossi (Maestri del diritto, 3),* a cura di Guido Alpa, Laterza, Roma-Bari, 2011, p. 19; Id., *La fantasia nel diritto,* in *Quaderni fiorentini,* 15, 1986, p. 589; Id., *Società, diritto, Stato,* Giuffrè, Milano, 2006; Id., *Mitologie giuridiche della modernità,* Giuffrè, Milano, 2007.

[4] Cfr. Andrea Bettetini, *La condizione giuridica dei luoghi di culto tra autoreferenzialità e principio*

rapporto tra fonti pattizie e fonti unilaterali nelle materie oggetto di accordi con la Chiesa cattolica[5].

Scopo della presente nota è di segnalare la limitata attenzione su questo tema e mettere così in evidenza come ciò riveli non solo quanto sia lontana la sensibilità del legislatore per i problemi pratici della libertà religiosa quant'anche che la stagione che si sta vivendo non sarà, con molta probabilità, in grado di maturare alcuna sistematica risposta ai sempre più complessi rapporti tra Stato e confessioni religiose.

2. *Inquadramento sistematico della disciplina pattizia e unilaterale sull'edilizia di culto cattolico*

Com'è noto l'ordinamento giuridico italiano ha disciplinato e disciplina la materia dell'edilizia di culto cattolico sia attraverso norme unilaterali statali sia attraverso norme pattizie sia ancora attraverso norme statali integrative del diritto pattizio. Semplificativamente, vi sono norme sul regime giuridico[6], norme sulla costruzione e sulla manutenzione e norme sul finanziamento pubblico[7].

Riguardo il regime giuridico degli edifici di culto cattolico[8] la disposizio-

---

di effettività, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica,* 2010, 1, p. 3; Giuseppe dalla Torre, *Dalle chiese agli edifici di culto,* in *Gli edifici di culto tra Stato e confessioni religiose,* a cura di Daniele Persiano, Vita e Pensiero, Milano, 2008, p. 3. Sull'ampia letteratura in materia di edilizia di culto prima della riforma del Concordato del 1929 si rinvia a Domenico Barillaro, *Nozione giuridica dell'edificio destinato al culto,* in *Archivio giuridico,* 1959, p. 3; Antonio Vitale, *L'art. 831, comma 2, c.c.,* in *Giustizia civile,* 1974, p. 602; Giuseppe Casuscelli, *Edifici ed edilizia di culto, I, Problemi generali,* Giuffrè, Milano, 1979; Giuseppe Leziroli, *In tema di edifici di culto (osservazioni preliminari),* in *Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica,* Giuffrè, Milano, 1981, p. 381.

[5] Giuseppe Dalla Torre, *Il sistema di accordi con la Chiesa cattolica e l'incidenza delle fonti unilaterali statuali,* Relazione tenuta al Convegno: *Laicità e dimensione pubblica del fattore religioso. Stato attuale e prospettive*, Bari, 17 – 18 settembre 2009, in *www.statoechiese.it*

[6] Vasta è la letteratura sul regime giuridico degli edifici di culto, tra i numerosi contributi si segnala Mario Petroncelli, *La condizione giuridica degli edifici di culto e il nuovo codice civile,* in *Archivio diritto ecclesiastico,* 1941, p. 31; Luigi Scavo Lombardo, *Aspetti del vincolo civile protettivo della "deputatio ad cultum pubblicum",* in *Diritto ecclesiastico,* 1950, p. 250; Lorenzo Spinelli, *Osservazioni sul regime giuridico degli edifici destinati all'esercizio pubblico del culto cattolico,* in *Foro italiano,* 1954, IV, 153; Giuseppe Leziroli, *Edifici di culto cattolico,* in *Diritto ecclesiastico,* 1994, I, p. 859; Chiara Minelli (a cura di) *L'edificio di culto. Profili giuridici,* Vita e Pensiero, Milano, 1995; Andrea Bettetini, *Gli enti e i beni ecclesiastici. Art. 831,* II ed., Giuffrè, Milano, 2013.

[7] Sul punto si rinvia a Francesco Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico,* XII ed., aggiornamento a cura di Andrea Bettetini e Gaetano Lo Castro, Zanichelli, Bologna, 2015, p. 355 e seg; Raffaele Botta, *Le fonti di finanziamento dell'edilizia di culto,* in *Diritto ecclesiastico,* 1994, I, p. 768; Luciano Zannotti, *Stato sociale, edilizia di culto e pluralismo religioso,* Giuffrè, Milano, 1990.

[8] Mario Petroncelli, *Usucapione di edifici di culto e comunione di muro divisorio*, in *Diritto ecc*lesiastico, 1946, p. 243; Pio Fedele, *Se gli edifici di culto siano esenti dalla comunione coattiva*

ne principale è contenuta nell'art. 5 dell'Accordo del 1984 tra la Repubblica italiana e la Santa Sede del 18 febbraio 1984 (legge 25 marzo 1985, n. 121), mentre una fonte unilaterale, l'art. 831, II comma del codice civile, riserva agli edifici di culto uno speciale statuto circa il regime della proprietà[9].

Più ampio ed articolato è, invece, l'ambito applicativo e più numerosi i soggetti competenti a legiferare in materia di costruzione e manutenzione degli edifici di culto. In tempi meno recenti, è lo Stato, in via unilaterale, a occuparsi direttamente della costruzione degli edifici di culto assumendosi totalmente l'onere della ricostruzione o riparazione degli edifici di culto distrutti o danneggiati dalla guerra[10]. Questi interventi legislativi, inizialmente giustificati dal loro carattere straordinario e legati alle vicende della ricostruzione post-bellica, sono divenuti nel tempo strumenti ordinari per la costruzione degli edifici di culto. Alle norme statali si sono poi aggiunte le norme regionali. Le Regioni, infatti, hanno iniziato ad occuparsi della costruzione degli edifici di culto quando la materia del governo del territorio è divenuta materia concorrente con la legislazione dello Stato[11]. Dovendosi occupare di governo del territorio e dunque di disciplina della materia degli spazi e delle aree su cui costruire, del contributo di costruzione, della suddivisione degli oneri di urbanizzazione[12], le Regioni hanno cominciato a legiferare anche in

---

del muro divisorio, in *Foro italiano,* 1946, I, 868; Antonino De Stefano, *In tema di pertinenze immobiliari dell'edificio destinato al culto*, in *Diritto ecclesiastico*, 1951, p. 863; Pietro Gismondi, *Le limitazioni alle facoltà di godimento del privato proprietario degli edifici destinati al culto cattolico*, in *Foro italiano*, 1952, I, 605; Giuseppe Lo Surdo, *Concetto di pertinenza e sue applicazioni in tema di qualificazione dei locali accessori dell'edificio destinato al culto*, in *Diritto ecclesiastico*, 1958, II, p. 225; Chiara Minelli, *La rilevanza giuridica della "Deputatio ad cultum"* (art. 831 Codice civile), in *Enti ecclesiastici e controllo dello Stato. Studi sull'Istruzione CEI in materia amministrativa*, a cura di Juan Ignacio Arrieta, Marcianum Press, Venezia, 2007, p. 257; Paolo Cavana, *Episcopati nazionali, chiese dismesse e nuove destinazioni d'uso,* in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2010, I, p. 49; Id., *Il problema degli edifici di culto dismes*si, in *www.statoechiese.it;* Andrea Bettetini, *Gli enti e i beni ecclesiastici. Art. 831,* cit., p. 159; Venerando Marano, *Art. 831 c.c. Beni degli enti ecclesiastici ed edifici di culto*, in *Commentario del Codice civile*, (diretto da Enrico Gabrielli), *Della Proprietà*, (a cura di Antonio Iannarelli e Francesco Macario), Vol. I, Giappichelli, Torino, 2013.

[9] Sul punto, più di recente, rispetto alla vasta letteratura, cfr. Andrea Bettetini, *Gli enti e i beni ecclesiastici. Art. 831,* II ed., cit., p. 164; Venerando Marano, *La proprietà*, in *Gli edifici di culto tra Stato e confessioni religiose*, cit., p. 37; Carlo Cardia, *La condizione giuridica, ibidem*, p. 9.

[10] Antonino De Stefano, *Il ripristino degli edifici di culto danneggiati o distrutti dagli eventi bellici,* in *Diritto ecclesiastico,* 1950, p. 996.

[11] Francesco Galgano, *Le Regioni e il governo della società civile,* in *Giurisprudenza costituzionale,* I, 1997, p. 329; Giuseppe Franco Ferrari, Giampaolo Parodi (a cura di), *La revisione costituzionale del Titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo. Problemi applicativi e linee evolutive,* Cedam, Padova, 2003.

[12] Valerio Tozzi, *La disciplina regionale dell'edilizia di culto,* in Raffaele Botta, *Interessi religiosi e legislazione regionale,* a cura di, Giuffrè, Milano, 1994, p. 27; Alberto Roccella, *La legislazione regionale,* in *Gli edifici di culto tra Stato e confessioni religiose,* cit., p. 79.

ordine alla costruzione degli edifici di culto[13].

Con riguardo ancora alla materia della costruzione e manutenzione occorre ricordare che accanto alle norme statali e regionali vengono in rilievo una pluralità di fonti che, disciplinando altre materie che toccano indirettamente anche la disciplina della costruzione e manutenzione degli edifici di culto, creano non pochi problemi di sovrapposizioni di fonti. È il caso ad esempio delle norme in materia di tutela e valorizzazione dei beni culturali o anche delle norme in materia di turismo religioso. Si tratta di norme che solo indirettamente sono riconducibili alla costruzione e manutenzione degli edifici di culto ma che, tuttavia, sono destinate a disciplinare lo stesso bene giuridico, vale a dire la tutela delle esigenze di culto della persona e della comunità.

Infine, l'ambito normativo del finanziamento pubblico dell'edilizia di culto cattolico[14]. Anche in questo settore vi sono norme unilaterali statali e norme pattizie a disciplinare la materia. Tuttavia, la norma base del sistema di finanziamento pubblico dell'edilizia di culto è rappresentata dall'art. 53 della legge 20 maggio 1985, n. 222[15], una norma unilaterale statale che riproduce una fonte pattizia (l. 20 maggio 1985, n. 206, di ratifica ed esecuzione del Protocollo 15 novembre 1984 tra la Repubblica italiana e la Santa Sede che approva le norme per la disciplina della materia dei beni e degli enti ecclesiastici) ma che non può essere oggetto di modifica o abrogazione unilaterale mediante procedura legislativa ordinaria, occorrendo a tal fine una nuova legge esecutiva di un nuovo accordo con la Santa Sede ovvero una procedura aggravata di modifica legislativa.

L'art. 53 della citata legge prevede che gli impegni finanziari per la costruzione di edifici di culto cattolico e delle relative pertinenti opere parrocchiali sono determinati dalle autorità civili competenti secondo le disposizioni di cui alle leggi 22 ottobre 1971, n. 865 e 28 gennaio 1977, n. 10 e successive modificazioni.

Il sistema di finanziamento cui ha dato luogo l'art. 53 prevede, così, che presso ogni Comune sia costituito un fondo con le somme percepite dal rilascio delle concessione edilizie e dalla applicazione delle sanzioni amministrative irrogate per la violazione delle norme urbanistiche, e che attraverso

---

[13] Alberto Roccella, *Esigenze religiose e piani urbanistici,* in *Jus,* 1995, p. 301.

[14] Raffaele Botta, *Le fonti di finanziamento degli edifici di culto,* in *Diritto ecclesiastico,* 1994, I, p. 768; Valerio Tozzi, *Il finanziamento pubblico dell'edilizia di culto,* in *Quaderni. diritto politica ecclesiastica,* 1998, I, p. 83.

[15] L'art. 48 della legge 222 del 1985 stabilisce che una quota dell'8 per mille dell'irpef sia utilizzata dalla Chiesa cattolica per esigenze di culto della popolazione, sul punto cfr. nota n. 21.

tale fondo ciascun Comune provveda a realizzare le opere di urbanizzazione primaria e secondaria, inclusi gli edifici di culto in quanto opere di urbanizzazione secondaria.

Il rinvio da parte del legislatore pattizio alle leggi statali in materia urbanistica costituisce l'aspetto più caratteristico del sistema di finanziamento pubblico dell'edilizia di culto. Con questo sistema la disciplina unilaterale stabilita in materia urbanistica diventa norma principale pattizia della disciplina del finanziamento pubblico dell'edilizia di culto.

Questo modello di finanziamento previsto dal legislatore concordatario nell'art. 53 della legge 222 del 1985 è stato poi ripreso e riprodotto anche nelle singole legislazioni regionali quando le Regioni hanno cominciato a dare attuazione alla previsione costituzionale circa la loro competenza in materia di governo del territorio. Le Regioni, infatti, legiferando in materia urbanistica hanno fatto proprio il modello previsto dal legislatore pattizio, prevedendo specifiche norme sul contributo di costruzione, sul trasferimento delle aree, sulle quote degli oneri di urbanizzazione e hanno stabilito, attraverso specifiche disposizioni regionali, conformemente a quanto prescrive il citato art. 53 (gli impegni finanziari…sono determinati dalle autorità civili…) e in base alla loro competenza in materia, la percentuale del c.d. fondo Bucalossi che i Comuni hanno l'obbligo di destinare alla costruzione e manutenzione di edifici di culto e pertinenze parrocchiali.

Non mancano, tuttavia, Regioni che, oltre al modello descritto, per vari motivi e anche probabilmente per superare contestazioni di legittimità costituzionale, rispetto ai principi di uguaglianza e non discriminazione nei confronti delle altre confessioni religiose presenti sul territorio regionale, destinano delle ulteriori somme in bilancio per finanziare l'edilizia religiosa: basti pensare al programma varato dalla Regione Lombardia finanziato con l'impiego di appositi fondi previsti per le infrastrutture sociali o anche ai finanziamenti concessi per interventi su edifici di culto annualmente previsti nella legge di bilancio della Regione Calabria[16].

Con l'introduzione del nuovo regime di finanziamento pubblico dell'edilizia di culto cattolico il legislatore pattizio ha anche provveduto ad abrogare (art. 74 l. 222/1985) le varie leggi statali mediante le quali fino ad allora lo Stato aveva provveduto a finanziare l'edilizia di culto (l. 18 dicembre 1952, n. 2522; l. 18 aprile 1962, n. 168), e a sopprimere i capitoli di spesa relativi al finanziamento delle costruzioni di nuovi edifici di culto ad opera del Ministero dei lavori pubblici (art. 47 l. 222/1985).

---

[16] Per un approfondimento cfr. Andrea Bettetini, *Gli enti e i beni ecclesiastici. Art. 831,* cit., p. 190.

L'abrogazione non ha riguardato però quelle disposizioni che prevedono finanziamenti a favore dell'edilizia di culto per il soddisfacimento di specifici interessi pubblici quali la valorizzazione e la promozione del patrimonio storico artistico, il recupero del patrimonio a seguito di calamità naturali, o per specifiche esigenze delle popolazioni locali.

L'Intesa tecnico-interpretativa firmata dallo Stato e dalla Santa Sede il 30 aprile 1997, a chiarimento della normativa bilaterale in materia di edilizia di culto, ha confermato detta interpretazione, stabilendo la piena legittimità degli aiuti all'edilizia di culto per la soddisfazione di specifici interessi pubblici, nonostante l'art. 74 della legge 222/1985. Secondo tale Intesa è, infatti, fatta salva, anche dopo l'Accordo del 1984, la competenza dei Comuni in materia di edilizia di culto a sostegno dell'edilizia di culto "per il soddisfacimento di esigenze locali".

Una competenza che è prevista, ancora oggi, anche nella normativa statale qual è il d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 di riforma dell'ordinamento delle autonomie locali e che all'art. 13 prevede che: "spettano al Comune tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale, precipuamente nei settori organici dei servizi alla persona e alla comunità, dell'assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico, salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze".

3. *L'incidenza delle norme unilaterali statali sulla disciplina pattizia del finanziamento pubblico dell'edilizia di culto: problemi di coordinamento e incertezze interpretative*

Come si è visto, dunque, nel settore del finanziamento pubblico dell'edilizia di culto concorrono a delineare la relativa disciplina norme di derivazione pattizia accanto a norme statali e regionali integrative ed attuative del diritto pattizio. Una pluralità di fonti il cui coordinamento non sempre è agevole, soprattutto quando il legislatore interviene su norme unilaterali statali che sono allo stesso tempo fonti attuative e integrative del diritto pattizio ovvero con provvedimenti unilaterali che rendono inefficace l'impegno statale a favore del finanziamento pubblico dell'edilizia di culto.

Un fenomeno che negli ultimi anni, come accennato, è cresciuto notevolmente, e che ha avallato prassi interpretative ad opera di amministrazioni comunali elusive della disciplina pattizia relativa al finanziamento pubblico dell'edilizia di culto.

Ciò si è dato, in particolare, a seguito dell'introduzione nel nostro ordina-

mento del Patto di stabilità interno[17]. Uno speciale strumento cui il legislatore ha affidato il compito di programmare, assicurare e dare certezza, sin dal momento della redazione del bilancio preventivo, delle entità e tipologie di entrata e di spesa per raggiungere il saldo programmato.

Molte amministrazioni comunali, infatti, in nome del rispetto del Patto di stabilità hanno sostenuto di poter legittimamente "distrarre" i proventi del fondo c.d. Bucalossi per assicurare il raggiungimento degli obiettivi fissati nel patto di stabilità, e assicurare l'equilibrio tra entrate e uscite di bilancio. Un'interpretazione questa che ha compromesso palesemente il sistema di finanziamento pubblico dell'edilizia di culto così come previsto nell'art. 53 della legge n. 222 del 1985.

È noto, infatti, che il sistema di finanziamento pubblico dell'edilizia di culto previsto dalla vigente normativa (art. 53, l. 222/1985) obbliga i Comu-

---

[17] Il patto di stabilità interno è lo strumento cui il legislatore ha affidato il compito di stabilire obiettivi e vincoli della gestione finanziaria di Regioni ed Enti locali ai fini della determinazione della misura del concorso dei medesimi al rispetto degli impegni derivanti dall'appartenenza all'UEM. Le regole del patto di stabilità sono formulate in sede di manovra di finanza pubblica ed inquadrate quali principi fondamentali del coordinamento della finanza pubblica nell'ambito del titolo V della Costituzione.
La definizione delle regole del Patto di stabilità è rivista di anno in anno in particolare per quanto concerne la definizione dei vincoli imposti alle diverse tipologie di enti territoriali. Nel 2002, in particolare, le regole del patto di stabilità sono state definite in modo differenziato per le Regioni e per gli Enti locali. In particolare, per le Regioni, il Patto di stabilità è stato formulato in termini di limitazioni alla crescita delle spese correnti, in sostituzione del vincolo sul disavanzo; per questi enti, peraltro, sono state previste regole specifiche con riferimento alla spesa sanitaria. Per gli Enti locali, invece, il Patto è rimasto fondato sul principio del controllo dei saldi, anche se vincoli aggiuntivi sulla crescita delle spese di natura corrente sono stati affiancati all'obiettivo di riduzione del disavanzo finanziario. La legge finanziaria per il 2005 ha completamente rivisto il Patto di stabilità. In linea con l'applicazione del principio dell'evoluzione controllata della spesa complessiva delle Amministrazioni pubbliche la disciplina del Patto è stata definita in maniera uniforme per tutte le tipologie di enti territoriali, prevedendo un unico vincolo all'incremento delle spese finali degli enti territoriali. Per gli Enti locali, inoltre, i vincoli all'incremento delle spese finali sono applicati in maniera più o meno stringente a seconda della c.d. "virtuosità" dell'ente, misurata con riferimento al livello medio *pro-capite* della spesa corrente registrata dall'ente medesimo nel triennio precedente. Molte sono le voci di spesa escluse dal Patto, fra esse rientrano le spese per il personale, le spese per interessi e le spese di carattere sociale.
Il mancato raggiungimento degli obiettivi posti dal Patto di stabilità interno comporta l'applicazione di un serie di misure sanzionatorie. Sono previste una serie di misure di carattere sanzionatorio nei confronti degli Enti locali che non rispettino gli obiettivi del Patto di stabilità: divieto di effettuare spese per l'acquisto di beni e servizi in misura superiore alla corrispondente spesa dell'ultimo anno in cui si è accertato il rispetto degli obiettivi del Patto di stabilità interno; divieto di procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo; divieto di ricorrere all'indebitamento per finanziare investimenti.
Il sistema sanzionatorio è stato completamente rivisto con il d.l. n. 112 del 2008 e da ultimo con il d.lgs. 6 settembre 2011, n. 149 che, nell'ambito delle misure attuative della legge delega n. 42 del 2009 sul federalismo fiscale, reca la disciplina dei meccanismi sanzionatori e premiali relativi a Regioni, Province e Comuni.

ni a versare alle Diocesi una percentuale degli oneri della legge c.d. Bucalossi per finanziare l'edilizia di culto e non lasci, a riguardo, alcuna discrezionalità alle amministrazioni comunali. Si tratta per i Comuni di una spesa obbligatoria prescritta in una legge esecutiva di un impegno assunto con la Santa Sede, e che i Comuni devono iscrivere annualmente in bilancio. Una spesa prevista per adempire ad un impegno internazionale assunto con la Santa Sede e la cui misura è stabilita con legge regionale e che non può essere derubricata a spesa discrezionale.

A nulla può rilevare a riguardo il richiamo al rispetto del Patto di stabilità. Infatti, la spesa per l'edilizia di culto è una tipologia di spesa obbligatoria che va inserita nel bilancio di previsione, e non può essere elusa accampando ragioni di rispetto dei saldi finanziari previsti nel Patto di stabilità, non fosse altro perché al momento della redazione del bilancio di previsione essa deve essere già inserita e programmata coerentemente al saldo finanziario che il Patto di stabilità obbliga a conseguire[18]. Il saldo finanziario è, infatti, già stabilito nel bilancio di previsione e non può non contenere anche la spesa a favore dell'edilizia di culto nella misura prevista dalla legge e nel pieno rispetto del Patto di stabilità stesso.

Pertanto, in occasione della redazione del bilancio di previsione i Comuni sono tenuti ad inserire obbligatoriamente la misura di finanziamento per l'edilizia di culto, come impone la legge, non essendoci a riguardo alcuna valutazione discrezionale sulla spesa. Essa va inserita nella misura prevista dalla legge regionale e liquidata, a consuntivo, in ragione dell'entità del fondo per come annualmente costituito. Del resto una tale spesa prevista da una legge regionale se non fosse liquidata, poiché non ricade nell'esercizio di una valutazione discrezionale del Comune sia nell'*an* sia nel *quantum*, potrebbe essere eseguita coattivamente attraverso la nomina giudiziale di un commissario *ad acta*.

Accanto alle suddette ragioni tecniche concorre, sul piano più propriamente giuridico, a negare valore alla richiamata tesi, secondo cui il rispetto del Patto di stabilità rende legittimo il diniego da parte delle amministrazioni comunali al finanziamento pubblico dell'edilizia di culto, il principio per cui le disposizioni normative unilaterali non hanno la forza di rendere inefficaci le previsioni di cui alla disciplina di esecuzione dell'Accordo tra la

[18] Le amministrazioni pubbliche nell'adottare il proprio bilancio di previsione, che è lo strumento normativo e contabile che serve a dare certezza sulle relative ripartizioni di spesa e di entrata e sul raggiungimento del saldo finanziario, devono assicurare il rispetto del Patto di stabilità per raggiungere il saldo finanziario, mentre attraverso il bilancio consuntivo, al netto delle variazioni richieste in corso d'anno, e nel rispetto delle regole contabili, devono realizzare il saldo programmato.

Repubblica italiana e la Santa Sede del 1984, tra le quali rientra, appunto, la disciplina sul finanziamento pubblico dell'edilizia di culto.

Tralasciando qui le diverse opinioni in dottrina[19] circa la garanzia costituzionale della legge di esecuzione dell'Accordo del 1984 di modifica del Concordato lateranense del 1929, è, tuttavia, pacificamente ammesso che la legge n. 222 del 1985 è rivestita di una forza che resiste alle modificazioni unilateralmente imposte con legge ordinaria successiva, e pertanto gli atti legislativi ordinari unilaterali dello Stato non possono derogare o modificare le previsioni normative in essa contenute. Le legge statali unilaterali richiamate nella legge n. 222 del 1985, poiché contribuiscono a ridisegnare il sistema di finanziamento pubblico dell'edilizia di culto, non possono essere modificate unilateralmente dal legislatore statale con legge ordinaria poiché restano assorbite nella normativa pattizia che le conferisce una forza passiva peculiare, rispetto alla quale le previsioni unilaterali statali successive restano prive di efficacia. Le leggi unilaterali ordinarie dello Stato non possono, dunque, incidere sulle leggi statali integrative o attuative di disposizioni contenute in norme esecutive degli Accordi tra la Repubblica italiana e la Santa Sede.

Pertanto, l'obiettivo del raggiungimento dei saldi finanziari previsto nel Patto di stabilità con legge unilaterale statale non può privare di efficacia la previsione normativa contenuta in una norma esecutiva di recepimento di un accordo tra la Repubblica italiana e la Santa Sede.

Alla luce di quanto detto è evidente, dunque, che il richiamo al rispetto del Patto di stabilità da parte delle amministrazioni comunali è valso esclusivamente a eludere l'impegno al finanziamento pubblico dell'edilizia di culto.

Non si può, tuttavia, ignorare che alla suddetta prassi amministrativa sembra aver notevolmente contribuito lo stesso legislatore, che ha dato prova in talune circostanze di ignorare o di voler ignorare il valore e la collocazione gerarchica della legge n. 222 del 1985.

A titolo d'esempio, in occasione dell'approvazione della legge finanziaria 2008 il legislatore non ha mancato di autorizzare i Comuni ad utilizzare i proventi delle concessioni edilizie e delle sanzioni previste in materia di edilizia per far fronte alle spesi correnti, in concreto a destinare quelle risorse originariamente destinate anche all'edilizia di culto ad altre finalità (l. 24 dicembre 2007, n. 244).

La norma in questione è contenuta nell'art. 2, comma 8, della citata legge del 2007, n. 244, e stabilisce che: "per gli anni dal 2008 al 2015, i proventi

---

[19] Più di recente cfr. Giuseppe Casuscelli, *Enti ecclesiastici,* in AA. VV., *Commentario del Codice civile. Delle Persone* (diretto da Enrico Gabrielli), Vol. III, *Leggi collegate*, (a cura di Angelo Barba, Stefano Pagliantini), Giappichelli, Torino, 2013.

delle concessioni edilizie e delle sanzioni previste dal testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, possono essere utilizzati per una quota non superiore al 50 per cento per il finanziamento di spese correnti e per una quota non superiore ad un ulteriore 25 per cento esclusivamente per spese di manutenzione ordinaria del verde, delle strade e del patrimonio comunale".

La stessa disposizione è stata peraltro confermata anche da più recenti disposizioni finanziarie (art. 2, comma 41, del d. l. 29 dicembre 2010, n. 225 e successivamente dall'art. 10, comma 4 *ter*, del d. l. 8 aprile 2013, n. 35, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 giugno 2013, n. 64, e dall'art. 1, comma 536, della l. 23 dicembre 2014, n. 190).

Anche in questo caso, avendo la citata disposizione autorizzato le amministrazioni comunali ad impiegare quelle somme destinate anche all'edilizia di culto per finanziare spese correnti, si è, in concreto, proceduto a modificare attraverso una legge ordinaria il sistema di finanziamento pubblico dell'edilizia di culto fissato in una norma pattizia, rendendo vano così, nei fatti, il contenuto dell'impegno assunto con la Chiesa cattolica circa il finanziamento dell'edilizia di culto. Tutto questo, ancora una volta, in spregio al valore gerarchico della fonte normativa che disciplina il sistema di finanziamento degli edifici di culto, sistema che a seguito dell'Accordo del 1984 tra la Repubblica italiana e la Santa Sede è stato ricondotto dall'ambito di esclusiva competenza statale all'ambito dei rapporti pattizi tra Stato e Chiesa cattolica, divenendo così materia concordataria non soggetta a revisione unilaterale mediante legislazione unilaterale statale.

Infatti, come abbiamo già ricordato, l'obbligo per i Comuni di versare alle Diocesi una percentuale degli oneri della legge c.d. Bucalossi nasce da un impegno assunto con la Chiesa cattolica, ed è recepito in una legge che non è suscettibile di modifiche unilaterali statali se non con legge di revisione costituzionale (art. 53, l. 222/1985). Quel vincolo di destinazione, ripreso e fatto proprio da norme rinforzate quali sono le citate leggi n. 206 e 222 del 1985, resiste alla abrogazione passiva del legislatore ordinario, non potendo una legge statale unilaterale autorizzare i Comuni a impiegare per altre finalità le somme vincolate per la realizzazione di edifici di culto. Le leggi unilaterali ordinarie dello Stato non possono incidere sulle leggi statali integrative o attuative di disposizioni contenute in norme esecutive degli Accordi tra la Repubblica italiana e la Santa Sede.

Nel caso assunto ad esempio, il legislatore nazionale, intervenendo su quella parte della legge c.d. Bucalossi che prevede il vincolo di destinazione dei proventi della concessioni edilizie e delle sanzioni amministrative (art. 2,

comma 8, l. 24 dicembre 2007, n. 244), ed autorizzando i Comuni di fatto a "distrarre" i proventi del fondo c.d. Bucalossi ha, ancora una volta, mostrato di disattendere il valore e la forza di cui la legge n. 222 del 1985 è rivestita. Essa resiste alle modificazioni unilateralmente imposte con legge ordinaria successiva, e pertanto gli atti legislativi ordinari unilaterali dello Stato non possono derogare o modificare le previsioni normative in essa contenute.

Anche in questo caso la "leggerezza" del legislatore nazionale[20] ha favorito l'elusione dell'impegno concordatario sul finanziamento dell'edilizia di culto. Molte amministrazioni comunali hanno, infatti, omesso negli ultimi anni, nell'incertezza interpretativa e nella confusione ingenerata dai citati provvedimenti normativi, di finanziare l'edilizia di culto.

Un precedente analogo, che ha fornito un ulteriore pretesto per negare nella prassi il finanziamento all'edilizia di culto, si è avuto in occasione della redazione del testo unico in materia edilizia.

Con l'art. 136 del d.lgs. 6 giugno 2001, n. 378 il legislatore ha, infatti, disposto l'abrogazione dell'art. 12 della legge 28 gennaio 1977, n. 10. Il citato art. 12 stabiliva, come già ricordato, un vincolo di destinazione delle somme derivanti dalle concessioni e sanzioni in materia di costruzione alla realizzazione di opere di urbanizzazione inclusi gli edifici di culto, assicurando così un finanziamento certo all'edilizia di culto.

L'abrogazione formale dell'art. 12 della legge n. 10 del 1977 non poteva far venir meno nell'ordinamento italiano il citato sistema del finanziamento pubblico dell'edilizia di culto cattolico in forza del rinvio cui rimanda l'art. 53

---

[20] La riforma del Titolo V della Costituzione (2001) ha riconosciuto piena autonomia finanziaria di entrata e di spesa a Regioni ed Enti locali (art. 119 Cost.) ed ha attribuito espresso rilievo ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario che, nell'ambito della politica di bilancio, sono costituiti da peculiari regole sui saldi che, senza pregiudicare l'autonomia degli enti territoriali, assicurino un'evoluzione delle entrate e delle spese coerente con gli obiettivi che il Governo e il Parlamento hanno fissato negli strumenti di programmazione economico-finanziaria a livello nazionale e comunitario. A riguardo, l'obbligo di partecipazione delle Regioni e degli Enti locali alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica ha assunto una peculiare rilevanza a seguito della nuova formulazione dell'art. 119 della Costituzione operata dalla legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 volta ad introdurre il principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale. Nel dare attuazione all'art. 119, primo e sesto comma, della Costituzione, il legislatore ha provveduto con legge 24 dicembre 2012, n. 243 a dettare le disposizioni per assicurare l'equilibrio dei bilanci delle Regioni e degli Enti locali nonché il concorso degli stessi enti alla sostenibilità del debito pubblico.
La stessa giurisprudenza costituzionale ha in più occasioni ribadito che il legislatore statale può legittimamente imporre agli enti autonomi vincoli alle politiche di bilancio, ma solo con disciplina di principio e per ragioni di coordinamento della finanza pubblica connesse ad obiettivi nazionali, condizionati anche dagli obblighi comunitari. La legge statale può peraltro stabilire solo limiti di carattere complessivo che lasciano agli enti stessi ampia libertà di allocazione delle risorse fra i diversi ambiti e obiettivi di spesa; essa può prescrivere criteri ed obiettivi ma non imporre nel dettaglio gli strumenti concreti da utilizzare per raggiungere quegli obiettivi (Corte costituzionale, sentenza n. 417 del 2005).

della legge n. 222 del 1985. E tuttavia molte amministrazioni comunali anche a seguito del nuovo testo unico in materia edilizia hanno sostenuto la tesi del definitivo superamento del sistema di finanziamento dell'edilizia di culto attraverso il c.d. fondo Bucalossi, e hanno considerato le somme del fondo svincolate da ogni finalizzazione e tali da poter essere impiegate a discrezione dell'amministrazione comunale per ogni altra spesa, senza tener conto che la norma di cui all'art. 12 della legge del 1977 n. 10 è stata recepita nella legge n. 222 del 1985 che, come noto, riproduce il contenuto del Protocollo del 15 novembre 1984 tra la Repubblica italiana e la Santa Sede e non può pertanto essere oggetto di unilaterale modifica o abrogazione attraverso una ordinaria legge statale, dovendosi a riguardo per una valida modifica o abrogazione procedere o con procedimento aggravato di cui all'art. 138 della Costituzione ovvero previo accordo tra la Repubblica italiana e la Santa Sede.

4. *Osservazioni conclusive*

I casi di specie richiamati confermano che siamo di fronte ad un quadro legislativo non certo esemplare in termini di chiarezza e tale da prestarsi, facilmente, a interpretazioni elusive del dato normativo. Sotto questo profilo potrebbe essere utile porre mano alla legislazione per una rivisitazione generale della disciplina di settore anche con l'obiettivo di rendere più agevole l'opera di ricostruzione del sistema da parte dell'interprete costretto oggi a muoversi, come abbiamo visto, tra più fonti normative non sempre sistematizzate in maniera coordinata.

A riguardo il compito più difficile resta affidato al legislatore regionale cui spetta riformare la legislazione in materia dopo gli ampi spazi normativi aperti dalla riforma del titolo V della Costituzione. Numerose sono, infatti, le leggi regionali che risalgono ad un contesto istituzionale profondamente mutato e appaiono non più idonee a realizzare le finalità per le quali sono state introdotte.

Si tratta, in sostanza, di garantire che la legislazione sull'edilizia di culto realizzi il diritto di libertà religiosa (secondo una lettura costituzionalmente orientata), essendo gli edifici di culto beni strumentali per l'esercizio del culto pubblico, condizione essenziale per l'esercizio in concreto del diritto di libertà religiosa[21], e al tempo stesso tenga conto dell'interesse dello Stato

[21] Nell'ordinamento italiano gli edifici di culto si configurano quali beni strumentali di cui le confessioni religiose si avvalgono per l'esercizio del culto pubblico. Essi realizzano una condizione essenziale per l'esercizio, in concreto, del diritto di libertà religiosa. Una libertà che risponde, in

alla cura, conservazione e valorizzazione della dimensione identitaria di un gruppo sociale all'interno di una comunità[22].

---

questo ambito, all'esigenza di assicurare a ciascuno ed alla comunità un luogo di culto dove esprimere pubblicamente la propria fede religiosa. C'è, da questo punto di vista, una connessione essenziale tra esercizio del diritto di libertà religiosa e apertura al culto pubblico di edifici. Questo aspetto che potremmo definire istituzionale e che esprime valori costituzionali difficilmente sacrificabili, non sembra, tuttavia, costituire la cifra esclusiva dell'intera legislazione in materia di edilizia di culto.
Contribuisce a giustificare l'attenzione del legislatore alla materia degli edifici di culto anche l'interesse statale alla valorizzazione dell'identità cultuale di un gruppo sociale all'interno di una comunità civile. L'identità cultuale, l'intrinseco legame tra culto e l'identità generale di una comunità locale sembrano, infatti, costituire istanze parimenti meritevoli di tutela.
Se nelle norme in materia di edilizia di culto c'è senz'altro un'esigenza di tutela della libertà religiosa è possibile, tuttavia, vedere riflessa nella legislazione dello Stato italiano nella materia dell'edilizia di culto non solo la cura della libertà religiosa – troppe disposizioni viste da tale angolatura e prospettiva risulterebbero eccedenti rispetto a questa libertà – quant'anche un'attenzione e un riconoscimento diretto all'identità cultuale di una comunità che si traduce, detto col freddo linguaggio del legislatore, nella gestione, costruzione e nel finanziamento dell'edilizia di culto, affidati alle cure di chi è chiamato a governare il territorio.
L'inserimento di alcuni ambiti dell'edilizia di culto tra le materie concordatarie, – eccezionale se si considera che si tratta della realizzazione e gestione di immobili che sorgono sul territorio italiano – sembra, infatti, più che altro rivelare l'attenzione del legislatore a favore delle istanze provenienti dalla comunità di fede, confermando implicitamente di voler privilegiare la cura dell'espressione sociale e identitaria di una comunità.
Accettando di intercettare le istanze provenienti dalla comunità di fede e lasciandosi guidare anche negli ambiti propri del diritto comune da un atteggiamento di favore verso la realizzazione degli edifici di culto, in quanto mezzo per manifestare in pieno la fede religiosa, il legislatore mostra, così, di voler prioritariamente tutelare la voce viva di un gruppo e di un territorio, manifestazione più evidente di un'attenzione alla persona ed alla comunità, all'identità e alla cultura, alla testimonianza cultuale e alla tradizione.
È stata questa, per molti anni, ancor prima dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, la cifra della legislazione statale in materia di edilizia di culto, l'interesse di fondo che l'ha resa concretamente possibile.
La stessa giurisprudenza della Corte costituzionale non ha mancato di valorizzare questa prospettiva. Solo per fare qualche esempio, basti pensare ai giudizi di costituzionalità riguardo le norme in materia di concessione di spazi pubblici da riservare alle confessioni religiose per la costruzione di edifici di culto. In questo ambito proprio la considerazione e valutazione della consistenza ed incidenza sociale della confessione religiosa è stata sufficiente a salvare da un giudizio di incostituzionalità le norme in materia di edilizia di culto che in concreto hanno privilegiato una confessione religiosa rispetto alle altre. A giudizio della Corte costituzionale solo la consistenza sociale e l'incidenza sociale può costituire il discrimine per includere, escludere, legittimare condizioni peculiari a favore di una confessione religiosa rispetto alle altre confessioni religiose presenti in un determinato territorio (Corte costituzionale, sentenza 27 aprile 1993, n. 195).

[22] Si legge nella Relazione che accompagna il Documento conclusivo dell'Intesa tecnico-interpretativa del 30 aprile 2007: "Il Protocollo del 15 novembre 1984 ha fatto venir meno ogni sostegno finanziario statale a favore dell'edilizia di culto *ove l'aiuto stesso non risulti in funzione della realizzazione di interessi dello Stato italiano (soppressione dei sostegni di cui alla lettera a)* (il corsivo è nostro). Una soluzione che trova spiegazione nel fatto che alla realizzazione e manutenzione dell'edilizia di culto – quando l'obiettivo perseguito è solo quello di carattere specificamente confessionale – è, ormai, chiamata direttamente la Chiesa cattolica che può avvalersi, oggi, a questi fini, anche della quota dell'otto per mille del gettito dell'irpef attribuitole sulla base delle scelte espresse dai contribuenti", in *Supplemento ordinario* alla *Gazzetta Ufficiale* (Serie generale n. 241 del 15 ottobre 1997).

Le esenzioni fiscali alle scuole paritarie e il dibattito sulla clausola costituzionale «senza oneri per lo Stato»

Giovanni Luchena*

1. *L'esenzione I.C.I. alle scuole paritarie dinanzi alla Corte di cassazione*

La Corte di cassazione, V sezione civile, con due sentenze, la n. 14225 e la n. 14226, entrambe dell'8 luglio 2015[1], ha deciso le controversie promosse dal Comune di Livorno concernenti la richiesta del versamento dell'I.C.I. (Imposta comunale sugli immobili) a due istituti scolastici paritari a carattere religioso ubicati sul suo territorio. Gli enti resistenti ritenevano di essere esonerati dal pagamento della predetta imposta[2] in quanto la normativa invocata[3] esentava gli immobili nei quali si esercitava il culto (chiese e locali)

---

* Professore associato nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

[1] Sulle quali v. i commenti di Giovanni Di Cosimo, *Risorse economiche pubbliche e Chiesa cattolica: due nodi al vaglio dei giudici,* in *www.statoechiese.it,* n. 29/2015, 5 ottobre 2015; Marco Croce, *Le scuole paritarie fra servizio pubblico e attività commerciale: il caso delle esenzioni I.C.I.*, in *www.forumcostituzionale.it,* 24 ottobre 2015.

[2] Art. 7, c. 1, lett. *i*), d. lgs. 30 dicembre 1992, n. 504,*"Riordino della finanza degli enti territoriali, a norma dell'articolo 4 della legge 23 ottobre 1992, n. 421"*. L'esenzione in parola si riteneva valevole sia per il 2004 sia per le successive annualità e, in particolare, per il 2005 e il 2006 (in base al d.l. 30 settembre 2005, n. 203, convertito con modificazioni dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248, *"Misure di contrasto all'evasione fiscale e disposizioni urgenti in materia di tributaria e finanziaria"*) e, infine, quanto al periodo 2007-2009, alla luce di quanto stabilito dal d.l. n. 223 del 2006 (c.d. "decreto Bersani", d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, *"Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale"*).

[3] Che riguarda gli «immobili utilizzati dai soggetti di cui all'art. 87, comma 1, lettera *c*), del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, e successive modificazioni, destinati esclusivamente allo svolgimento di attività assistenziali, previdenziali, sanitarie, didattiche, ricettive, culturali, ricreative e sportive»; d. lgs. n. 504 del 1992, versione precedente alla modifica di cui all'art. 91-*bis*, comma 1, del c.d. "decreto liberalizzazioni (d.l. n. 1 del 2012). A seguito della nuova numerazione intervenuta per effetto delle modifiche al Testo unico delle imposte sui redditi, il citato articolo 87 è divenuto l'art. 73.

per le religioni riconosciute[4] qualificando le suddette attività «quelle dirette all'esercizio del culto e alla cura delle anime, alla formazione del clero e dei religiosi, a scopi missionari, alla catechesi, all'educazione cristiana»[5].

Invero, l'esenzione, alla luce della precedente giurisprudenza della Cassazione, sarebbe limitata ai soli casi nei quali l'immobile viene destinato «in via esclusiva»[6] alle attività di religione o di culto, con la sola eccezione di quelle concernenti l'esercizio di attività sanitarie[7], didattiche[8] o ricettive[9], a meno che si dimostri appunto che le "ulteriori" eventuali attività vengano svolte con modalità non commerciali. L'art. 39 del d.l. n. 223 del 2006, nell'innovare la normativa previgente, la cui *ratio* è quella di ridurre l'ambito di esenzione fiscale ai soli casi in cui si dimostri che l'ente "agevolato" operi anche con modalità differenti da quelle proprie del mercato, ha introdotto la nozione, in verità incerta e oggetto di interpretazione non da tutti condivisa (e, come riconosce lo stesso Giudice, almeno di difficile o complessa lettura[10]), di attività "mista", cioè «parzialmente commerciale», e, quindi, una categoria, per dir così, ibrida ed ambigua dato che non consente di verificare quale sia la linea di confine tra un'attività commerciale ed una non commerciale, vale a dire quando essa debba essere considerata "parziale" e magari anche in base a quale "quota". A rendere difficoltosa l'esazione ha contribuito, fra l'altro, il fatto che i soggetti titolari degli immobili nei quali si svolgono le c.d. "attività meritorie" non sono tenuti ad osservare l'obbligo della dichiarazione[11], con la conseguenza che tali enti non risultano "censiti" ai fini dell'I.C.I., rendendo, quindi, particolarmente problematico il recupero dell'imposta (questione rimasta sostanzialmente irrisolta anche a seguito della disciplina relativa all'Imposta municipale sugli immobili[12]).

---

[4] Come previsto dall'art. 16, lett. *a*) della legge 20 maggio 1985, n. 222, *"Disposizioni sugli enti e beni ecclesiastici in Italia e per il sostentamento del clero cattolico in servizio nelle diocesi"*. In dottrina, sulle connessioni tra patrimonio ecclesiastico, anche con riferimento al regime impositivo, v. il prezioso contributo di Gaetano Dammacco, *Sistema concordatario e patrimonio ecclesiastico*, Cacucci, Bari, 1996, 67 e, per quel che concerne il suo impatto sull'economia, 72 ss.

[5] Art. 16, lett. *b*), l. 222 del 1985; Corte di cassazione, 8 marzo 2004, n. 4645. Sul punto, v. Alberto Roccella, *Gli enti ecclesiastici a vent'anni dall'accordo di modificazione del Concordato*, in *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose*, novembre 2005, reperibile nel sito *www.olir.it*, 8.

[6] Corte di cassazione, 20 novembre 2009, n. 24500.

[7] Corte di cassazione, 15 aprile 2010, n. 1430.

[8] Corte di cassazione, 20 marzo 2005, n. 20776.

[9] Corte di cassazione, n. 4645 del 2004, cit.

[10] Sentt. Corte di cassazione nn. 14225 e 14226, cit.

[11] Art. 10, c. 2, d. lgs. n. 504 del 1992.

[12] Art. 13, c. 12-*ter*, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, *"Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici"*.

La norma, che ha esteso l'esenzione anche per quelle attività di natura non commerciale[13], ha, per dir così, "insospettito" la Commissione europea circa la presenza di un aiuto di Stato incompatibile tanto da indurre il legislatore statale, venuto a conoscenza dell'avvio della procedura d'indagine a livello comunitario, a precisare (nel citato "decreto liberalizzazioni") che l'esentabilità dalla disciplina dell'I.C.I. doveva farsi valere soltanto per quelle attività di natura non commerciale, cioè "eludendo" (o ritenendo di eludere) o superando (o ritenendo di superare), almeno formalmente, le eccezioni ed i rilievi posti dalla Commissione in sede di indagine preliminare contenuti nella decisione del 19 dicembre 2012[14].

I giudici della Cassazione, annullando con rinvio la sentenza impugnata (lasciando, quindi, al giudice di merito un più particolareggiato apprezzamento delle risultanze processuali) hanno risolto la questione dell'esenzione dal pagamento dell'I.C.I. rivendicata dagli enti ritenendola illegittima sotto un duplice profilo. In primo luogo, la Cassazione ha posto in rilievo il profilo dell'individuazione del soggetto passivo cui è imposto il pagamento dell'I.C.I.

A tale proposito, occorre fare riferimento alla nozione giuridica di "attività" considerandone l'ambito sia oggettivo sia soggettivo[15]. Il primo aspetto, cioè quello oggettivo, attiene allo svolgimento esclusivo dell'attività svolta in un determinato immobile destinato ad attività di assistenza o di altre attività ad essa equiparate: esso deve essere accertato in concreto, verificando in pratica che l'attività svolta attraverso l'immobile oggetto di esenzione non sia svolta con le modalità di un'attività commerciale. La Cassazione, richiamando propri precedenti, ricorda come, in tal caso, l'onere delle prova sia a carico del contribuente che chiede l'applicazione dell'esenzione fiscale[16] valutando che lo svolgimento dell'attività "esentabile" non possa essere riscontrata solo sulla base della dichiarazione resa da parte del soggetto passivo dell'imposta unicamente dietro riscontro della documentazione che attesti *a priori* il tipo di attività cui l'immobile viene destinato[17]. Quanto al requisito soggettivo[18], occorre verificare che il

---

[13] Art. 7, c. 2-*bis*, del d.l. n. 223 del 2005.

[14] Decisione C(2012) 9461 del 19 dicembre 2012 relativa all'aiuto di stato SA.20829 (C26/10, *ex* NN 43/2010 (*ex* CP 71/2006)), *Regime riguardante l'esenzione dall'ICI per gli immobili utilizzati da enti non commerciali per fini specifici cui l'Italia ha dato esecuzione*.

[15] Sentt. Corte di cassazione nn. 14225 e 14226, cit.

[16] Sent. Corte di cassazione 6 ottobre 2011, n. 27165.

[17] Sent. Corte di cassazione 29 febbraio 2008, n. 5485.

[18] Art. 87, c. 1, lett. *c*) del d.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917, cui l'art. 7, c. 1, lett. *i*) del d. lgs. 20

diretto svolgimento di attività da parte di soggetti pubblici o privati non abbia come scopo esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali.

Nella controversia in esame, i soggetti in questione sono scuole paritarie, cioè enti qualificati a svolgere attività didattiche nel quadro del sistema nazionale di istruzione cui partecipano insieme alle scuole statali e a quelle degli enti locali. La corresponsione di un corrispettivo da parte degli utenti (nel caso di specie la retta pagata dagli studenti) è, per i giudici della Cassazione, «un fatto rivelatore dell'esercizio dell'attività con modalità commerciali»[19].

Non rileva, a tale riguardo, la circostanza che le dette scuole chiudano o possano chiudere in perdita il proprio bilancio potendo l'imprenditore operare anche in condizioni di sofferenza. Del resto, ai sensi dell'art. 2082 c.c. la qualificazione dell'«attività economica organizzata» allude, tra l'altro, all'*attitudine* alla remunerazione dei fattori produttivi ritenendosi avulso lo scopo di lucro per accertare il quale è sufficiente rilevare «l'idoneità almeno tendenziale dei ricavi a perseguire il pareggio di bilancio; né ad escludere tale finalità è sufficiente la qualità di congregazione religiosa dell'ente»[20].

In secondo luogo, i giudici di legittimità, nella parte motiva della sentenza, hanno ritenuto rinvenibile la violazione delle norme comunitarie in materia di concorrenza optando, per così dire, per una interpretazione della normativa nazionale sull'esenzione I.C.I. in modo eurounitariamente conforme. Secondo la Cassazione, infatti, la norma interna contrasterebbe con il diritto comunitario della concorrenza e, in particolare, con le norme sostanziali e con quelle procedurali in materia di aiuti di Stato[21].

È noto, al riguardo, come, per l'ordinamento sovranazionale, non rilevi la forma giuridica del soggetto cui viene accordato un determinato beneficio (anche fiscale) ai fini dell'accertamento dell'imputabilità ai sensi dell'art. 107, n. 1 del T.F.U.E. essendo rilevante "semplicemente" la circostanza dello svolgimento di un'attività di carattere economico, cioè qualunque attività che preveda l'offerta sul mercato di beni e servizi. In

---

dicembre 1992, n. 504 fa espressamente rinvio.

[19] Sentt. Corte di cassazione nn. 14225 e 14226, cit.

[20] Sentt. Corte di cassazione nn. 14225 e 14226, cit. e 19 giugno 2008, n. 16612.

[21] Sentt. Corte di cassazione nn. 14225 e 14226, cit. Sugli aiuti di Stato sia consentito rinviare a Giovanni Luchena, *Aiuti pubblici e vincoli comunitari*, Cacucci, Bari, 2006; Giovanni Luchena, Salvatore Prisco (a cura di), *Aiuti di Stato tra diritti e mercato*, Aracne, Roma, 2007; Giovanni Luchena, *Le incentivazioni economiche alle imprese tra politiche statali e decisioni comunitarie*, Cacucci, Bari, 2012; Giovanni Luchena, *Gli aiuti di Stato e il consolidamento della* governance *duale nella crisi economica: elementi di innovazione e di continuità*, in *Studi sull'Integrazione Europea*, n. 2, 2015, 227 ss.

effetti, non può escludersi lo svolgimento dell'attività economica nemmeno quando le prestazioni siano offerte a prezzi ridotti o fornite in un'ottica solidaristica o qualora la capacità contributiva risulti minima rispetto a quelle di altri operatori del mercato in questione o producano disavanzi o generino bassi redditi e benché gli utili siano obbligatoriamente reinvestiti nelle attività statutariamente previste dall'ente (come avviene nelle *onlus*)[22].

Per la Commissione europea, lo svolgimento di determinate attività, secondo la normativa italiana[23], può essere considerato di natura commerciale ancorché svolto non in via esclusiva[24]. Oltre tutto, la circolare del Ministero dell'economia[25] ha definito i parametri in base ai quali detta attività può definirsi "non commerciale" ai fini dell'esenzione.

In particolare, la circolare in parola individua tre elementi fondamentali: l'utilizzazione dell'immobile, la sua destinazione esclusiva allo svolgimento delle attività indicate dall'art. 7, c. 1, lett. *i*), del d. lgs. n. 504 del 1992 e le attività che non rivestono carattere esclusivamente di natura commerciale. Quanto al primo aspetto la Corte costituzionale ha avuto modo di stabilire come l'esenzione I.C.I. possa essere applicata per i fabbricati a condizione che i medesimi siano posseduti e utilizzati dal soggetto incaricato dello svolgimento delle attività indicate dalla norma, ponendo in risalto, in particolare, la coincidenza tra l'essere proprietario dell'immobile e la sua fruizione[26].

L'attività, inoltre, deve essere concretamente svolta dall'ente non commerciale ed essere utilizzata in modo totalitario escludendosi, dunque, attività di altra natura che non siano quelle svolte per finalità di solidarietà sociale[27]. Per quanto concerne le attività didattiche, si fa riferimento al soddisfacimento di determinati *standard* di insegnamento, alla previsione di attrezzature per accogliere studenti portatori di *handicap*, all'applicazione del contratto collettivo di lavoro degli insegnanti e alla garanzia del principio di non discriminazione ai fini dell'accettazione degli alunni, nonché alla eventualità che gli avanzi di gestione debbano essere reinvestiti nell'attività. Bisogna sottolineare come anche gli enti non commerciali rientrino

---

[22] C. Giust. UE 1 luglio 2008, causa C-49/07, *Motosyklestiki Omospondia Elladis NPID (MOTOE) v. Elliniko Dimosio*, punti 27 e 28, con nota di Arthur Vermeersch, in *Common Market Law Review*, vol. 46, n. 4, 2009, 1327 ss.

[23] Art. 7, c. 2-*bis*, del d.l. n. 203 del 2005.

[24] Decisione C(2012) 9461 del 19 dicembre 2012, cit., punto 104.

[25] Circolare del 26 gennaio 2009, che riprende quanto stabilito dall'art. 4 del regolamento del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 19 novembre 2012.

[26] Ord. Corte cost. 6 dicembre 2006, n. 429 e 10 gennaio 2077, n. 19.

[27] Sul punto, v. Corte di cassazione 15 novembre 2007, n. 23703.

nella nozione "comunitaria" di impresa accogliendosi una definizione tanto ampia della medesima che risulta difficoltoso verificare fino a che punto la componente solidaristica sia in grado di «oscurare» o di "confondere" quella di natura economica dei servizi prestati[28]. Il beneficio fiscale recherebbe, perciò, un vantaggio economico in termini di alleggerimento del bilancio dell'impresa e si rivelerebbe selettivo perché in grado di favorire determinate imprese o determinate attività, incidendo (anche solo potenzialmente) sulla concorrenza.

Viene in evidenza, a questo proposito, l'espressione «risorsa statale» di cui all'art. 107, n. 1, T.F.U.E., che integra, secondo un orientamento consolidato della giurisprudenza comunitaria[29], un "onere" (*charge*) a carico del bilancio pubblico. Nel caso che ci occupa, la rinuncia al gettito di natura fiscale per la parte corrispondente alla cancellazione dell'imposta viene considerata come «consumo» di risorse statali sotto forma di spese fiscali (cioè un'imposta negativa o una spesa mediante imposta[30]), dunque un "onere per lo Stato". In tal modo, per il tramite dell'esenzione dal pagamento dell'imposta in favore di soggetti qualificati come imprese lo Stato avrebbe rinunciato ad entrate fiscali che, viceversa, avrebbe ottenuto se non avesse concesso tale *favor*[31]. Alleviare gli oneri che normalmente gravano sul bilancio di un'impresa dà luogo ad un vantaggio economico che, in assenza della misura agevolativa, non sarebbe stato conseguito. Così, l'aver concesso l'esenzione fiscale avrebbe provocato un vantaggio ai soggetti passivi esentati rispetto ad altri che non hanno potuto beneficiare del medesimo trattamento fiscale[32].

Bisogna porre in luce, inoltre, che la *selettività* della misura costituisce un ulteriore criterio di identificazione della misura agevolativa statale che consente di stabilire se il detto ausilio sia diretto a talune imprese ovvero a talune attività.

---

[28] Valeria Di Comite, *La nozione d'impresa nell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, in *Giur. It*., 2004, 14.

[29] C. Giust. CE 17 marzo 1993, cause riunite C-72-73/91, *Sloman Neptun Shiffahrts AG c. Seebetriebsrat Bodo Zisemer der Sloman Neptun Shiffahrts* AG, in *Racc.*, 1993, I-887 ss.; C, Giust. CE 30 novembre 1993, causa C-189/91, *Petra Kirshammer-Hack c. Nurhan Sid*al, in *Racc*., 1993, I-6185 ss.; C. Giust. CE 13 marzo 2001, causa C-379/98, *PreussenElektra AG c. Schleswag AG*, in *Racc*., 2001, I-2099 ss.

[30] *Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese*, in GUCE, 10 dicembre 1998, C 384, 4.

[31] Decisione C(2012) 9461 del 19 dicembre 2012, cit., punto 6.2.1., 22. Inoltre, C. Giust. CE 15 marzo 1994, causa C-387/92, *Banco Exterior de España e Ayuntamiento de Valencia*, punto 14.

[32] Decisione C(2012) 9461 del 19 dicembre 2012, cit., punto 6.2.2, 22.

Nel caso degli aiuti fiscali[33] è di particolare rilievo la circostanza che l'attività statale di sostegno sia ritenuta "anormale" rispetto al regime fiscale generale. Il carattere della "anormalità" emerge ogniqualvolta sia prevista una deroga ad un regime generale divenendo per l'appunto selettiva proprio perché "anormalmente" concessa dallo Stato. Gli eventuali scostamenti da tale regola possono essere giustificati soltanto quando la scelta della deroga al regime fiscale nazionale (cioè la concessione dell'aiuto) sia giustificata da «razionalità economica» in modo da renderla «necessaria o funzionale rispetto all'efficacia del sistema»[34], a condizione che l'ambito di applicazione sia il più ampio possibile[35].

Giova rammentare come, per questi tipi di aiuti, la deroga prevista dalla normativa statale non possa contrastare con il sistema fiscale all'interno del quale il tributo viene applicato[36], sistema fiscale che in base alla legislazione vigente considera soggetti passivi tutte le persone giuridiche in possesso degli immobili indipendentemente dall'uso che ne viene fatto[37]. La normativa fiscale di riferimento, poi, determina le categorie di immobili esentabili. In tal caso, gli enti commerciali e quelli non commerciali si trovano in una situazione giuridica del tutto analoga coerentemente con il regime fiscale previsto dalla normativa e cioè con l'assoggettamento di tutti gli immobili al pagamento dell'I.C.I. Il trattamento differenziato previsto per determinati immobili nell'ambito dei quali si svolgono le c.d. "attività meritorie" devono, dunque, essere giustificate da un alto valore sociale e caratterizzate da interessi sociali qualificati.

Gli obiettivi sociali o solidaristici, secondo la Commissione, sono considerati obiettivi esterni al sistema tributario dell'I.C.I. e, come tali, non compatibili con le deroghe previste dall'ordinamento comunitario, il quale, oltre tutto, non distingue in ordine alle cause o alle finalità della misura di un aiuto statale, ma ne valuta puramente e semplicemente gli effetti prodotti sulla concorrenza. L'agevolazione economica prevista in favore di «talune imprese o talune produzioni» (art. 107, n. 1, T.F.U.E.) costituisce un altro criterio identificativo dell'aiuto statale incompatibile, vale a dire

---

[33] Sugli aiuti di Stato in materia fiscale, Franco Fichera, *Gli aiuti fiscali nell'ordinamento comunitario*, in *Convivenza nella libertà. Scritti in onore di Giuseppe Abbamonte*, I, Jovene, Napoli, 1999, 637 ss.; Livia Salvini (a cura di), *Aiuti di Stato in materia fiscale*, Cedam, Padova, 2007.

[34] Tra le altre, v. la Decisione della Commissione 96/369/CE del 13 marzo 1996, in GUCE L 146 del 20 giugno 1996, 42.

[35] C. Giust. CE del 2 luglio 1974, causa C-173/73, Italia c. Commissione, in *Racc.*, 709.

[36] P.L. Jezzi, *Principi tributari e controllo sopranazionale degli aiuti fiscali*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.,* 2004, 107 ss.

[37] Artt. 1 e 5 del d. lgs. 504 del 1992.

la *selettività* della misura in quanto vantaggio ingiustificato in favore di determinati soggetti (*sub specie* le scuole paritarie).

Anche per quanto concerne l'incidenza sulla concorrenza, il sostegno sotto forma di sgravio fiscale a determinati soggetti passivi, in effetti, sembra integrare la natura di aiuto di Stato perché lo svolgimento di una certa attività economica che costituisce oggetto di scambi può causare una situazione anticoncorrenziale rispetto ad operatori stabiliti in altri Stati membri dato che le imprese beneficiarie sono sgravate da un onere, che, in condizioni *normali*, avrebbero dovuto sostenere[38].

Può notarsi, a questo punto, il parallelismo, se non la vera e propria coincidenza, tra i sintagmi «risorsa statale» e «oneri per lo stato», l'uno di matrice comunitaria, l'altro di fonte costituzionale (art. 33, c. 3 Cost.): essi indicano non soltanto le risorse dirette, cioè l'erogazione materiale di danaro da parte di un ente pubblico, ma anche quelle indirette, cioè i benefici che un'impresa ottiene anche sotto forma di rinuncia a crediti o prestazioni, come è appunto il caso dell'esenzione fiscale a carico delle scuole paritarie.

Un'ulteriore simmetria tra i due sintagmi richiamati può essere individuata sia considerando la natura del finanziamento, cioè una forma di sussidio indiretto concesso dallo Stato, o aiuto negativo, sia l'attività svolta dalle scuole paritarie, le quali, anche a detta dei giudici della Cassazione, non si sottrarrebbero dall'applicazione della norma comunitaria di cui all'art. 107, n. 1, T.F.U.E. essendo queste ultime assimilate alle imprese.

Tale qualificazione, alla luce della disciplina sugli aiuti statali alle imprese, potrebbe comportare, in caso di accertamento della violazione dell'obbligo di notifica preventiva di cui al combinato disposto dell'art. 108 del T.F.U.E. e dell'art. 2 del Regolamento del Consiglio n. 659 del 1999[39], conseguenze "pesanti" quali la restituzione di quanto indebitamente percepito in quanto l'aiuto in questione non è stato previamente notificato alla Commissione[40].

---

[38] La Commissione, oltre tutto, non individua alcun elemento che possa far ritenere che l'aiuto in questione possa essere tra quelli attribuibili di diritto o tra quelli discrezionali (ossia eventualmente ammissibili previo scrutinio da parte della Commissione).

[39] *Regolamento del Consiglio n. 659/1999/CE del 22 marzo 1999 recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del Trattato CE*, in GUCE L 83 del 27 marzo 1999.

[40] A meno che non si dimostri l'assoluta impossibilità di adempiere all'ordine di recupero eventualmente imposto dalla Commissione.

2. *Un'occasione per riaprire il dibattito sull'interpretazione della clausola costituzionale «senza oneri per lo Stato»*

Le due pronunce richiamate[41] – che dichiarano, si ripete, illegittima la non particolarmente chiara, forse equivoca, norma sull'esenzione I.C.I. alle scuole paritarie a carattere religioso – sembrano dare un'interpretazione rigida dell'art. 33, c. 3, Cost. il quale prevede che «Enti e privati hanno diritto di istituire scuole ed istituti di educazione, senza oneri per lo Stato»[42].

L'esenzione, prevista dalla legge, dal pagamento di una certa imposta (nel caso che ci occupa dell'I.C.I.) in favore di talune imprese scolastiche (di carattere religioso), costituendo un *onere* a carico del bilancio dello Stato, ovverosia un "peso" in termini di mancate entrate, ripropone la questione interpretativa dell'art 33 c. 3 Cost. nella parte relativa all'inciso «senza oneri per lo Stato».

---

[41] Esse, invero, non costituiscono una novità assoluta, dato che già una precedente pronuncia (ordinanza del 13 febbraio 2013, n. 3591), passata sotto silenzio, aveva stabilito la non esentabilità delle scuole paritarie ai fini dell'imposta sugli immobili.

[42] Con la prima parte della disposizione *de qua* viene garantito l'esercizio della libertà educativa dei soggetti del pluralismo scolastico; con la seconda, cioè il successivo inciso, si porrebbe un limite nei confronti dello Stato consistente nel divieto di sostenere i bilanci degli enti privati che svolgono attività scolastiche. Sull'argomento, Vezio Crisafulli, *La scuola nella Costituzione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1956, 86, ammette la possibilità dei finanziamenti pubblici se si tratta di scuole istituite da enti territoriali e identicamente conformate alle scuole statali (94); Costantino Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo II, Padova, 1967, 937, dal canto suo, ammette l'ipotesi della deroga accordata alle scuole private tenuto conto del fatto che svolgono un servizio pubblico. V., tra gli altri, Carlo Esposito, *Contenuto e limiti della libertà di istituire scuole*, in *Giur. Cost.*, 1958, 492 ss.; Umberto Pototschnig, voce *Istruzione (diritto alla)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Giuffré, Milano, 1973, 107 ss.; Sabino Cassese, Alberto Mura, *Art. 33-34*, in Giuseppe Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione – Rapporti etico-sociali*, Zanichelli, Bologna–Roma, 1976, 210 ss.; Alberto Mura, *Scuola, cultura e ricerca scientifica*, in Giuliano Amato, Augusto Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1984, 991 ss.; Alberto Mura, voce *Istruzione privata*, in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1990, 1 ss.; Beniamino Caravita, *Artt. 33-34*, in Vezio Crisafulli, Livio Paladin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 1990, 231 ss.; Michele Salazar, voce *Istruzione pubblica*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX, Utet, Torino, 1994, 19 ss.; Massimo Luciani, *Titolo II. Rapporti etico-sociali*, in Guido Neppi Modona (a cura di), *Stato della Costituzione*, Il Saggiatore, Milano, 1995, 134 ss.; Angelo Mattioni, voce *Scuola privata e pubblica*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XIII, Utet, Torino, 1997, 634 ss.; Marina Gigante, *Art. 33 della Costituzione: tecnica e politica nell'ordinamento dell'istruzione*, in *Pol. Dir.*, 1999, 423 ss.; Alessandro Pizzorusso, *Diritto della cultura e principi costituzionali*, in *Quad. Cost.*, 2000, 308 ss.; Marina Gigante, *L'istruzione*, in AA.VV, *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di Sabino Cassese, Giuffré, Milano, 2003, 779 ss.; Francesco Rimoli, *Le libertà culturali*, in Roberto Nania, Paolo Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, Vol. III, Giappichelli, Torino, 2006, 919; Gianpaolo Fontana, *Art. 33*, in Raffaele Bifulco, Alfonso Celotto, Marco Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Utet, Torino, 2006, 675 ss.): Guido Corso, *Principi costituzionali sull'istruzione*, in Carlo Marzuoli (a cura di), *Istruzione e servizio pubblico*, Il Mulino, Bologna, 2003, 42; Ernesto Bettinelli, *La Costituzione della Repubblica italiana. Un classico giuridico*, Rizzoli, Milano, 2006, 81; Quirino Camerlengo, *Artt. 33, 34*, in Sergio Bartole, Roberto Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, 322 ss.

Il dibattito sull'argomento, non nuovo ma ciclicamente reso attuale dalle "forme" variegate nelle quali viene di volta in volta configurato, o è configurabile, l'*onere per lo Stato* in sede nazionale[43], regiona-

---

[43] A partire dalla legge 10 marzo 2000, n. 62, *"Norme per la parità scolastica e disposizioni sul diritto allo studio e all'istruzione"*. Su tale legge v. LIDIANNA DEGRASSI, *La razionalizzazione dello Stato sociale nell'ordinamento dei servizi alla persona e alla comunità*, Giuffré, Milano, 2004, 239 ss., *passim*; GIUSEPPINA DELLA VALLE PAUCIULLO, *Scuole non statali primarie e secondarie*, in *Riv. Giur. Scuola*, 2007, 325 ss. È stato sostenuto che in base alla c.d. "legge sulla parità" la scuola paritaria avrebbe il diritto di essere finanziata perché assolverebbe ad oneri di servizio pubblico (ALDO SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, Bologna, 2003, 300) essendo considerata «come se fosse pubblica» (NADIA URBINATI, *Scuola pubblica*, in EAD., *Prima e dopo. La brutta china della democrazia italiana*, Donzelli Editore, Roma, 2011, 49) in ossequio al principio in base al quale la scuola pubblica non è tale perché statale ma per il servizio che eroga. Si contribuirebbe, così facendo, a spostare (cioè indirizzare) verso il settore privato l'offerta dei servizi scolastici in precedenza forniti prevalentemente da quello pubblico, "pratica" che, come spiegano gli economisti, consisterebbe nella sostanziale privatizzazione dei succitati servizi: GERAINT JOHNES, *Economia dell'istruzione*, Il Mulino, Bologna, 2000, 88 ss. Secondo taluno, in tal modo, verrebbero meno «le diversità di natura e di fini tra scuole pubbliche e scuole private» (MARCELLO DEI, *La scuola in Italia. Quel che resta dopo le riforme*, Il Mulino, Bologna, 2007, 41). Il servizio scolastico, peraltro, è composto da una pluralità di elementi, che possono riguardare, tra l'altro, lo svolgimento delle attività didattiche tipiche, curriculari ed extracurriculari, l'organizzazione e il finanziamento del servizio del trasporto degli alunni, l'assegnazione materiale dei supporti alla didattica, le sedi dell'attuazione del servizio e il tempo della frequenza. La qualità del servizio scolastico può dipendere da numerosi fattori, indipendentemente dalla scelta sul finanziamento pubblico delle scuole paritarie [su tali questioni, MAURO RENNA, *Le disuguaglianze sostenibili nel sistema scolastico*, in FRANCESCO ASTONE, MARIO CALDARERA, FFRANCESCO MANGANARO, ANTONIO ROMANO TASSONE, FABIO SAITTA (a cura di), *Le disuguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici multilivello*, Giappichelli, Torino, 2006, 89 ss.]. L'art. 1, c. 9, della legge da ultimo richiamata stabilisce che lo Stato «al fine di rendere effettivo il diritto allo studio e all'istruzione a tutti gli alunni delle scuole statali e paritarie» debba predisporre un piano finanziario straordinario, da attuare con regolamento, anche ai fini della ripartizione delle somme tra le Regioni e le Province autonome: cfr. NICOLA DANIELE, *Riflessioni sulla parità scolastica,* in *Riv. Giur. Scuola*, 2002, 389 ss.; GIUSEPPINA DELLA VALLE PAUCIULLO, *Scuole non statali primarie e secondarie: ordinamento amministrativo*, in *Riv. Giur. Scuola*, 2008, 401 ss.; GRAZIELLA ROMEO, *I diritti sociali*, in LUCA MEZZETTI (a cura di), *Diritti e doveri*, Giappichelli, Torino, 2013, 522. La collocazione della scuola paritaria nel sistema nazionale di istruzione ha consentito una nuova lettura, cioè una più "aperta" o estensiva interpretazione dell'inciso di cui all'art. 33, Cost. e, logicamente, una politica legislativa – di segno politico trasversale – volta a promuovere forme di supporto della scuola paritaria, che, forse, proprio in conseguenza del "nuovo" contesto inaugurato dalla legge n. 62 del 2000, risultano essere «di recente vistosamente aumentat[e]»: GIANPALO FONTANA, *Art. 33*, cit., 691. A titolo di esempio, l'art. 1, c. 169 della legge di stabilità per il 2015 (*"Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato"*, approvata in via definitiva il 22 dicembre 2014), prevede che «per le finalità di cui all'articolo 1, c. 13, della legge 10 marzo 2000, n. 62, è autorizzata la spesa di 200 milioni di euro annui a decorrere dal 1 gennaio 2015; successivamente, il comma 326, della stessa legge, prevede la riduzione di 30 milioni di euro, sempre a decorrere dalla stessa data, per le spese di funzionamento delle scuole statali (art. 4 della legge 18 dicembre 1997, n. 440). Da ultimo, v. l'art. 1, c. 151 della legge 13 luglio 2015, n. 107, *"Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti"*, che prevede la detrazione fiscale I.R.P.E.F. fino ad un massimo di 400 euro all'anno per studente frequentante le scuole paritarie.

le[44] e locale[45], dimostra come le problematiche connesse all'interpretazione dell'art. 33, c. 3, Cost. rimangano in perenne oscillazione tra le posizioni "negazioniste" e quelle "possibiliste" o "legittimiste" in ordine all'intervento finanziario statale a favore delle scuole paritarie.

L'elasticità e, per molti aspetti, la peculiarità del vincolo costituzionale[46], riassunto nell'espressione «senza oneri per lo Stato», mantiene vive le ragioni di un confronto su una questione risalente e tuttora controversa: un terreno sul quale, con ogni probabilità, anche in futuro, il tema non man-

---

[44] Come nel caso del c.d. "buono scuola" (v. *infra*), ormai a regime in molte Regioni italiane. Sul tema, Luca Antonini, *I buoni scuola del Piemonte e dell'Emilia-Romagna,* in *Non Profit,* 2001, 35 ss.; Beniamino Caravita, *Buoni scuola e Stato sociale: l'esperienza lombarda*, ivi, 49 ss.; Aldo Sandulli, *Il buono-scuola agli alunni delle scuole paritarie: perplessità e prospettive*, in *Giorn. Dir. Amm.,* 2004, 7 ss.; Giovanni Cimbalo, *Il servizio scolastico integrato nelle prime esperienze regionali*, in C. Marzuoli (a cura di), *Istruzione e servizio pubblico*, cit., 347 ss.; Paolo Cavana, *Buono-scuola, diritto allo studio e parità scolastica nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2005, 794; Lorenza Violini, *Considerazioni sul buono scuola quale espressione di una politica dell'istruzione innovativa e sussidiaria*, in Lorenza Violini, Carlo Lauro, Maurizio Maccarini, Daniele Capone, *Politiche sussidiarie nel settore dell'istruzione: il caso del buono scuola in Lombardia*, Giuffré, Milano, 2007, 42; Michele Troisi, *Famiglia e misure di sostegno: la legislazione regionale*, in Federico Giuffré, Ida Nicotra (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*. Atti del Convegno di Catania, 7-8 giugno 2013, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 241 ss. Sempre a livello regionale, si consideri il caso, davvero singolare, del parere negativo dato dalla scuola paritaria del Comune di Bibiana, nel torinese, all'apertura di una scuola pubblica (costata all'erario oltre 1 milione e mezzo di euro). Tale «parere motivato» è stato reso in base all'atto di indirizzo contenuto nella deliberazione del Consiglio regionale del Piemonte 29 ottobre 2013, n. 252 – 33474 *("Atto di indirizzo e criteri per la programmazione e la definizione del piano regionale di dimensionamento delle autonomie scolastiche piemontesi e per la programmazione dell'offerta formativa per l'anno scolastico 2014-2015"*), il quale prevede che «L'attivazione di sedi aggiuntive dovrà comunque consentire la coordinata partecipazione delle scuole statali e delle scuole paritarie al sistema scolastico nel suo complesso, ovvero non dovrà determinare riduzione, in termini di sezioni, nell'offerta formativa esistente nelle scuole paritarie. All'uopo viene richiesto di unire il parere motivato da parte delle eventuali scuole paritarie presenti nel bacino di utenza e/o dall'associazione di categoria a cui le scuole sono iscritte».

[45] Come, in occasione del *referendum* consultivo svoltosi a Bologna il 26 maggio 2013 sul finanziamento delle scuole private dell'infanzia da parte del medesimo Comune. Il risultato, certo non indicativo di un *trend* di carattere nazionale, è stato il seguente: il 59% ha votato per il no (abolizione del finanziamento pubblico alla scuola dell'infanzia), il 41% per il sì (mantenimento dei fondi pubblici a favore delle scuole private). Fra i commenti, di vario orientamento, riguardanti l'esito referendario bolognese, v. Antonio D'Aloia, "*Senza oneri per lo Stato"? La scuola privata e l'art. 33 Cost*., in *http://www.confronticostituzionali.eu/?p=315*, 27 giugno 2013; Stefano Rodotà, *La scuola al centro della politica costituzionale*, in *www.articolo33.org*; Maria Rosaria Allegri, *A Bologna il* referendum *consultivo cittadino riapre il dibattito sui finanziamenti pubblici alle scuole paritarie*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, *Osservatorio costituzionale*, 00/ 2013; Antonio D'Aloia, *"Senza oneri per lo Stato": la scuola e l'art. 33 Cost. Brevi note su un* referendum *locale*, in *Studi in onore di Francesco Gabriele*, in corso di pubblicazione.

[46] Marco Benvenuti, *Un "problema nazionale", Spunti ricostruttivi in tema di "istruzione" e "istruzione e…formazione professionale" tra Stato e Regioni, a partire dalla giurisprudenza costituzionale*, in *www.federalismi.it,* 14 gennaio 2015, 29.

cherà di essere ripreso e riconsiderato per effetto delle riportate sentenze della Corte di cassazione, ma anche, come avvenuto in passato, a causa delle altre forme di sostegno dirette ed indirette della scuola paritaria di ogni ordine e grado che, periodicamente, vengono previste dai "legislatori" (statale e regionale) e dagli enti locali.

L'inciso contenuto nell'art. 33, c. 3, Cost., come si diceva, appare di non agevole lettura non essendo stati finora sciolti, come è stato sostenuto, tutti i nodi interpretativi ad esso connessi[47], soprattutto in presenza di disposizioni legislative, succedutesi nel tempo, che hanno inteso, in varie forme e misure, assegnare finanziamenti alle scuole istituite e gestite da soggetti privati.

In linea generale, si può evidenziare come, da un parte, v'è chi sostiene che il terzo comma dell'art. 33 Cost. sia da considerare come un ermetico inciso[48], dall'altra, chi ritiene che il medesimo risulti essere di una chiarezza tale da non lasciare spazio ad iperbole interpretative[49]. Due visioni opposte, dunque, che "influenzano" o "condizionano" tutti gli sviluppi argomentativi ad esse connessi: la prima dischiude orizzonti interpretativi di stampo costruttivistico o evolutivo (dato che l'inciso, in quanto ermetico, nasconderebbe sempre un lato oscuro), la seconda è ormeggiata al largo della teoria della "purezza" agganciandosi invariabilmente all'àncora del testo.

Le riflessioni sviluppate nel corso del tempo sulla proposizione indicata, infatti, sono numerose, polimorfe e articolate, anche se, talvolta, svolte in base a posizioni preconcette, forse ideologiche, e quindi, in effetti, "viziate", o "contaminate" da interpretazioni talvolta «cavillose, sofistiche o interessate»[50].

---

[47] Eugenio De Marco, *Diritto allo studio, libertà di insegnamento e ricerca*, in Id. (a cura di*), La pubblica istruzione*, Trattato di diritto amministrativo diretto da G. Santaniello, Cedam, Padova, 2009, 9.

[48] Mauro Renna, *Le scuole paritarie nel sistema nazionale di istruzione*, in C. Marzuoli (a cura di), *Istruzione e servizio pubblico*, cit., 147.

[49] Francesco Rimoli, *Le libertà culturali*, cit., 912.

[50] Antonino Spadaro, *Dalle etiche collettive alla «meta-etica» pubblica*, in Alessandro Pace (a cura di), *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, Cedam, Padova, 2008, 141. Di sofismi interpretativi parla anche Marco Croce, *La scuola pubblica e la scuola privata*, in Francesca Angelini, Marco Benvenuti (a cura di), *La dimensione costituzionale dell'istruzione*. Atti del Convegno di Roma, 23-24 gennaio 2014, Jovene, Napoli, 2014, 343. Ancor prima, nell'ormai noto discorso pronunciato l'11 febbraio 1950 al III Congresso dell'Associazione a difesa della scuola nazionale (ADSN), Piero Calamandrei, sviluppando il suo ragionamento a proposito della chiosa di cui all'art. 33, c. 3 della Costituzione, sottolineò che quella «formula nacque da un compromesso; e come tutte le formule nate da compromessi, offre il destro, oggi, ad interpretazioni sofistiche», in particolare riferendosi alle posizioni di quanti sostenevano (e sostengono) che il privato non andrebbe sostenuto nel momento iniziale di costituzione della scuola bensì avrebbe diritto al sussidio statale nella fase successiva, cioè quella della gestione: cfr. Piero Calamandrei, *Difendiamo la scuola democratica*, in

3. *"Istituire" e "gestire" (scuole) come* continuum *enunciativo. Il «trattamento scolastico equipollente»* fra scuole

Partendo dall'analisi della richiamata disposizione costituzionale nella parte in cui prevede che i soggetti privati possono "istituire" scuole, si può evidenziare come il suddetto lemma sia stato e, in verità, sia tuttora oggetto di divergenti opzioni interpretative.

A tale riguardo, propendendo, ad esempio, per la differenziazione del momento dell'*istituzione* da quello dell'*amministrazione* delle scuole paritarie (prescindendo dal loro orientamento ideologico o filosofico) si proverebbe la legittimità del finanziamento pubblico: in definitiva, è stato sostenuto, una volta garantito il diritto, per enti e privati, di istituire, cioè fondare, scuole, la "clausola" del «senza oneri per lo Stato» consisterebbe nel divieto di non attribuire il finanziamento *iniziale* ma non nel *successivo periodo* di gestione dell'attività scolastica[51].

Altro orientamento considera la formula in questione come «comprensiva sia del potere della loro istituzione che del potere della loro gestione», cosicché il divieto di ottenere finanziamenti riguarderebbe sia l'istituzione

---

Id., *Per la scuola*, Sellerio, Palermo, 2^ ed., 2011, 97. In altra parte del "discorso" egli, commentando le affermazioni del Ministro dell'epoca che riteneva che la disposizione in parola potesse dare adito a «incertezze e a discordi pareri» soprattutto in riferimento al fatto che il cittadino che iscrive il proprio figlio ad una scuola privata è costretto a pagare due volte, non esitò a definire quel ragionamento come «basato su un sofisma». Afferma Calamandrei: «Il mandare il proprio figlio alla scuola privata è un diritto, lo dice la Costituzione, ma è un diritto il farselo pagare?» (p. 99). Più in generale, Piero Calamandrei considerava le disposizioni costituzionali in materia di istruzione quale *unicum* organico nell'ambito del quale lo Stato avrebbe dovuto assumere un ruolo basico, volgendo un'attenzione particolare alla scuola pubblica (considerata un *prius* rispetto a quella privata (p. 88), come uno dei fondamenti per la costruzione della Repubblica alle prese con il gravissimo problema sociale rappresentato dall'alto tasso di analfabetismo (come rileva Tullio De Mauro nella sua *Introduzione* al volume da ultimo citato, p. 9 ss.). In tale quadro di riferimento, nella disamina del rapporto intercorrente tra scuola pubblica e scuola privata, egli non mancò di evidenziare, più da politico che da giurista, come solo quando la scuola pubblica è «forte e sicura, allora, ma allora soltanto, la scuola privata non è pericolosa. Allora, ma allora soltanto, la scuola privata può essere un bene». Quelle appena riportate sono le posizioni note, certo di parte, del giurista e Costituente Calamandrei, che ebbe quale suo principale obiettivo quello di rafforzare il ruolo di «unità, di coesione, di uguaglianza civica» rappresentato dalla scuola della Repubblica che «non è la scuola di una filosofia, di una religione, di un partito, di una setta» (p. 91). Se si vuole perseguire l'obiettivo politico di favorire il *particulare* si «anemizzano» le scuole pubbliche spostando le «cure» statali verso quelle private, «cure di denaro e di privilegi», anche attraverso l'erogazione, in favore di queste ultime, di danaro pubblico, da lui considerato «il metodo più pericoloso» perché si tratta di «denaro di tutti i cittadini, di tutti i contribuenti, di tutti i credenti nelle diverse religioni, di tutti gli appartenenti ai diversi partiti, che invece viene destinato ad alimentare le scuole di una sola religione, di una sola setta, di un solo partito» (p. 94-94).

[51] Gabriele Lombardi, *La libertà della scuola nel quadro della Costituzione italiana*, in *Riv. Giur. Scuola*, 1964, 624.

sia la gestione dell'attività scolastica[52]. La discussione si appunta sul tentativo di differenziare e, quindi, di isolare, il tempo della istituzione della scuola paritaria da quello, successivo, della sua gestione o amministrazione.

Il rapporto intercorrente fra i verbi *istituire* e *gestire*, il primo contenuto nell'art. 33 Cost., l'altro no, potrebbe essere considerato come un *continuum* enunciativo: il significato del verbo *istituire*, cioè, non dovrebbe essere scisso dal fatto della sua *gestione* considerato che potrebbe ammettersi, in ipotesi, che la sola istituzione di un ente sia questione separata dall'amministrazione del medesimo. Il diritto di istituire, fondare o costituire scuole assume un significato ampio e onnicomprensivo, che include l'imprescindibile, cioè consequenziale, fase della gestione come nel caso, tra l'altro, delle esenzioni fiscali, le quali contribuiscono a rendere meno "onerosa" la gestione dell'impresa scolastica.

Sarebbe complicato ammettere, infatti, l'esistenza di una sorta di separazione dall'elemento iniziale e costitutivo, cioè l'istituzione dell'ente, da quello dinamico e concreto, cioè lo svolgimento della sua gestione amministrativa. Al di là dei significati da attribuire, o al limite riferibili, alle espressioni considerate, come se l'una fosse disgiunta dall'altra, o come se la prima condizionasse la seconda, o viceversa, ciò che rileva, sembra, è il dato concreto e, cioè, le conseguenze prodotte da parte dell'una sull'altra: in definitiva, l'istituzione non esclude la gestione, anzi è il presupposto della seconda, che non avrebbe ragion d'essere, se non essere addirittura priva di senso, senza la previa istituzione dell'ente.

Si vuole sostenere, insomma, che entrambi i lemmi non dovrebbero essere posti a confronto in termini oppositivi bensì considerati come autoinclusivi, esaminati in chiave *sistematica*, l'istituzione, cioè la costituzione, di una scuola (come di qualunque impresa) non potendo essere ontologicamente separata né dal suo funzionamento – cioè l'approntamento delle strutture ai fini dello svolgimento delle attività educative – né dalla sua gestione – cioè dalla gestione amministrativo-contabile.

Un'ulteriore argomentazione, anche questa in verità non nuova, è quella che riconduce la facoltà di attribuire risorse finanziarie statali alle scuole paritarie in base all'esigenza di garantire un «trattamento scolastico equipollente» (art. 33, c. 4, Cost.) a tutti gli studenti che frequentino una scuola statale ovvero una paritaria.

Una parte della dottrina ritiene che in uno Stato sociale, cioè «in uno Stato che interviene nella realtà sociale per rimuovere gli ostacoli che in

---

[52] Enrico Minnei, *Scuola pubblica e scuola privata. Gli oneri per lo Stato*, Parte prima, Giappichelli, Torino, 2004, 33.

concreto impediscono ai cittadini l'esercizio dei diritti pur astrattamente riconosciuti a tutti onde creare le condizioni (…) necessarie perché a tutti sia effettivamente garantita la parità di possibilità e di opzioni, non si possa, in determinati casi, prescindere dal sovvenzionamento pubblico di istituzioni private»[53].

La forbice interpretativa relativa alla disposizione in base alla quale il legislatore, nel determinare i diritti e gli obblighi delle scuole che chiedono la parità (cioè di entrare nel sistema nazionale d'istruzione), deve assicurare alle suddette *scuole* e «ai loro alunni» un *trattamento scolastico equipollente* può variare da un elemento minimo, consistente nel mero riconoscimento del valore della formazione e degli studi svolti nella scuola paritaria, ad uno più ampio comprendente le medesime garanzie indirizzate agli studenti della scuola paritaria assicurate a quelli frequentanti la scuola statale. In questa chiave prospettica, appare consolidata l'interpretazione in base alla quale lo Stato non possa discriminare gli studenti che frequentano le scuole paritarie[54] ("trattamento" scolastico ispirato al principio d'eguaglianza).

D'altro canto, potrebbe anche sostenersi, come pure è stato fatto[55], che il trattamento scolastico equipollente possa essere riferito, principalmente, se non esclusivamente, all'equivalenza degli effetti giuridici concernenti il percorso scolastico e l'acquisizione dei titoli aventi valore legale, non già a quello economico, non emergendo alcun profilo che possa, in qualche maniera, collegare la frequenza della scuola paritaria con l'ausilio finanziario statale.

Il sintagma «trattamento scolastico equipollente» indicherebbe i presupposti ai fini dell'adempimento degli obblighi di legge, in ordine all'attribuzione alla scuola della qualificazione di "paritaria", i quali impegnano la scuola paritaria a garantire che vi siano docenti selezionati tramite concorso pubblico o sia garantito il diritto allo studio degli studenti con disabilità (con la presenza del docente di sostegno e di idonee attrezzature)[56] o ancora che la suddetta scuola possa rilasciare titoli di studio aventi valore legale[57]. L'e-

---

[53] Giuseppe Dalla Torre, *Il primato della coscienza. Laicità e libertà nell'esperienza giuridica*, Studium, Roma, 1992, 252.

[54] Angelo Mattioni, *Osservazioni sulla scuola paritaria nella Costituzione*, in *Jus*, 1962, 257.

[55] Enrico Minnei, *Scuola pubblica e scuola privata. Gli oneri per lo Stato*, Parte prima, cit., 51.

[56] La Corte di cassazione, con la sentenza n. 10821 del 16 maggio 2014, ha respinto il ricorso con il quale una scuola paritaria aveva richiesto il rimborso per le spese sostenute per i docenti di sostegno. La scuola paritaria, secondo la Cassazione, avendo l'obbligo di accogliere gli alunni con disabilità, è tenuta ad assumersi *tutte* le spese di inclusione di tali alunni, rientrando le medesime nei suoi costi di gestione. Pertanto, tale costo non può essere richiesto (o imputabile) allo Stato in forza dell'art. 33, c. 3, Cost.

[57] Sentt. Corte cost. 4 febbraio 1967, n. 7; 19 luglio 1968, n. 106 e 16 febbraio 1982, n 36.

quipollenza, allora, non riguarderebbe, il rapporto intercorrente *fra studenti* di differenti scuole quanto quello *fra le scuole statali e quelle paritarie* non sussistendo una simmetria fra il riconoscimento del trattamento scolastico equipollente per gli alunni delle scuole paritarie e il sostegno economico in favore di queste ultime.

4. *La giurisprudenza della Corte costituzionale: dall'orientamento* interpretivist *a quello* activist

Si può, a questo punto, volgere lo sguardo alla giurisprudenza della Corte costituzionale che, sull'argomento, ha contribuito, per quel che le compete, a "legittimare", per così dire, talune forme di finanziamento alle scuole private o, quanto meno, ad estendere anche agli alunni frequentanti le scuole private le medesime situazioni giuridiche soggettive previste per quelli frequentanti le scuole pubbliche. La Costituzione, stabilendo l'obbligatorietà e la gratuità dell'istruzione inferiore per almeno otto anni[58], presuppone l'esistenza di strutture e apparati organizzativi pubblici volti a garantire l'effettività di tale diritto consentendone l'esercizio.

Invero, il diritto allo studio[59], come previsto dai commi 3 e 4 dell'art. 34, riguarda il diritto dei capaci e meritevoli, ma privi di mezzi, di raggiungere i più alti gradi degli studi, la cui effettività è previsto che sia garantita dalla *Repubblica* per realizzare gli obiettivi di eguaglianza sostanziale richiesti dall'art. 3, c. 2, Cost.[60], con la finalità, tra le altre, di promuovere e raffor-

---

[58] L'art. 1, c. 1, della legge n. 9 del 1999 prevede l'innalzamento dell'obbligo di istruzione da otto a dieci anni; l'art. 2, c. 1, lett. *c*), della legge n. 53 del 2003 prevede che è «assicurato a tutti il diritto all'istruzione e alla formazione per almeno dodici anni o, comunque, sino al conseguimento di una qualifica entro il diciottesimo anno d'età»: Annamaria Poggi, *I diritti delle persone. Lo Stato sociale come Repubblica dei diritti e dei doveri*, Mondadori, Milano, 2014, 78; Elena Paparella, *L'obbligatorietà e la gratuità dell'istruzione*, in Francesca Angelini, Marco Benvenuti (a cura di), *La dimensione costituzionale dell'istruzione*, cit., 303, ss.

[59] Manlio Mazziotti Di Celso, voce *Diritto allo studio,* in *Enc. Giur*., Treccani, Roma, 1993, 1 ss.; Annamaria Poggi, *Art. 34*, in Raffaele Bifulco, Alfonso Celotto, Marco Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 699 ss.; Ead, *I diritti delle persone. Lo Stato sociale come Repubblica dei diritti e dei doveri*, cit., 101 ss.; Vincenzo Atripaldi, *Cultura e istruzione per la formazione di una cittadinanza consapevole*, in Francesca Angelini, Marco Benvenuti (a cura di), *La dimensione costituzionale dell'istruzione*, cit., 25; Giovanni Luchena, Luca Grimaldi, *Il diritto agli studi universitari tra Stato, Regioni ed Università*, in *www.dirittifondamentali.it,* 13 luglio 2015.

[60] Aldo Sandulli,, *Scuola e università tra concorrenza ed eguaglianza sociale*, in AA.VV., *L'attuazione del Titolo V della Costituzione, Atti del L Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Giuffré, Milano, 2005, 448 ss.; Anna Moscarini, *Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali*, in Roberto Nania, Paolo Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2006, 402.

zare i diritti di partecipazione attiva alla vita politica, sociale ed economica del Paese. Le misure economiche per l'assistenza scolastica sarebbero, dunque, strumentali alla più ampia garanzia del diritto all'istruzione.

Su tali questioni, in una prima fase, la Corte si è orientata, per usare un'espressione riferita alla giurisprudenza della Corte suprema statunitense, in senso "*interpretivist*", ancorandosi rigidamente al dato testuale e, quindi, potrebbe dirsi, con un taglio "conservatore"; in una seconda fase, invece, quella imboccata con la sentenza n. 454 del 1994[61], ha "giudicato" secondo un approccio di tipo "*acitivist*", cioè in modo più innovativo o "progressista".

Nella fase *interpretivist*, la Corte costituzionale ha, per lungo tempo, negato l'esistenza di un obbligo, in capo alla Repubblica, di farsi carico degli oneri necessari ad esercitare il diritto alla libera scelta della scuola da parte delle famiglie. Così, ad esempio, nel caso di una legge regionale che non prevedeva per gli studenti delle "scuole private" il beneficio del trasporto gratuito, previsto, invece, soltanto per i frequentanti le scuole dell'obbligo e delle scuole pubbliche medie superiori. La Corte, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale della disposizione della legge regionale impugnata, concludeva per l'insussistenza della violazione del principio d'eguaglianza alla luce di una valutazione compiuta sulla base dell'identità o dell'omogeneità delle posizioni giuridiche messe a confronto (quelle degli alunni frequentanti le scuole pubbliche e quelle dei frequentanti le scuole private) evidenziandosi la circostanza che la libertà di scelta implicava «una opzione fra situazioni giuridiche assai differenziate, non solo intrinsecamente ma per i diversi obblighi che gravano sulle Regioni in particolare e sulla Repubblica in genere, a fronte delle scuole statali (nonché delle scuole autorizzate a rilasciare titoli riconosciuti dallo Stato) e a fronte delle scuole private di ogni altro tipo»[62]. Si manteneva, dunque, ferma l'interpretazione rigida dell'inciso del terzo comma dell'art. 33 Cost., anche considerando in maniera estensiva la nozione di Stato che comprende, come è noto, anche gli (allora) enti «costitutivi» della Repubblica (come stabiliva, per l'appunto, il vecchio art. 114 Cost.) e, quindi, le Regioni e gli enti locali.

In una successiva pronuncia, la Corte ha stabilito che «l'iscrizione ad una scuola privata non gratuita è il risultato di una scelta dell'interessato

---

[61] Corte cost. 15 dicembre 1994, n. 454, su cui v. l'articolato commento svolto da Giovanni Pitruzzella, *Provvidenze alla scuola e provvidenze agli alunni: una distinzione per nuovi sviluppi del pluralismo scolastico*, in *Giur. Cost*., 1995, 585.

[62] Corte cost. n. 36 del 16 febbraio 1982, punto 3, *cons. dir.*

che implica quella disponibilità di mezzi che legittima, sul piano costituzionale e nell'ambito dell'intervento regionale, l'esclusione delle provvidenze» finanziarie e che il «principio di parità di trattamento fra scuola pubblica e scuola privata non può spingersi fino alla determinazione dell'obbligo della Repubblica di assumersi gli oneri eventualmente necessari per l'esercizio di tale ultima scuola»[63]. Invero, è stato sostenuto che la Corte costituzionale, forse un po' frettolosamente, avrebbe omesso di considerare la *specificità* delle «provvidenze» previste dalla disposizione della legge regionale e cioè di quegli interventi tipici di garanzia del diritto allo studio quali, ad esempio, la fornitura gratuita dei libri di testo e di altro materiale didattico[64].

La Corte, nelle due pronunce richiamate, sembra, dunque, propendere per una lettura "rigida" della clausola del «senza oneri per lo Stato», prediligendo un approccio di stretto ancoraggio al testo costituzionale e mantenendo ferma la distinzione tra la scuola pubblica e quella privata non soltanto dal punto di vista delle diverse finalità perseguite, ma anche da quello, forse più decisivo ai fini del divieto di assunzione degli oneri di carattere finanziario da parte della Repubblica, conseguente all'esercizio della libera scelta, che non trasforma automaticamente l'equipollenza scolastica con quella economica[65].

Il taglio *activist* della Corte costituzionale, invece, è stato inaugurato a partire dalla citata sentenza n. 454 del 1994, con la quale viene rotto l'argine alla "legge del non finanziamento" pubblico delle scuole paritarie "avallando", per così dire, talune forme di finanziamento *indiretto* e fornendo «una base giuridica» alle «prestazioni pubbliche a favore de-

---

[63] Ordinanza Corte cost. 16 giugno 1988, n. 668.

[64] Umberto Pototschnig, *Provvidenze per il diritto allo studio ad alunni di scuole non statali*, in *Le Regioni*, 1989, 883.

[65] Enrico Minnei, *Scuola pubblica e scuola privata. Gli oneri per lo Stato*, Parte seconda, Giappichelli, Torino, 2004, 505. A questo si aggiunga che una delle ragioni che indussero il Costituente a prevedere un divieto generale di finanziamento delle scuole private risiedeva nella fondamentale garanzia del pluralismo e della «libertà di insegnamento che il sistema statale d'istruzione è in grado di garantire»: Gianpaolo Fontana , *Art. 33*, cit., 691. Il medesimo A. sottolinea come non debba essere «trascurata l'insufficiente garanzia del pluralismo nell'ambito della scuola privata paritaria, anche in considerazione di una non sempre sufficiente determinazione legislativa degli obblighi e delle carenze nel sistema dei controlli e della valutazione dell'attività di insegnamento. Uno degli aspetti più delicati riguarda, infatti, proprio le insufficienti garanzie della libertà di insegnamento, che renderebbero oltremodo criticabili, se non propriamente inammissibili, le forme di finanziamento pubblico alle scuole private. Resta, allora, difficile non condividere l'assunto in virtù del quale "soldi pubblici alle scuole private devono quindi essere condizionati da limiti inderogabili: come il rispetto dei diritti eguali, ovvero della libertà del singoli" (Urbinati)»: Gianpaolo Fontana, *La libertà di insegnamento*, in Francesca Angelini, Marco Benvenuti (a cura di), *La dimensione costituzionale dell'istruzione*, cit., 128.

gli alunni, indifferentemente sia delle scuole pubbliche che delle scuole private»[66], queste ultime essendo allora "riservate", principalmente, se non esclusivamente, agli alunni frequentanti la scuola pubblica. Il Giudice costituzionale, in tale pronuncia, ha ritenuto fondata la questione di legittimità costituzionale relativa alla disposizione sulla fornitura gratuita dei libri di testo, che la legge consentiva ai soli alunni delle scuole pubbliche e di quelle private autorizzate a rilasciare titoli di studio aventi valore legale. La Corte riconosce, in definitiva, il diritto all'eguale trattamento di tutti gli alunni, sia che frequentino una scuola pubblica sia una paritaria, in particolare nel periodo di frequenza obbligatoria prevista dalla Costituzione.

Non è mancato in dottrina[67] chi, commentando la sentenza citata, ha posto in evidenza come «dall'indirizzo seguito dalla Corte potrebbero derivare nuovi tipi di disuguaglianza». In primo luogo, si è sottolineato come, per assicurare l'eguaglianza di tutti gli alunni nel godimento delle provvidenze pubbliche ai fini della garanzia del diritto all'istruzione, prescindendo dal tipo di scuola, potrebbero verificarsi «esiti fortemente anti-egualitari sotto il profilo delle reali possibilità di scelta della scuola [da parte dei genitori] e dei risultati in termini di istruzione». In secondo luogo, le provvidenze alle scuole private «finirebbero per sommarsi alle risorse di cui già dispongono i figli delle classi agiate, mentre risultano insufficienti ad attribuire ai meno abbienti eguali *chances* di accesso all'istruzione». In terzo luogo, "generalizzando" le prestazioni in favore degli alunni – ancora una volta, senza distinguere tra scuola pubblica e scuola privata – si rischierebbe di incrementare la spesa pubblica e probabilmente non verrebbe garantito l'auspicato innalzamento del livello qualitativo dell'istruzione che si assume come conseguenza (positiva) immediata del modello competitivo fra istituzioni scolastiche.

Come che sia, la sentenza n. 454 del 1994 ha contribuito a creare un nuovo *contesto giuridico-costituzionale* favorevole al finanziamento pubblico delle scuole paritarie. In questo "nuovo clima" il legislatore, dopo oltre un cinquantennio di inerzia, ha posto mano all'attuazione dell'art. 33, c. 4, della Costituzione nella parte in cui prevede che «la legge, nel fissare i diritti e gli obblighi delle scuole, non statali che chiedono la parità, deve assicurare ad esse piena libertà e ai loro alunni un trattamento scolastico equipollente a quello degli alunni di scuole statali». È stata così approvata la legge n. 62 del 2000, nota appunto come "legge sulla parità scolastica",

---

[66] Giovanni Pitruzzella, *Il pluralismo della scuola e nella scuola*, in Roberto Bin, Cesare Pinelli (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996, 225.

[67] Giovanni Pitruzzella, *Il pluralismo della scuola e nella scuola*, cit., 230.

la quale, in generale e in estrema sintesi, ha fra i suoi obiettivi quello di privilegiare la libertà di scelta dello studente (*rectius*: della famiglia) al fine di promuovere la garanzia del diritto all'istruzione indipendentemente dalla natura giuridica, pubblica o privata, della scuola; di attribuire vantaggi di natura fiscale in favore delle scuole paritarie e di adottare un piano straordinario di finanziamento alle Regioni e alle Province autonome di Trento e Bolzano.

L'arco temporale tra la sentenza n. 454 del 1994 e la legge n. 62 del 2000 ha consentito che ritornasse in campo la riflessione sul tema controverso del finanziamento delle scuole paritarie sia in ordine ad alcune forme di sostegno già esistenti al tempo dell'approvazione della legge da ultima citata[68], sia di quelle *pro* futuro. È probabile che la sentenza citata abbia, per dir così, "guidato" il legislatore del 2000 nel tratteggiare il sistema nazionale d'istruzione, fornendo gli elementi portanti in ordine al rispetto della disciplina costituzionale, inopinatamente a lungo rimasta pietrificata[69].

L'integrazione fra i due tipi di scuole, un tempo collocate su sponde antagonistiche, si connota, da un lato, per l'equiparazione della disciplina concernente il rilascio dei titoli di studio aventi valore legale e per lo svolgimento di precipui adempienti amministrativi, nonché, per il rispetto del pluralismo scolastico, dall'altro, per la soggezione ai controlli pubblici in ordine alla qualità del servizio erogato.

D'altra parte, è stato rilevato, a questo riguardo, come non vi sia alcuna previsione «circa l'equiparazione, sotto il profilo della ripartizione di risorse finanziarie pubbliche, tra scuole statali e paritarie, stabilendo un principio di pari dignità esclusivamente al riguardo alle risorse collegate all'esercizio del diritto allo studio»[70]. Tale argomentazione specificherebbe come anche la qualificazione quale servizio pubblico dell'attività educativa svolta dalla

---

[68] Quelle che in forza del d. lgs. n. 297 del 1994 avevano a riguardo il sostegno delle attività scolastiche delle scuole materne non statali (art. 339), di quelle elementari parificate (art. 344), delle scuole sussidiate cioè quelle istituite da privati ove non vi sia la presenza né di una scuola statale né di una parificata (art. 348), delle scuole medie non statali istituite in assenza di quelle statali (art. 56) e, infine, delle scuole private istituite all'estero (art. 633): cfr. Marco Croce, *La scuola pubblica e la scuola privata*, cit., 348.

[69] Il legislatore avrebbe così colmato una lacuna dell'ordinamento in tema di diritto all'istruzione stabilendo una disciplina organica volta ad instaurare un sistema integrato tra pubblico e privato, funzionalmente connessa all'art. 3, c. 2, Cost., considerato che «l'apprendimento rappresenta una forma necessaria di sviluppo della personalità», che la Costituzione impone il raggiungimento di un determinato livello di istruzione e che la Repubblica è chiamata a garantire ai capaci e meritevoli la possibilità di raggiungere i più alti gradi degli studi anche se privi di mezzi: cfr. Aldo Sandulli, *Il sistema nazionale di istruzione,* cit., 29.

[70] Aldo Sandulli, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit., 312.

scuola paritaria, qualificazione attribuita in base al fatto che la funzione da questa esercitata è da considerarsi pubblica in ragione del servizio che eroga (agendo, appunto, come se fosse pubblica[71]), non integri l'obbligo di erogazione di benefici economici, diretti o indiretti, in loro favore[72].

5. *Un "problema" costituzionale aperto*

Volendo tirare le somme del ragionamento sin qui svolto, si può evidenziare che il diritto vivente come scaturito dalle richiamate sentenze della Corte di cassazione – nelle quali, in verità, non si fa mai alcun cenno né si allude all'art. 33, c. 3, Cost. ma che sembra porsi in linea con la sua interpretazione restrittiva[73] – sarà foriero di rinnovati confronti relativi all'inter-

---

[71] Nadia Urbinati, *Scuola pubblica*, cit., 49.

[72] A distanza di vent'anni dalla pronuncia "apripista" del 1994, la Corte costituzionale non ha reputato di esaminare il *merito* del tema anche quando, forse, avrebbe potuto, è cioè quando ha dovuto giudicare l'ammissibilità del *referendum* abrogativo [sul *referendum,* v. Francesco Gabriele, voce *Referendum (diritto costituzionale),* in *Nov. Dig.*, vol. VI, Utet, Torino, 1986, 429 ss.; Massimo Luciani, *Art. 75, La formazione delle leggi*, Tomo I, 2, *Il* referendum *abrogativo*, Zanichelli Editore Bologna – Il Foro Italiano Roma, 2005] riguardante i commi 4 e 9 dell'art. 1 della legge n. 62 del 2000. Il riferimento è alla sentenza n. 42 del 6 febbraio 2003 con la quale il Giudice delle leggi ha ritenuto inammissibile la richiesta referendaria, tra l'altro, a causa della disomogeneità della formulazione del quesito in quanto le richieste di abrogazione parziale dei commi 4 e 9 della legge n. 62 del 2000 non avrebbero evidenziato un intento unitario: i promotori con l'abrogazione del 4° comma avrebbero richiesto di eliminare la possibilità per le scuole paritarie di usufruire fino ad un quarto del personale docente autonomamente selezionato (con contratto di prestazione di tipo occasionale), mentre con il 9° comma avrebbero colpito la disposizione in base alla quale il *finanziamento straordinario* sarebbe stato indirizzato a sostenere la spesa documentata delle famiglie. In particolare, secondo la Corte, l'abrogazione del c. 9 della legge n. 62 del 2000 avrebbe precluso «il sostegno alle famiglie degli studenti delle scuole statali e non statali, che deriva dal rimborso della spesa sostenuta e documentata per l'istruzione scolastica» (punto 3, *cons. dir.*). La Corte, come evidenzia Mattia Zucchini, *La Corte evita di riaprire il dibattito sui finanziamenti alla scuola privata*, in *Giur. It.*, 2004, 3 ss., non avrebbe tenuto in considerazione le finalità dei promotori quanto meno per contestarne il disegno abrogativo volto ad eliminare dall'ordinamento la possibilità di finanziamento diretto ed indiretto delle scuole paritarie e la gestione del personale. Insomma, la Corte ha ritenuto che i quesiti sarebbero dovuti essere due e non uno: il primo inerente la gestione del personale, il secondo, il *finanziamento straordinario*. Inoltre, il Giudice delle leggi argomenta sulla contraddittorietà del quesito facendo leva sull'art. 1, c. 1, della legge n. 62 del 2000, istitutivo del sistema nazionale di istruzione, contenente «enunciati giuridici carichi di valore (…) capaci di imprimere al sistema cui afferiscono direzione e orientamento, di immettervi virtualità interpretative altrimenti assenti e di ovviare alle eventuali imprecisioni o alle lacune in questo riscontrate» (punto 2, *cons. dir.*).

[73] Sull'interpretazione costituzionale, tra gli altri, Letizia Gianformaggio, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazioni di regole ed argomentazione basta sui principi*, in *Riv. Internaz. Fil Dir.*, 1985, 65 ss.; Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, 62 ss.; Sergio Bartole, voce *Principi generali del diritto*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Giuffré, Milano, 1986, 494 ss., ora in Id., *Scritti scelti*, Jovene, Napoli, 2013, 39 ss.; Franco Modugno, voce *Sistema giuridico*, in *Enc. Giur.*, Treccani, XXIV, Roma, 1993, 1 ss.; Antonio Ruggeri, *L'identità costituzionale alla prova: i principi fondamentali*

pretazione del «senza oneri per lo Stato» (e alle condizioni alle quali può ritenersi legittimo prevedere talune forme di finanziamento statale ai detti enti religiosi e, più in generale, a tutte le scuole paritarie), anche perché le pronunce sopra descritte introducono ulteriori parametri di valutazione fra cui quello della conformità all'ordinamento comunitario.

In definitiva, un conto è prevedere forme di sostegno a garanzia di un diritto costituzionalmente previsto come, ad esempio, in materia di diritto allo studio (quale complesso di prestazioni funzionali alla garanzia del diritto all'istruzione[74]), che dovrebbe porre tutti gli studenti su un eguale piano e nella medesima posizione, altro è, invece, come ha chiaramente posto in luce la Corte di cassazione, sostenere finanziariamente «attività economiche organizzate» (art. 2082 c.c.) rinunciando ad entrate di natura fiscale le quali, oltre tutto, possono essere giustificate solo se l'intervento pubblico sia rispettoso delle norme comunitarie in materia di aiuti di Stato, sia sostanziali (con riferimento alla compatibilità all'art. 107 T.F.U.E.) che procedurali (riguardanti l'obbligo di notifica preventiva, *standstill*, e

---

fra revisioni costituzionali polisemiche e interpretazioni-attuazioni «ragionevoli», in *Ars Interpretandi,* 1996, 113 ss.; Francesco Rimoli, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica,* Giappichelli, Torino, 1999; Gaetano Azzariti, *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione,* in Alessandro Palazzo (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Esi, Napoli, 2001, 237 ss.; Raffaele Guido Rodio, *L'interpretazione costituzionalmente adeguata nel sistema spagnolo*, Cacucci, Bari, 2004; Massimo Luciani, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione,* in Gaetano Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007, 41 ss.; Aljs Vignudelli, *Interpretazione e Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2011, in part. 481 ss.; Giovanni Serges, *L'interpretazione conforme a Costituzione tra tecniche processuali e collaborazione con i giudici*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, 3353 ss.; Giuseppe Zaccaria, *Ancora su interpretazione e principi giuridici*, ivi, 3647 ss.; Antonio Baldassarre, *Filosofie dei valori ed ermeneutica dei valori (a proposito del "pensare per valori"),* in Agostino Carrino (a cura di), *Lo Stato,* vol. I, Giappichelli, Torino, 2012, 3 ss.

[74] Sul diritto all'istruzione, anche con riferimento alla sua garanzia in tempi di crisi economica, v., tra gli altri, Aldo Sandulli,, *Scuola e università tra concorrenza ed eguaglianza sociale*, in AA.VV., *L'attuazione del Titolo V della Costituzione, Atti del L Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Giuffré, Milano, 2005, 448 ss.; Antonio Ruggeri, *Il diritto all'istruzione (temi e problemi)*, in *Riv. Giur. Scuola*, 2009, 769 ss.; Giuseppe Laneve, *Istruzione, identità culturale e Costituzione: le potenzialità di una relazione profonda, in una prospettiva interna ed europea*, in *www.federalismi.it*, 19 dicembre 2012; Ines Ciolli, *I diritti sociali*, in Francesca Angelini, Marco Benvenuti (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica* – Atti del Convegno di Roma, 26-27 aprile 2012, Jovene, Napoli, 2012, 83 ss.; Francesco Gabriele, *Diritti sociali, unità nazionali e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione–inattuazione della Parte prima (quella intoccabile!) della Costituzione*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it,* Rivista n. 3/2013; Alessandro Pace, *Il diritto all'istruzione nel tempo di crisi*, in *Astrid Rassegna*, 2013; Donatella Morana, *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it,* Rivista n. 4/2013, in part. 9-11; Carmela Salazar, *Le dimensioni costituzionali del diritto all'istruzione: notazioni nel tempo della crisi,* in Francesca Angelini, Marco Benvenuti (a cura di), *La dimensione costituzionale dell'istruzione*, cit., 31 ss.; Marco Benvenuti, *L'istruzione come diritto sociale*, cit., 180 ss.

così via). Tale intervento rimane, infatti, pur sempre un "aiuto" (nozione connotata in ambito comunitario dai caratteri della negatività eventualmente "attenuabile" discrezionalmente dalla Commissione se ravvisasse un interesse comune o una giustificazione compensatoria) anche se rivolto ad "enti" che svolgono attività sociali in senso lato o comunque di natura non commerciale.

5.1. *(segue): il c.d. "buono scuola" e il diritto alla libera scelta*

Ad esempio, fra gli strumenti (ritenuti) di attuazione del diritto allo studio il c.d. "buono scuola"[75], recentemente introdotto, anche su base nazionale[76], dall'art. 1, c. 151 della legge n. 107 del 2015[77] è considerato come un «contribut[o] rivolt[o] alle scuole private e/o ai loro studenti»[78].

Non è mancato chi, in passato, ha sottolineato come tale forma di sostegno allo studio possa ingenerare problemi di asimmetricità[79] e, verosimilmente, di disuguaglianze territoriali, tenuto conto delle "naturali" differenziazioni normative (in senso sia quantitativo sia qualitativo) fra le singole Regioni. Occorre, però dire, ad onor del vero, che la legislazione regionale sui "buoni scuola" presenta, per lo più, caratteristiche comuni quanto a finalità (garanzia del diritto allo studio e libertà di scelta della

---

[75] Uno dei più autorevoli teorici del c.d. "buono scuola" (*voucher*) nel settore dell'istruzione è, come noto, Milton Friedman: Milton Friedman, *Il ruolo del governo nell'educazione*, in Id., *Capitalismo e libertà*, Edizioni Studio Tesi, Pordenone, 1987, 137 ss. Il tentativo di introdurre il c.d. "buono scuola" non è "materia" recente ma risale all'ottava legislatura: cfr., Savatore Berlingò, *Libertà d'istruzione e fattore religioso*, Giuffré, Milano, 1987, 104. Lo stesso A., trattando del finanziamento statale delle scuole confessionali ha sottolineato le incongruenze che potrebbero determinarsi, per queste ultime, che tenderebbero a trasformarsi «in scuole a sgravio, nonostante le reiterate e solenni proclamazioni magistrali volte a scongiurare un tale esito, e decisamente contrarie a ridurre la funzione della scuola cattolica a quella di "supplente" del servizio pubblico» (p. 82-83)

[76] Tale forma di finanziamento è stata realizzata, *una tantum*, anche a livello nazionale, in attuazione della legge n. 62 del 2000, per il tramite di un meccanismo consistente nella erogazione di una quota per tutti senza distinzioni in base al reddito: Aldo Sandulli, *Il buono-scuola agli alunni delle scuole paritarie: perplessità e prospettive*, in *Giorn. Dir. Amm.,* 2004, 7 ss.; Mattia De Bellis, *L'istruzione scolastica*, in Giulio Vesperini (a cura di), *Diritto amministrativo speciale*, in Sabino Cassese (dir.), *Corso di diritto amministrativo*, 3, Giuffré, Milano, 2005, 107.

[77] Legge 13 luglio 2015, n. 107, "*Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti*", sul cui progetto v. Annamaria Poggi, *Il d.d.l. sulla* buona scuola: *discussione sulle politiche scolastiche o scontro sull'idea di "concertazione" sindacale?*, in *www.federalismi.it,* 6 maggio 2015.

[78] Marco Benvenuti, *Un "problema nazionale",* cit., 30.

[79] Giulio Napolitano, Michele Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 2009, 100.

scuola da parte dei genitori), destinatari (alunni sia delle scuole statali sia di quelle paritarie), forme di intervento (copertura totale o parziale delle spese sostenute), individuazione dei criteri di assegnazione (per lo più per il tramite dell'I.S.E.E.) e «complementarietà dell'intervento (rispetto a quelli previsti in leggi statali o altre leggi regionali)»[80].

Una delle ragioni a sostegno del c.d. "buono scuola"[81] è che tale *intervento* possa favorire la concorrenza nella produzione dei suddetti servizi[82] e consenta di provvedere all'acquisto di beni strumentali in favore degli studenti, come ad esempio, i libri di testo[83]. L'obiettivo è, tra gli altri, quello della promozione della competizione dal lato dell'offerta per realizzare economie di scala, incrementare il pluralismo nel mercato dei servizi[84] e migliorare, almeno in linea teorica, la qualità.

Di contro, tuttavia, si sostiene che «poiché i *voucher* sono impiegati per finanziare servizi resi da privati, la cui produzione di frequente, in precedenza, era del tutto priva di sostegno economico e richiesta in prevalenza da individui benestanti, possono essere questi ultimi a trarre maggior guadagno dal sistema»[85] ingenerando quelle asimmetrie di cui si diceva ed una sorta di discriminazione a rovescio.

Dal punto di vista dei «modelli» di finanziamento delle attività educative e professionali da parte degli enti pubblici, si usa differenziare fra buono, *voucher*, dote e defiscalizzazione. Nel primo caso, come già evidenziato, si tratta di un finanziamento diretto all'utente (e indirettamente

---

[80] Annamaria Poggi, *I diritti delle persone. Lo Stato sociale come Repubblica dei diritti e dei doveri*, cit., 102.

[81] Secondo il Consiglio di Stato, VI sezione n. 2517/2015, non sarebbe «una surrettizia forma di finanziamento alle scuole private» perché si tratterebbe «in realtà di misure finanziarie dirette agli studenti e alle loro famiglie e tese a superare le condizioni di svantaggio economico, in modo da rendere effettiva e concreta la possibilità di "opzione" (è questo il punto centrale) per il servizio offerto alle scuole paritarie». Insomma, il c.d. "buono scuola" sarebbe «un beneficio che si presenta pienamente coerente e non in contrasto con il quadro costituzionale e legislativo (…) essendo diretto a garantire la parità di trattamento tra tutti gli studenti, compreso i meno abbienti, che attraverso esso possono optare per la scuola pubblica o per quella privata». Sulla medesima linea, v. TAR Lombardia, III sez., n. 494 del 2015. Ma v. pure TAR Emilia-Romagna 10 marzo 2008, n. 10; TAR Lombardia, 2 aprile 2014, n. 859. A tale riguardo, seppure sotto un angolo visuale differente è utile il richiamo al provvedimento di archiviazione da parte della procura regionale campana della Corte dei conti del 24 maggio 2013, sul quale v. il commento di Marta Morvillo, *Un caso di "scuola": la vicenda del Comune di Napoli, fra diritti e vincoli di bilancio*, in *www.rivistaaic.it,* aprile 2013.

[82] Hilde Caroli Casavola, *Giustizia ed eguaglianza nella distribuzione dei benefici pubblici*, Giuffré, Milano, 2004,70.

[83] Fabrizio Fracchia, *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, Giappichelli, Torino, 2008, 331.

[84] Hilde Caroli Casavola, *Giustizia ed eguaglianza nella distribuzione dei benefici pubblici*, cit., 71.

[85] Hilde Caroli Casavola, *Giustizia ed eguaglianza nella distribuzione dei benefici pubblici*, cit.,72.

anche alla scuola non statale) a preventivo o a rimborso; nel secondo, l'ente finanziatore «corrisponde ai soggetti erogatori finanziamenti commisurati alla domanda di servizi espressa dal gruppo di utenti di cui l'ente pubblico intende farsi carico»; nel terzo, si è in presenza di una erogazione, «a una determinata platea di utenti», in denaro o in servizi, «quantificato al momento in cui l'utente sceglie dove orientarsi per l'acquisizione di un servizio e destinato a permanere per tutta la durata del servizio»; nel quarto e ultimo caso, infine, l'opzione concerne la deduzione o la detrazione fiscale: tale modalità «è praticabile là dove l'individuazione dei soggetti erogatori è agevole e automatica e rende superflua la pratica dell'accreditamento»[86].

Il c.d. "buono scuola" avrebbe come suo limite intrinseco la potenziale penalizzazione delle scuole pubbliche di dimensioni modeste ma di eccellenza, in base al fatto che il valore del contributo, in ipotesi fisso e uguale per ogni istituto e ogni studente, non si concilia con la variabile dimensionale della scuola: «un piccolo istituto che produca un servizio eccellente potrebbe non essere in grado di coprire i costi ed avendo un vincolo di bilancio tassativo sarà costretto a ridurre la qualità del servizio reso»[87]. La scuola di dimensioni maggiori e che offre un servizio non eccelso, al contrario, potrebbe risultare agevolata, cioè oltre modo premiata, perché il «*voucher* potrebbe eccedere il costo medio di produzione»[88]. Del resto, non è nemmeno così pacifico che ci sia una tale varietà di offerte e una tale ampiezza di informazioni sì da consentire alle famiglie – specie quelle che risiedono in contesti sociali disagiati o in aree marginali – una scelta consapevole e, si suppone, la migliore possibile nel "mercato" dell'istruzione.

È stato notato, peraltro, per rimarcarne gli effetti positivi, che il c.d. "buono scuola" costituirebbe «un supporto alle famiglie povere per permettere ai propri figli di accedere a una scuola scelta per la sua qualità»[89]. Tale aiuto, che dovrebbe essere assegnato, pertanto, *prioritariamente* o *soltanto* alle famiglie povere, anche attraverso forme di comunicazione e

---

[86] Lorenza Violini, Giorgio Vittadini, *Sussidiarietà e quasi-mercati*, in Giorgio Vittadini (a cura di), *Che cosa è la sussidiarietà. Un altro nome della libertà*, Guerini e Associati, Milano, 2007, 208-209. L'ultima modalità di finanziamento segnalata, in verità, potrebbe presentare talune problematiche di ordine costituzionale stante la disomogeneità sussistente tra il livello impositivo dello Stato e il livello di governo promotore delle iniziative di finanziamento delle attività educative e formative, cioè le Regioni.

[87] Carlo Buratti, *Autonomia e finanziamento degli istituti scolastici*, in *Amministrare*, 1991, 455.

[88] *Ibidem*.

[89] Giovanni Cominelli, Giorgio Vittadini, *Riformismo sussidiario nel sistema educativo*, in Giorgio Vittadini (a cura di), *Che cosa è la sussidiarietà,* cit., 156; sulla stessa linea di pensiero, Marco Croce, *Le scuole paritarie fra servizio pubblico e attività commerciale: il caso delle esenzioni I.C.I.,* cit., 2.

di orientamento molto accurate e imparziali, in realtà, non accompagna affatto la famiglia povera ma quella che ha maggiore capacità di accesso alle informazioni e quella che si trova in un territorio (ad esempio una Regione) che ha posto in essere una legislazione di favore per la frequenza da parte degli studenti delle scuole paritarie collocate sul proprio territorio. Invero, ove si esaurisse il «titolo di acquisto dei servizi sociali» (cioè il c.d. "buono scuola"), la famiglia in condizioni di bisogno, magari «imprevisto e accresciuto», si troverebbe in una situazione di difficoltà difficilmente recuperabile: è per tale ragione che si invoca almeno l'esigenza, oltre che di effettuare un «attento scrutinio dei criteri di distribuzione ed amministrazione-gestione di questi "buoni"», anche di provvedere ad una «determinazione globale delle prestazioni, le condizioni di accesso alle quali siano certificate in occasione di ogni fruizione»[90].

Inoltre, si sostiene che il c.d. "buono scuola" risulterebbe attuazione dell'obbligo costituzionale di favorire la libertà di scelta dei genitori ad una determinata scuola per i propri figli. A tale proposito, è stato evidenziato che il «costo che deve accompagnare la libertà di scelta della scuola non [debba] incomb[ere] sui genitori»[91]. A tale osservazione si potrebbe obiettare che il *favor familiae* non possa essere dilatato a tal punto da "pretendere" che sia agevolata la scelta della scuola paritaria e che lo Stato si assuma anche l'onere del suo finanziamento (variamente configurato). Le medesime considerazioni valgono per quel che concerne il diritto alla libera scelta del medico «che non implica un ristoro dei costi affrontati per ricorrere alla medicina privata»[92]. Le «misure economiche» e «le altre provvidenze»[93] utili ai fini dell'«adempimento dei compiti» affidati alla famiglia, possono, invero, essere più associati alle forme dell'assistenza scolastica (gratuità a fronte dell'obbligatorietà per almeno otto anni *ex* art. 33 Cost.) piuttosto che alla «pretesa dei mezzi economici per realizzare tutti i

---

[90] Enzo Balboni, *Livelli essenziali: il nuovo nome dell'eguaglianza? Evoluzione dei diritti sociali, sussidiarietà e società del benessere*, in Paolo Bianchi (a cura di), *La garanzia dei diritti sociali nel dialogo tra legislatori e Corte costituzionale,* Edizioni Plus, Pisa, 2006, 233.

[91] Michele Troisi, *La Costituzione scolastica*, Cacucci, Bari, 2008, 94.

[92] Alberto Mura, voce *Istruzione privata*, in *Enc. Giur*, Treccani, XVIII, Roma, 1990, 9-10, ma anche Massimo Luciani, voce *Salute. I, Diritto alla salute – Diritto costituzionale*, in *Enc. Giur*., Treccani, XXVII, Roma, 1991, 8.

[93] Luisa Cassetti, *Art. 31*, in Raffaele Bifulco, Alfonso Celotto, Marco Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 640 ss.; Luigi Principato, *Famiglia e misure di sostegno: la legislazione nazionale*, in Federico Giuffré, Ida Nicotra (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., 167 ss.

possibili comportamenti» previsti dall'esercizio della libera scelta[94]. In definitiva, «nessuna affermazione di libertà comporta la tutela della pretesa ai mezzi economici per attuare tutti i possibili e indeterminati comportamenti che la libertà consente»[95]: la libertà su cosa scegliere non può implicare l'assunzione automatica di un onere finanziario a carico dello Stato.

A tale proposito, spostando i termini del ragionamento sul piano della teoria generale, si potrebbe sostenere che il grado di libertà della famiglia di scegliere una scuola privata (anche ad orientamento religioso o filosofico), corrispondendo a quanto i suoi desideri siano o possano essere frustrati dalle interferenze altrui (il divieto di finanziamento statale), potrà essere accresciuto limitando le proprie aspettative al solo esercizio della libertà negativa (libertà come non impedimento)[96].

La garanzia del diritto di scelta, insomma, pur non essendo soddisfatte appieno le attese della famiglia (e del progetto della scuola privata), non implica una non-libertà. Ciò non implica nemmeno che, una volta garantito il diritto di scelta, la famiglia resti non-libera solo perché quest'ultima non ha ottenuto dallo Stato il finanziamento alla scuola scelta per i propri figli. Non si profilerebbe, dunque, alcuna discriminazione nel non prevedere l'onere per lo Stato e non necessariamente è garanzia della libertà positiva il finanziare scuole non statali.

5.2. (segue): alla radici della disposizione costituzionale: l'intenzione del Costituente

Ecco perché le diverse interpretazioni dell'inciso «senza oneri per lo Stato» sono destinate a rimanere sullo sfondo ogniqualvolta si ripropone il dibattito in ordine alla legittimità del finanziamento delle scuole paritarie, soprattutto per quel che concerne le varie *forme* di sostegno che possono essere eventualmente previste dal legislatore sia statale sia regionale, anche facendo leva sulle intenzioni del Costituente le cui "ragioni" possono anche sembrare, oggi, lontane e forse, sotto certi aspetti, superate[97].

---

[94] Gianpaolo Fontana, *Art. 33*, cit., 690.

[95] Alberto Mura, voce *Istruzione privata*, cit., 9-10.

[96] John Nicholas Gray, *Sulla libertà positiva e negativa*, in Aa. Vv., *L'idea di libertà*, Feltrinelli, Milano, 1996, 59 ss., il quale esamina il rapporto tra *libertà, potere e volontà reale* sulla base delle concezioni di libertà negativa e di libertà positiva come elaborate da Isaiah Berlin.

[97] In generale, sul dibattito in Assemblea costituente v. Enzo Cheli, *Il problema storico della Costituente*, ESI, Napoli, 1973; Ugo De Siervo (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, I, *Costituzione italiana e modelli stranieri*, e II, *Protagonisti e momenti del dibattito costituzionale*, Il

In quel momento storico i partiti politici trovarono un compromesso in ordine alla struttura complessiva degli articoli 33 e 34 della Costituzione. Le diverse posizioni in campo possono essere sintetizzate come segue.

Una prima, definibile relativista, secondo la quale il limite al sostegno finanziario delle "scuole private" non veniva configurato come un divieto in senso assoluto. Non si considerava esclusa, cioè, l'eventualità di aiutare finanziariamente gli enti privati lasciando ampia discrezionalità al legislatore futuro soprattutto in ordine alla possibilità di concessione del contributo economico in un momento successivo alla istituzione dell'ente privato, ma escludendo l'emersione di una pretesa soggettiva da parte degli enti privati ad ottenere finanziamenti statali.

La seconda posizione, dai contenuti negazionisti, pur riconoscendo il diritto dei privati di istituire scuole, escludeva puramente e semplicemente la possibilità di ricorrere ad ausili di carattere finanziario, ritenendo lo svolgimento delle attività scolastiche, da parte privata, come semplicemente consentito e comunque subordinato ad una serie di vincoli da determinarsi con legge ordinaria.

Infine, il terzo progetto, portatore delle istanze relative all'ammissibilità dei finanziamenti *ex constitutione*, portava avanti la tesi dell'obbligo statale di finanziamento delle "scuole private"[98].

È probabile che l'emendamento, presentato, come è noto, da Epicarmo

---

Mulino, Bologna, 1980. Inoltre, con specifico riferimento al tema del rapporto tra scuola pubblica e scuola privata e del diritto all'istruzione, v. Vittorio Falzone, Filippo Palermo, Francesco Cosentino, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Mondadori, Milano, 1976, 116 ss.; Sabino Cassese, *La scuola: ideali costituenti: e norme costituzionali,* in *Scritti in onore di Costantino Mortati,* III, Giuffré, Milano, 1977, 251 ss.; Fabrizio Calzaretti, *Senza oneri per lo Stato: la posizione dei Costituenti sulle sovvenzioni alle scuole non statali,* in *www.forumcostituzionale.it,* 22 maggio 2009; Annamaria Poggi, *I diritti delle persone. Lo Stato sociale come Repubblica dei diritti e dei doveri*, cit., 40-45. L'argomentazione riguardante le intenzioni del Costituente costituisce solo uno dei fattori per comporre un'interpretazione che tenga conto di più elementi al fine di delineare un quadro il più possibile esaustivo di un'ipotesi argomentativa. L'intenzionalismo, infatti, deve essere coniugato con altri elementi dell'argomentazione giuridica come il letteralismo e il contestualismo che costituiscono dimensioni irrinunciabili per l'interpretazione del testo giuridico. Lo "studio" isolato della "lettera", che va respinto se inteso come attributo intrinseco del testo, può risultare d'una certa utilità quanto meno per escludere un'interpretazione contraria al testo medesimo, mentre il contesto diviene fondamentale per collocare il testo in una situazione sociale nuova, «se non altro perché «sort[a] in un momento posteriore rispetto al testo stesso»: Giuseppe Zaccaria, *Limiti e libertà dell'interpretazione*, in Id., *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 108. In particolare, l'analisi dell'*intentio* viene in evidenza in quanto «intenzione direttiva e prescrittiva che si trova alla base non solo del singolo testo ma più ampiamente dello stesso fenomeno giuridico»: Giuseppe Zaccaria, *Limiti e libertà dell'interpretazione*, cit., 107.

[98] Per una ricostruzione delle differenti posizioni sopra richiamate, v. Enrico Minnei, *Scuola pubblica e scuola privata. Gli oneri per lo Stato*, Parte prima, cit., 15; Maria Rosaria Allegri, *A Bologna il* referendum *consultivo cittadino riapre il dibattito sui finanziamenti pubblici alle scuole paritarie*, cit., 1-2.

Corbino (e sostenuto dall'area liberal-democratica), contenente l'inciso del «senza oneri per lo Stato» rappresenti una *soluzione compromissoria* secondo il tipico approccio dualistico e conciliativo del Costituente, ma infine «decidente»[99], ancorché dal contenuto interlocutorio[100], in definitiva aperto a diverse e per ciò stesso non univoche "letture" al fine di consegnare al legislatore futuro piena libertà in ordine alle scelte da compiere. E, in effetti, il risultato del dibattito[101] consegna una disposizione frutto di un

---

[99] Marco Benvenuti, *L'istruzione come diritto sociale*, in Francesca Angelini, Marco Benvenuti (a cura di), *La dimensione costituzionale dell'istruzione*, cit., 149.

[100] Enrico Minnei, *Scuola pubblica e scuola privata. Gli oneri per lo Stato*, Parte prima, cit., 16.

[101] Il dibattito sull'emendamento in parola suscitò una disputa molto accesa in sede di I e III Sottocommissione dalla quale emersero le differenti posizioni da parte delle "anime" politiche contrapposte alla Costituente (Marco Croce, *La scuola pubblica e la scuola privata*, cit., 337 ss.). Le disposizioni costituzionali riguardanti l'istruzione, fra le quali quelle relative al diritto dei privati di istituire scuole, alla gratuità della scuola dell'obbligo e al diritto di tutti di frequentarla, non costituirono, infatti, oggetto di particolari divaricazioni essendosi determinato un consenso pressoché unanime intorno a tali proposizioni. Fu, invece, la limitazione inserita dalla condizione del «senza oneri per lo Stato» ad incanalare il confronto su punti di vista decisamente opposti e, dato il loro contenuto, inconciliabili, tra le forze parlamentari. Il che, forse, già potrebbe fornire un'indicazione sul fatto che, evidentemente, alcuni partiti politici non solo non erano sfavorevoli all'ipotesi di una norma che consentisse il finanziamento statale delle "scuole private" ma che, al contrario, ne avrebbero auspicato l'inserimento nella Costituzione. Nel confronto svoltosi in Assemblea Costituente emersero, come si diceva, posizioni molto distanti tra loro. Sul piano generale, dunque, si propugnavano due diversi modelli di organizzazione: quello autoritativo, che mostrava di privilegiare la centralità dello Stato (Marco Benvenuti, *L'istruzione come diritto sociale*, cit., 149) quale soggetto principale nella tutela del diritto all'istruzione, e quello pluralistico, che manifestava la sua preferenza per l'iniziativa o, se non altro, per la gestione da parte privata o che, comunque, collocava la "parte privata" in un quadro d'integrazione fra i due modelli. Ne è scaturito un sistema orientato al contemperamento o, come si diceva, almeno al tentativo di integrazione delle due opzioni, cioè, come usa dirsi, compromissorio [Francescoo Quaglia, *Appunti sulla vicenda italiana*, in Raoul Charles van Caenegem, *Il diritto costituzionale occidentale. Un'introduzione storica,* Aracne, Roma, 2010, 302; Marcello Vigli, *La scuola nella Costituzione italiana*, in Marco De Nicolò (a cura di*), Costituente, Costituzione, riforme costituzionali*, Il Mulino, Bologna, 1998, 107; Fulvio Pastore, *Costituzione e tempo*, in *Diritto pubblico europeo – Rassegna* online, gennaio 2015, *www.edizioniesi.it.*]. Le ragioni del dissenso fra le forze politiche alla Costituente emersero in tutta la loro radicalità: da una parte, e particolarmente dallo schieramento della D.C. [un'articolata formulazione della proposta politica della D.C. si riscontra nel documento intitolato "*Esigenza della Democrazia cristiana e il suo significato storico-politico-sociale*" (Vicenza, dicembre 1944), redatto da Gavino Sabadin e da Mariano Rumor, nel quale si pone in evidenza come la scuola debba essere considerata come «integrazione e supplemento dell'educazione che deve essere iniziata dai genitori i quali perciò hanno diritto di scelta su scuola pubblica e privata». Lo Stato, tuttavia, non deve «pretendere di avere il monopolio della scuola; esso deve perciò riconoscere e aiutare…le scuole private di ogni grado riconoscendo loro gli stessi diritti ed effetti delle scuole pubbliche e concorrendo nella spesa in proporzione degli alunni che preferiscono una scuola privata, sulla base della spesa media necessaria per ogni alunno delle scuole pubbliche»: cfr. i documenti pubblicati nel volume di Francesco Malgeri (a cura di), *Storia delle Democrazia cristiana, 1943-1948. Le origini: la Dc dalla Resistenza alla Repubblica*, Vol. I, Edizioni Cinque Lune, Roma, 1987, 423], si riteneva non sufficiente l'erogazione del servizio scolastico *solo* da parte dello Stato, benché dal dibattito emergesse un indirizzo volto a strutturare una presenza significativa del medesimo nel campo dell'istruzione, sostenendosi l'esigenza che

accordo fra differenti aree culturali arricchito da un'elaborazione politico-intellettuale dovuta «all'intervento talora determinante di Costituenti variamente "laici" (*id est*: socialaburisti, azionisti, repubblicani, liberali…) che, seppur attratti in un circuito di indirizzo politico di maggioranza centrato [sull'area cattolica], si trovano nondimeno a condividere, rispetto all'istruzione, più d'una posizione espressa [dall'area marxista]»[102].

D'altronde, si è ritenuto di poter intravedere una precisa strategia da parte degli stessi Corbino e Codignola, i due principali "protagonisti" della proposta della clausola del «senza oneri per lo Stato», i quali, nelle dichiarazioni "pubbliche", cioè quelle in Aula, affermavano che non vi era alcun intento punitivo nei confronti delle "scuole private" alle quali si impediva soltanto di sorgere, cioè di costituirsi, grazie ai fondi statali, mentre, in realtà, nascondevano le loro "vere intenzioni", facendo apparire l'emendamento «meno definitivo e radicale» di quanto non fosse «solo al fine di ottenerne l'approvazione, salvo poi farlo rivivere in tutta la forza che

---

l'iniziativa privata venisse tutelata anche attraverso l'erogazione di contributi finanziari. Secondo l'on. Aldo Moro (sul cui contributo alla Costituente v. RENATO DELL'ANDRO, *Saggio introduttivo*, in PINO PISICCHIO, *Scuola e persona. Il dibattito sulla scuola alla Costituente attraverso gli interventi di Aldo Moro*, Cacucci, Bari, 1987, 5 ss.; ALDO LOIODICE, *Una testimonianza nella Costituente*, ivi, 83 ss.; AA.VV., *Convegno di studi in memoria di Aldo Moro nel ventennale della sua scomparsa,* Bari, 28 maggio 1998, Quaderni di Ateneo, n. 2, Bari, 2001) ad esempio, la "scuola privata" poteva ben ottenere benefici economici, pur senza avere il diritto di ottenerli: egli, infatti, ebbe ad affermare che «è in facoltà dello Stato concedere sussidi alle scuole non statali, che per il numero dei frequentanti e per il rendimento didattico accertato negli esami di Stato siano benemerite nello sviluppo della cultura» (così A. Moro nella seduta del 18 ottobre 1946; sul punto, FABRIZIO CALZARETTI, *Senza oneri per lo Stato: la posizione dei Costituenti sulle sovvenzioni alle scuole non statali,* cit., 2). Alla luce di questa impostazione, l'intervento statale sarebbe stato finalizzato, fondamentalmente, alla verifica della qualità dell'istruzione e della numerosità degli studenti. Un'altra ala della Democrazia cristiana, diciamo così, più radicale, sosteneva la tesi non solo dell'assoluta libertà da parte privata di istituire scuole (diritto di libertà che si ritenne di sostenere in maniera energica proprio per evitare che venisse posto in questione), ma che il suo stesso "riconoscimento" postulava l'obbligo statale del suo finanziamento. La compagine comunista, dal canto suo, pur non demonizzando l'istruzione impartita dai privati, ma forse in realtà, solo tollerandola, volgeva la propria attenzione principalmente al ruolo dello Stato quale sua funzione precipua, irrinunciabile né delegabile, volta a garantire, prioritariamente, i diritti della scuola pubblica. Per l'on. Concetto Marchesi, infatti, l'iniziativa dei privati doveva essere considerata semplicemente come un permesso statale e la medesima doveva essere sottoposta a rigidi controlli pubblici sui titoli di studio riconosciuti : ENRICO MINNEI, *Scuola pubblica e scuola privata. Gli oneri per lo Stato*, Parte prima, cit., 13. Il che significava, con ogni evidenza, escludere che si potesse prevedere addirittura la facoltà dello Stato di disporli. In I Sottocommissione, dunque, non venne affatto esclusa (essendo stata diffusamente discussa) l'ipotesi del finanziamento statale, sebbene, come si è avuto modo di documentare, con diverse graduazioni. Dall'assemblea plenaria, invece, emerse un orientamento politicamente più rigoroso e deciso ove riaffiorarono le divaricazioni ideologiche dei diversi partiti in campo, anche tenuto conto degli interessi dei quali essi erano portatori.

[102] MARCO BENVENUTI, *L'istruzione come diritto sociale*, cit., 149.

la lettera sembra esprimere»[103], celando cioè l'autentica *intentio ordinans* (che in realtà intendeva proibire il finanziamento statale) e lasciando al solo senso letterale l'arduo compito di tenere fede a quella *intentio*.

6. *Nota conclusiva*

In conclusione, si può affermare che l'enunciato del «senza oneri per lo Stato», considerata la sua formulazione (ritenuta) ambigua e vaga[104], viene «condizionat[a] da[gli] sviluppi legislativi e giurisprudenziali», anche in conseguenza dei cambiamenti sociali ed economici che si succedono nel tempo, potendosi ispirare, nel passato come oggi, «a concezioni politiche diverse»[105], cioè, in definitiva, alle mutevoli maggioranze parlamentari. Essa sarebbe, dunque, ambigua in ragione della sua indeterminazione semantica, non sembrando del tutto chiaro il significato della disposizione costituzionale in parola e, allo stesso tempo, vaga nel senso della sua indeterminatezza casistica essendo davvero problematico ricondurre il divieto costituzionale di erogazione di benefici economici in favore delle scuole paritarie alle singole fattispecie previste dalla formula astratta contemplata dalla norma[106].

Il medesimo ragionamento potrebbe valere anche nei confronti di coloro che ritengono la disposizione in questione chiara, precisa e inequivocabile, dato che il testo *in ogni caso* non può esprimere una verità assoluta e la sua interpretazione non può considerarsi come valevole per sempre. La vaghezza della disposizione, allora, riguarderebbe le lacune dinamiche del testo normativo dato che quest'ultimo è "costretto" a misurarsi continuamente con la realtà sociale in divenire; ed è probabilmente questa "lacuna" a "far soffrire" maggiormente il *testo* perché a questo si chiede probabilmente troppo, cioè di esorbitare dalle sue stesse pretese[107].

Una volta privato l'impianto costituzionale originario delle sue radici[108]

---

[103] Enrico Minnei, *Scuola pubblica e scuola privata. Gli oneri per lo Stato*, Parte prima, cit., 20.

[104] Sulla "vaghezza" del testo giuridico, Luigi Lombardi Vallauri, *Norme vaghe e teoria generale del diritto*, in *Ars Interpretandi*, 2009, 155 ss.

[105] Gustavo Zagrebelsky, *Introduzione*, in Carlo Arturo Jemolo, *Che cos'è la Costituzione*, Donzelli Editore, Roma, 1996, 20.

[106] Riccardo Guastini, *Enunciati interpretativi*, in *Ars Interpretandi*, 1997, 5.

[107] Luigi Lombardi Vallauri, *Norme vaghe e teoria generale del diritto*, cit., 159. Sulla sovrainterpretazione della Costituzione, v. Riccardo Guastini, *Revisione costituzionale: problemi di forma e di sostanza,* in *Ragion pratica*, 1994, 245-255.

[108] Enrico Minnei, *Scuola pubblica e scuola privata. Gli oneri per lo Stato*, Parte seconda, cit., 567.

(omettendo cioè di tenere nella debita considerazione le intenzioni del Costituente), le basi fondative/originarie del «senza oneri per lo Stato» sembra abbiano perso la loro "forza" a causa di un sempre più accentuato "sostegno" della tesi più favorevole al diritto alla libertà di scelta[109] (la cui limitazione rischierebbe di violare la libertà religiosa[110]) e all'autonomia scolastica[111] (che si ritiene abbia preparato il terreno per la sostanziale "assimilazione" della scuola paritaria a quella pubblica[112] e comunque per superare la centralità statale nel campo dell'istruzione[113]) all'interno di un

---

[109] Francesca Angelini, *La famiglia e l'istruzione*, in Francesca Angelini, Marco Benvenuti (a cura di), *La dimensione costituzionale dell'istruzione*, cit., 72.

[110] Enrico Minnei, *Scuola pubblica e scuola privata. Gli oneri per lo Stato*, Parte prima, cit., 67.

[111] D.P.R. n. 275 del 1999, *Regolamento recante norme in materia di autonomia delle istituzioni scolastiche ai sensi dell'art. 21, della legge 15 marzo 1997, n. 59*. Sull'autonomia scolastica, v., tra gli altri, Nicola Daniele, *Il regolamento sull'autonomia scolastica*, in *Riv. Giur. Scuola*, 2000, 551 ss.; Ornella Spataro, *L'autonomia scolastica nel quadro delle riforme amministrative*, in *Nuove autonomie*, 2000, 645 ss.; Bruno Rossi, *L'autonomia delle scuole. Lineamenti normativi*, in *Studi in onore di Umberto Pototschnig*, Vol. II, Giuffré, Milano, 2002, 1231; Carlo Marzuoli, *L'istituto scolastico autonomo*, in Id. (a cura di), *Istruzione e servizio pubblico*, cit., 89 ss.; Remo Morzenti Pellegrini, *La costituzionalizzazione dell'autonomia scolastica nel nuovo sistema nazionale di istruzione: una svolta decisiva?*, in *Riv. Giur. Scuola*, 2006, 683 ss.

[112] Giovanni Cimbalo, *La legislazione regionale tra "differenziazione dell'offerta formativa" e parità scolastica*, in Id., *Le Regioni alla ricerca di una identità inesistente*, Giappichelli, Torino, 2003, 36.

[113] Annamaria Poggi, *Istruzione, formazione professionale e Titolo V: alla ricerca di un (indispensabile) equilibrio tra cittadinanza sociale, decentramento regionale e autonomia funzionale delle istituzioni scolastiche*, in *Le Regioni*, 2002, 809; Andrea Morrone, *Appunti sulle "norme generali" (dopo il progetto di "riforma della riforma")*, in *Ist. Federalismo*, 2003, 145 ss.; Piero Milazzo, *Il complesso riparto delle competenze legislative in materia di istruzione dopo la riforma del Titolo V*, in Paolo Caretti (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2002*, Giappichelli, Torino, 2003, 331 ss.; Luca Castelli, *Istruzione e Regioni: la legislazione regionale dopo il Titolo V*, in *Giorn. Dir. Amm*., 2004, 839 ss.; Monica Cocconi, *La potestà legislativa concorrente delle Regioni in materia di istruzione fra nuovo Titolo V ed esigenza di continuità di un servizio pubblico essenziale. Osservazioni a margine di Corte cost. 13/04*, in *Foro It*., I, 2004, 2668 ss.; Annamaria Poggi, *La legislazione regionale sull'istruzione dopo la revisione del Titolo V*, in *Le Regioni*, 2005, 927 ss.; Remo Morzenti Pellegrini, *Alla ricerca di un difficile equilibrio tra norme generali, livelli essenziali uniformi e sussidiarietà in materia di istruzione e diritto alo studio*, in *Riv. Giur. Scuola*, 2005, 89 ss.; Monica Cocconi, *La Corte costituzionale individua un criterio sostanziale di distinzione fra "norme generali" e "principi fondamentali" in materia di istruzione*, in *Foro It*., 2009, 12, 3288 ss.; Piero Milazzo, *Una «certa idea» della potestà legislativa regionale: il caso dell'istruzione scolastica*, in Paolo Caretti, Maria Cristina Grisolia (a cura di), *Lo Stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale. Scritti in onore di Enzo Cheli*, Il Mulino, Bologna 2010, 349 ss.; Michele Troisi, *Stato e scuola. Ovvero dell'incapacità di dirsi addio*, in *Studi in onore di Aldo Loiodice*, II, Cacucci, Bari, 2012, 1159 ss.; Valeria De Santis, *L'istruzione tra Stato e Regioni*, in Francesca Angelini, Marco Benvenuti (a cura di), *La dimensione costituzionale dell'istruzione*, cit., 225 ss.; Annamaria Poggi, *I diritti delle persone. Lo Stato sociale come Repubblica dei diritti e dei doveri*, cit., 75 ss.; Carlo F. Ferrajoli, *L'organizzazione scolastica ancora al centro del contenzioso costituzionale tra Stato e Regioni*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it,* Rivista n. 4/2011; Luigi Franco, *L'«equivoca dizione» dell'art. 33, c. 2, Cost. tra «norme generali», principi fondamentali e legislazione regionale alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it,* Rivista n. 2/2013.

sistema integrato o, se si vuole, misto[114], nel quale i due "universi" – quello pubblico e quello privato – non vivono più separati l'uno dall'altro e l'uno contro l'altro, ma convivono in quadro di riferimento che "abilita" la scuola paritaria a concorrere alla formazione del sistema nazionale d'istruzione.

In sostanza, il testo costituzionale, certamente emancipato dalle possibili cristallizzazioni del tempo ed arricchito di significati nuovi emergenti da un contesto mutato, non sgombra però il campo dalle divergenze concettuali che fluiscono dalla "lettura" e dalla "comprensione" di un testo "poroso" come l'art. 33, c. 3, Cost.[115], considerando la (ancora) persuasiva forza attrattiva del testo – dal quale si ritiene, in qualche misura, di non poter prescindere[116], anche se prevale in dottrina l'orientamento che considera l'interpretazione letterale usurata[117] e svalutata[118] – che consente di dare spazio a quanti ritengono che un determinato testo non possa dire ciò che non dice, che cioè non possa esprimere un senso diverso da quello del suo significante. L'art. 33, c. 3, Cost. rivela più o meno direttamente la sua funzione prescrittiva (qualificata dalla preposizione «senza») e delimita l'agire statale nei confronti dei privati, vietando, per l'appunto, che siano erogati in loro favore finanziamenti pubblici, cioè dello Stato unitariamente inteso.

Bisogna aggiungere che già l'art. 138, c. 1, lett. *e*), del D. lgs. 31 marzo 1998, n. 112 ("*Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle Regioni e agli enti locali, in attuazione del Capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59*") ha *delegato* alle Regioni la funzione concernente l'assegnazione dei «contributi alle scuole non statali», confermandosi una linea di tendenza volta a consentire alle Regioni più ampi margini di manovra dal punto di vista delle politiche dell'istruzione (Corte cost. 22 giugno 2004, n. 177).

114 Aldo Sandulli, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit., 19.

115 …nel senso che si tratta di «un testo che può essere disatteso ed è sempre lì a vedere se viene o no disatteso, se viene o no applicato». Luigi Lombardi Vallauri, *Norme vaghe e teoria generale del diritto*, cit., 156.

116 Franco Modugno, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in Id., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, 35-36.

117 Enrico Paresce, voce *Interpretazione (Filosofia del diritto e teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, 1972, 223.

118 Marco Ruotolo, *L'incidenza della Costituzione repubblicana sulla lettura dell'art. 12 delle preleggi*, in Id., *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 22.

Le vaccinazioni nell'Unione Europea tra la tutela del diritto alla salute e libertà di coscienza

Sara Scala

1. *Introduzione*

L'elevata incidenza su una pluralità di beni giuridici, quali il diritto alla salute individuale e collettiva e la libertà di coscienza ha determinato negli ordinamenti giuridici europei lo sviluppo di due politiche vaccinali differenti: la vaccinazione obbligatoria e quella raccomandata o volontaria.

La presente indagine si propone di analizzare nella prima parte il ruolo dell'Unione Europea nel campo delle vaccinazioni e le differenti politiche vaccinali adottate dagli Stati facenti parte dell'UE e, nella seconda parte, il livello di tutela giuridica del diritto alla salute e della libertà di coscienza rispetto ai due differenti programmi vaccinali sia con riferimento all'ordinamento europeo sia all'orientamento giurisprudenziale.

2. *Le vaccinazioni nell'Unione Europea*

Le vaccinazioni sono uno strumento fondamentale di prevenzione sanitaria e in generale di tutela della salute individuale e collettiva.

Com'è noto, il controllo di numerose malattie infettive ha determinato importanti vantaggi in termini di riduzione della mortalità e di crescita della popolazione mondiale.

Dati scientifici dimostrano che un simile risultato si avvicina a quello raggiunto con la fornitura dell'acqua potabile, superando pure quello relativo agli antibiotici[1].

---

[1] Cfr. Walter Ricciardi, *I vaccini servono? Senza dubbio*, in *Vita e Pensiero*, n. 5, 2014; cfr. Paola Bonanni - Angela Bechini - Giovanna Pesavento, *Le vaccinazioni: successi, problemi aperti, prospettive future*, in *Salute e Territorio*, n.133, 2002, pp. 224-227.

In particolare, la consapevolezza dell'importanza dei vaccini deriva dal fatto che l'immunizzazione generale ha condotto storicamente all'eliminazione di due terribili piaghe infettive: il vaiolo[2] e la poliomielite.

Attualmente, il piano d'azione europeo fissato dall'OMS mira oltre al mantenimento dei risultati positivi raggiunti all'eliminazione di altre malattie infettive, quali la rosolia e il morbillo, che sono ancora presenti in varie zone dell'Europa e a livello mondiale[3].

Il processo d'immunizzazione generale sta soffrendo ora di alcuni rallentamenti, a causa di strategie vaccinali differenti e di una minore percezione del rischio.

Molti ritengono che i vaccini siano vittime del loro stesso successo[4] nel senso che mentre in passato la paura e il naturale istinto protettivo spingeva i genitori a vaccinare i figli e ad evitare che contraessero la poliomielite, difterite o tetano frequenti nella popolazione, la diminuzione del rischio di contagio ha spostato l'attenzione più sugli effetti collaterali dei vaccini che sulle malattie in se stesse.

Nonostante questa evoluzione non positiva di una parte dell'opinione pubblica (c.d. movimento di anti-vaccinazione[5]), è presente una posizione forte e stabile dell' Organizzazione Mondiale della Sanità e dei governi nazionali che manifesta e promuove l'utilità e l'efficacia dei programmi di immunizzazione per la tutela della salute pubblica e individuale.

Fermo restando l'obiettivo comune d'immunizzazione generale della popolazione, i dubbi e le perplessità connessi ai rischi di effetti negativi sulla salute del vaccinato hanno inevitabilmente influenzato le politiche vaccinali

---

[2] Cfr. Michele Pontecorvo, *Storia delle vaccinazioni: dalle origini ai giorni nostri*, Ciba-Geigy edizioni, 1991; cfr. Baroukh M. Assael, *Il favoloso innesto: storia sociale della vaccinazione*, Laterza, Roma, 1995.

[3] Cfr. OMS, Risoluzione - *Renewed commitment to elimination of measles and rubella and prevention of congenital rubella syndrome by 2015 and Sustained support for polio-free status in the WHO European Region,* 16 settembre 2010, EUR/RC60/R12; cfr. OMS, Risoluzione - Global Vaccine Action Plan 2011–2020, 26 maggio 2012, WHA65.17; cfr. OMS, Risoluzione - *European Vaccine Action Plan 2015–2020,* 17 settembre 2014, EUR/RC64/R5.

[4] Cfr. Marc Sprenger, *EPSCO speech – Health Council*, 6 giugno 2011, Luxembourg, cit., p. 2, *"So vaccinations are now the victims of their own success. Today many people are more worried about assumed adverse side effects than the disease itself. Unaware of the risks related to the disease, many parents decide not to vaccinate their children against diseases like measles and rubella",* disponibile in http://ecdc.europa.eu.

[5] Cfr. Stuart Blume, *Une inconnue majeure dans l'équation de crise: le public - Quand la population ne suit pas le plan de crise: le cas de la vaccination - L'anti-vaccination: un mouvement bicentenaire toujours vivace*, in *Problemes politiques et sociaux,* fasc. 971, 2010, p. 85; cfr. Robert M. Wolfe - Lisa K. Sharp, *Anti-vaccinationists past and present*, in *British Medical Journal*, vol. 325, 2002, pp. 430-432; Brian Martin, *On the suppresion of vaccination dissent*, in *Science and Engineering Ethics,* Vol. 21, n. 1, 2015, pp. 143-157.

che si sono cristallizzate essenzialmente in due tipi: le vaccinazioni obbligatorie (c.d. *mandatory vaccinations*) che sono disposte con provvedimenti legislativi e prevedono delle sanzioni nei confronti dei soggetti che si rifiutano di vaccinarsi o che impediscono la vaccinazione dei loro figli; e le vaccinazioni raccomandate (c.d. *recommended vaccinations*) che non prevedendo alcun obbligo di vaccinazione ed essendo fortemente consigliate per i loro effetti positivi di immunizzazione, si basano sul principio di autodeterminazione, ossia su una scelta volontaria della persona.

D'altronde, risulta che nei Paesi che hanno adottato un sistema misto d'immunizzazione con vaccinazioni sia obbligatorie che raccomandate (es: Francia, Grecia, Italia e Malta), i vaccini contro pertosse, morbillo, l'*Haemophilus influenzae* di tipo B (Hib) pur non essendo obbligatori, hanno mantenuto livelli di copertura elevati.

A livello europeo non esiste una strategia comune d'immunizzazione: i vaccini somministrati ai minori nei 29 paesi europei (27 dell'Unione Europea, più Islanda e Norgevia) sono in totale 15, dei quali alcuni sono obbligatori per tutti, o solamente per i soggetti a rischio o per fasce d'età, altri invece sono raccomandati o consigliati.

Nel complesso si registra la vaccinazione volontaria in 15 paesi, ed almeno una obbligatoria negli altri 14[6].

Un'ulteriore differenza si riscontra nella disciplina normativa di obbligatorietà del vaccino che tendenzialmente varia in relazione al paese in questione: alcuni prevedono sanzioni più incisive, di carattere penale per i genitori, con sanzioni pecuniarie, o limitazioni di accesso ai minori nelle scuole pubbliche mentre altri prevedono sanzioni più miti, solo teoriche, permettendo in pratica l'obiezione e l'adozione di calendari vaccinali alternativi.

A ciò si aggiunge che i programmi d'immunizzazione variano considerevolmente tra i paesi dell'UE: sono diversi i vaccini, il tipo utilizzato, il numero totale di dosi, e la tempistica delle somministrazioni.

Tale disomogeneità deriva dal fatto che l'Unione Europea non ha alcuna competenza diretta nel definire i programmi vaccinali dei singoli Stati, essendo una competenza rimessa a ciascun paese europeo.

In altri termini, l'assenza di una competenza diretta non comporta un'e-

---

[6] Cfr. Manon Haverkate, Fortunato D'ancona, Cristina Giambi, Kari Johansen, Pier Luigi Lopalco, Vittoria Cozza e Eva Appelgren, *Mandatory and recommended vaccination in the EU, Iceland and Norway: results of the Venice 2010 survey on the ways of implementing national vaccination programmes*, cit., p. 5, *"The issue of mandatory versus recommended vaccinations has been widely discussed in Europe. The situation might change over the coming years following the example of countries where high coverage is achieved, taking advantage of communication strategies and the awareness of the citizen for public health problems and relative solutions"*.

sclusione totale dell'Unione Europea che sul tema in oggetto ha la possibilità di sviluppare un'attività di cooperazione e di promozione e, dunque, di completamento delle politiche nazionali.

L'art. 168 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea stabilisce che gli Stati membri hanno una responsabilità nel definire la loro politica sanitaria, nonché l'organizzazione e la fornitura dei servizi sanitari e di assistenza medica e, inoltre, sono tenuti in collegamento con la Commissione, a coordinare tra loro le rispettive politiche e i rispettivi programmi nel settore della sanità pubblica[7].

Pertanto, la competenza in materia di politiche e programmi di vaccinazione spetta agli Stati membri, mentre alla Commissione spetta il compito di contribuire al coordinamento e alla promozione dei programmi vaccinali, nonché di operare di conserva con il Centro europeo per la prevenzione e per il controllo delle malattie per le questioni relative alle vaccinazioni[8].

Un esempio di attività di promozione e di completamento delle politiche nazionali di vaccinazione risulta dalle conclusioni del 2011 del Consiglio dell'UE sulle vaccinazioni infantili.

Il documento fornisce importanti spunti di riflessione in quanto evidenzia il successo dei programmi vaccinali infantili e, ribadendo l'azione dell'UE ai sensi dell'art. 168 TFUE, invita i singoli Stati a favorire l'accesso ai servizi

---

[7] L'articolo 168 TFUE dispone al primo comma che nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana. L'azione dell'Unione, che completa le politiche nazionali, s'indirizza al miglioramento della sanità pubblica, alla prevenzione delle malattie e affezioni e all'eliminazione delle fonti di pericolo per la salute fisica e mentale. Tale azione comprende la lotta contro i grandi flagelli, favorendo la ricerca sulle loro cause, la loro propagazione e la loro prevenzione, nonché l'informazione e l'educazione in materia sanitaria, nonché la sorveglianza, l'allarme e la lotta contro gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero. L'Unione completa l'azione degli Stati membri volta a ridurre gli effetti nocivi per la salute umana derivanti dall'uso di stupefacenti, comprese l'informazione e la prevenzione. Al secondo comma si precisa che l'Unione incoraggia la cooperazione tra gli Stati membri nei settori di cui al presente articolo e, ove necessario, appoggia la loro azione. In particolare incoraggia la cooperazione tra gli Stati membri per migliorare la complementarietà dei loro servizi sanitari nelle regioni di frontiera. Gli Stati membri coordinano tra loro, in collegamento con la Commissione, le rispettive politiche ed i rispettivi programmi nei settori di cui al paragrafo.
Infine, si evidenzia che l'azione dell'Unione rispetta le responsabilità degli Stati membri per la definizione della loro politica sanitaria e per l'organizzazione e la fornitura di servizi sanitari e di assistenza medica. Le responsabilità degli Stati membri includono la gestione dei servizi sanitari e dell'assistenza medica e l'assegnazione delle risorse loro destinate.

[8] Cfr. Interrogazione con richiesta di risposta scritta E-006580/11 alla Commissione; Interrogazione con richiesta di risposta scritta E-008632/12 alla Commissione; Interrogazione con richiesta di risposta scritta E-009544/12 alla Commissione; Interrogazione con richiesta di risposta scritta E-010752/13 alla Commissione; Interrogazione con richiesta di risposta scritta E-012842/13 alla Commissione; Interrogazione con richiesta di risposta scritta E-003742/14 alla Commissione; Interrogazione con richiesta di risposta scritta E-009255/14 alla Commissione.

di vaccinazione, a rafforzare l'istruzione e la formazione degli operatori sanitari, a impegnarsi nell'eliminazione del morbillo e della rosolia e in generale a scambiarsi informazioni e a cooperare per rafforzare il controllo della copertura vaccinale e la sorveglianza delle malattie a prevenzione vaccinale[9].

Sulla stessa linea sono le recenti "Conclusioni del Consiglio sulle vaccinazioni quale strumento efficace per la sanità pubblica"[10] che, basandosi su quanto affermato nei precedenti documenti, configurano vari obiettivi tra cui la necessità di svolgere politiche di promozione della ricerca in materia di vaccinazione, di sviluppare campagne d'informazione del grande pubblico sui benefici delle vaccinazioni e sui rischi legati alle malattie infettive, e di migliorare la sorveglianza epidemiologica e i programmi di vaccinazione nazionali.

In definitiva, appare evidente che non è possibile per l'Unione Europea intraprendere un'attività regolatrice per stabilire a livello comunitario degli standard minimi di vaccinazione da rispettare su tutto il territorio.

Al riguardo, giova precisare che questa limitazione dell'UE se da un lato garantisce gli spazi di autonomia dei singoli Stati membri, dall'altro lascia aperte e immutate le problematiche concernenti le differenti politiche vaccinali e la gestione del movimento anti – vaccinazione.

In altri termini, l'ostacolo principale a una politica comune e uniforme in tutta l'UE si riscontra nella spinosa diatriba tra i sostenitori delle vaccinazioni obbligatorie e quelli delle vaccinazioni raccomandate, un dibattito che è fortemente intriso di questioni etiche e non solo pratiche.

In tale contesto si inserisce anche il tema del movimento anti-vaccinazione e in particolare degli obiettori di coscienza che rivendicano scelte di natura etica, alimentare, religiosa o filosofica contro l'imposizione di un *schedule of vaccination*.

Per comprendere l'origine delle differenti politiche vaccinali e il tema dell'obiezione di coscienza alle vaccinazioni obbligatorie ed eventualmente trovare una risoluzione è necessario spostare l'attenzione sul bene giuridico protetto: nel primo caso il diritto alla salute e nel secondo la libertà di coscienza.

---

[9] Cfr. UE (2011), *Conclusioni del Consiglio sulla vaccinazione infantile: successi, sfide e prospettive della vaccinazione infantile in Europa* (2011/C 202/02), Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, C 202, Bruxelles; cfr. Comunicato stampa del Consiglio (PRES/11/159) del 6 giugno 2011, 3095ª sessione del Consiglio: *Occupazione, politica sociale, salute e consumatori*, *Problemi sanitari*, p. 9, in http://europa.eu/; cfr. European Commission, *Report on the Conference on childhood immunisation: progress, challenges and priorities for further action,* Lussemburgo, 2013, in http://ec.europa.eu/.

[10] Cfr. UE (2014), *Conclusioni del Consiglio sulle vaccinazioni quale strumento efficace per la sanità pubblica* (2014/C 438/04), Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, C 438, Bruxelles.

3. *Il diritto alla salute e il principio di autodeterminazione*

La salute[11] e il diritto alla salute sono concetti legati fortemente alla concezione di tutela e rispetto della dignità della persona umana.

Tralasciando gli aspetti storici[12] che meriterebbero un discorso più ampio, si pone l'attenzione sui numerosi documenti internazionali e sovranazionali che si sono succeduti nel tempo e che hanno permesso di acquisire una completa visione del concetto di diritto alla salute come aspetto fondamentale della vita umana.

In particolare, è opportuno ricordare i seguenti documenti:

a) La Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità nel Preambolo sancisce alcuni principi fondamentali sul concetto di salute e di tutela della sanità, affermando che il possesso del migliore stato di sanità possibile costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano, senza distinzioni di razza, di religione, d'opinioni politiche, di condizione economica e sociale, e che i governi sono responsabili della sanità dei loro popoli, delle loro relazioni armoniose e della loro sicurezza. L'art. 1, inoltre, chiarisce espressamente il fine dell'OMS: "l'obiettivo dell'OMS è quello di portare tutti i popoli al più alto grado possibile di sanità";
b) La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, all'art. 25, prevede che: "Ogni individuo ha diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia, con particolare riguardo all'alimentazione, al vestiario, all'abitazione, alle cure mediche e ai servizi necessari, e ha diritto alla sicurezza in caso di disoccupazione, malattia, invalidità, vedovanza, vecchiaia o in ogni altro caso di perdita di mezzi di sussistenza per circostanze indipendenti dalla sua volontà.
   La maternità e l'infanzia hanno diritto a speciali cure ed assistenza. Tutti i bambini, nati nel matrimonio o fuori di esso, devono godere della stessa protezione sociale";
c) La Convezione sui Diritti del Fanciullo prima di indicare i vari diritti

---

[11] Il moderno concetto di salute si è sviluppato a partire dalla definizione elaborata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) all'atto della sua costituzione. Nel preambolo della Costituzione dell'OMS, firmata il 22 luglio 1946 a New York ed entrata in vigore il 7 aprile 1948, si precisa che "La salute è uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, e non consiste solo in un'assenza di malattia o d'infermità".

[12] Cfr. Gavino Maciocco, *Evoluzione storica del diritto alla salute,* in *Cento anni di professione al servizio del paese* pp. 36-63; Id. *Del diritto alla salute: dall'ottocento al duemila nella prospettiva politica,* in *Ragiusan,* n. 237/238, 2004.

dei minori, evidenzia che i bambini sono soggetti di diritto, e non sono solo oggetto di preoccupazione o beneficiari di servizi.
Sulla base di tale premessa, è opportuno ricordare che all'art. 24 si fa riferimento al diritto del minore al godimento dei più alti livelli raggiungibili di salute fisica e mentale;

Com'è noto, i principi enucleati in questi documenti hanno influenzato e in alcuni casi vincolato gli ordinamenti statali, ponendosi come punto di riferimento per le successive discipline giuridiche in materia.

Un esempio si rinviene nel quadro europeo con l'elaborazione della Carta di Nizza[13] che all'art. 35, rubricato "Protezione della salute", stabilisce che "ogni individuo ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana".

Similmente, la Convenzione sui diritti umani e la biomedicina sottolinea da un lato che la responsabilità degli Stati nell'adottare misure appropriate a garantire un accesso equo alle cure sanitarie e, dall'altro, evidenzia la necessità che ogni intervento nel campo della salute avvenga sulla base di una scelta libera ed informata del paziente.

In altri termini, il diritto alla salute assume una doppia valenza semantica in senso pretensivo come legittima pretesa nei confronti dello Stato ad ottenere prestazioni sanitarie idonee a garantire la salute individuale e, altresì, in senso positivo come diritto a scegliere liberamente le cure mediche da attuare, senza alcuna limitazione o imposizione da parte del soggetto tenuto ad erogare la prestazione sanitaria.

Occorre rilevare che quest'ultima eccezione segna uno spartiacque tra il rapporto medico-paziente basato sul principio paternalistico e l'attuale rapporto fondato sul principio di autodeterminazione.

Tradizionalmente, il medico configurava il *dominus* della strategia terapeutica, il solo che per le sue conoscenze professionali potesse decidere le cure più idonee da adottare nei confronti del paziente.

Si trattava di un rapporto in cui il paziente si sottometteva alla decisione autoritativa del medico, e il venir meno della sua libertà di scelta trovava

---

[13] L'inserimento della Carta di Nizza nel Trattato UE a seguito del Trattato di Lisbona del 2007, sancisce che i diritti garantiti all'interno del documento saranno giuridicamente vincolanti per le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione. Infatti, in base all'art. 6 del Trattato sull'Unione europea dopo Lisbona, «l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati».

giustificazione nel preminente interesse a tutelare la salute fisica e psichica o il suo recupero.

Paradossalmente, si verificava che il titolare del bene – salute non poteva prendere alcuna decisione, invece, un soggetto esterno al rapporto tra il titolare del bene e il bene stesso deteneva un'incontestabile potere di decisioni nelle scelte terapeutiche.

L'affermarsi nel secondo dopoguerra della dignità, dell'autonomia, e della libertà dell'essere umano ha determinato il successo del principio di autodeterminazione[14] e, conseguentemente ha modificato il rapporto medico – paziente: lo squilibrio tra le parti si è tramutato in equilibrio basato sul reciproco rispetto, e la volontà del paziente ha rappresentato rispetto al passato l'ago della bilancia in ogni scelta terapeutica (c.d. alleanza terapeutica tra medico e paziente).

Dal punto di vista storico, questo cambiamento si è sviluppato con l'emanazione del Codice di Norimberga[15], nel quale per la prima volta è comparso un riferimento esplicito al consenso informato.

In ambito giurisprudenziale, si fa convenzionalmente risalire la dottrina del consenso informato alla sentenza della Corte Suprema della California sul caso Salgo v. Leland Stanford Jr., University, Board of Trustees, del 1957.

Ne deriva che il passaggio dal paternalismo (*beneficenze*) all'autodeter-

---

[14] Cfr. Gilda Ferrando, *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto europeo e costituzione*, in *Politica del diritto*, n. 1, 2012, p. 2 ss.

[15] Il Codice di Norimberga ha origine nel 1947 con la sentenza penale pronunciata nel contesto del processo "*United States v. Karl Brandt and others*" contro i medici nazisti che avevano perpetrato torture e sperimentazioni sui prigionieri dei campi di concentramento. Il Codice che si compone di 10 punti viene indicato come il documento base all'origine del principio del consenso informato nel settore della ricerca. Difatti, nel primo punto si legge chiaramente che "Il consenso volontario del soggetto umano è assolutamente essenziale. Ciò significa che la persona in questione deve avere capacità legale di dare consenso, deve essere in grado di esercitare il libero arbitrio senza l'intervento di alcun elemento coercitivo, inganno, costrizione, falsità o altre forme di imposizione o violenza; deve avere sufficiente conoscenza e comprensione degli elementi della situazione in cui è coinvolto, tali da metterlo in posizione di prendere una decisione cosciente e illuminata. Quest'ultima condizione richiede che prima di accettare una decisione affermativa da parte del soggetto dell'esperimento lo si debba portare a conoscenza della natura, della durata e dello scopo dell'esperimento stesso; del metodo e dei mezzi con i quali sarà condotto; di tutte le complicazioni e rischi che si possono aspettare e degli effetti sulla salute o la persona che gli possono derivare dal sottoporsi dell'esperimento. Il dovere e la responsabilità di constatare la validità del consenso pesano su chiunque inizia, dirige o è implicato nell'esperimento. È un dovere e una responsabilità che possono essere impunemente delegati ad altri"; cfr. Roberto Andorno, *La tutela della dignità umana: fondamento e scopo della Convenzione di Oviedo,* in *Bioetica e dignità umana. Interpretazioni a confronto a partire dalla Convenzione di Oviedo,* a cura di Enrico Furlan, FrancoAngeli, Milano, 2009, cit., p. 84, "il requisito del consenso informato è chiaramente fondato sulla nozione di dignità umana: l'autonomia dei pazienti e delle persone che si prestano ad una ricerca dovrebbe essere rispettata perché essi sono *soggetti*, e non semplicemente *oggetti*, perché sono *fini in se stessi*, e non puri *mezzi* in vista del benessere degli altri; in altre parole perché possiedono una dignità intrinseca."

minazione (*autonomy*) si è concretizzato con l'avvento del consenso informato prima nel settore della ricerca e poi in quello terapeutico[16].

In dottrina si sostiene che il consenso informato non si risolve in un mero atto istantaneo, quanto in una procedura, nell'ambito della quale i pazienti ricevono informazioni sul trattamento o sulla sperimentazione, con riguardo specifico a finalità, rischi, benefici e possibili alternative; hanno la possibilità di porre domande e ricevere risposte; hanno tempo per discutere la proposta con familiari, medici, persone di fiducia; utilizzano le informazioni per maturare una decisione; comunicano infine la propria decisione al medico[17].

La legittimità dell'atto medico, dunque, scaturisce da una scelta consapevole del paziente, il quale deve essere preceduta da un'adeguata informazione riguardo alle caratteristiche, ai rischi e alle finalità del trattamento sanitario.

Infine, anche qualora il consenso sia stato concesso, il paziente non è vincolato ad esso ma può sempre ritirarlo in qualsiasi momento.

È evidente che l'applicazione del consenso informato nel campo medico permette di garantire una serie di diritti fondamentali dell'uomo, quali il diritto alla vita e alla salute, il diritto all'integrità fisica e alla libertà personale, la libertà religiosa e di pensiero, che diversamente sarebbero lesi da atti che vanno ad incidere pesantemente nella sfera più privata del soggetto.

Questa funzione di garanzia configura l'elemento più rilevante sia del principio di autodeterminazione che del consenso informato in quanto si pone l'attenzione sulla dignità, sulla libertà e sull'autonomia della persona.

Indicativo è al riguardo la posizione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che, pur in mancanza di una espressa previsione nella CEDU, ha ritenuto il principio di autodeterminazione un aspetto strettamente connesso al rispetto della vita privata, della dignità e della libertà individuale tutelato dall'art. 8 CEDU[18], la cui limitazione è concessa agli Stati entro dei confini ben precisi, indicati nel secondo comma del medesimo articolo[19].

---

[16] Cfr. Emanuele Calò, *Il consenso informato: dal paternalismo all'autodeterminazione*, in Notariato, n. 2, 2000, pp.183-185; cfr. Carlo Casonato, *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, in Diritto pubblico comparato ed europeo, n. 3, 2009, pp. 1052-1053;

[17] Cfr. Stefania Stefanelli, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, in *Monografie di diritto e processo*, a cura di Antonio Palazzo, Iseg Gioacchino Scaduto, Perugia, 2011, cit., p. 81.

[18] "Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. Non può esservi ingerenza di un' autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui".

[19] Cfr. Corte EDU, 29 aprile 2002, *Pretty* c. UK; Id., 10 giugno 2010, *Jeovah' Witnesses of Moscow* c. Russia; Id., 1 aprile 2010, S.H. e altri c. Austria.

Nel caso Solomakhin c. Ucraina[20], la Corte di Strasburgo ha sottolineato che "l'integrità fisica di una persona rientra nel concetto di *vita privata* tutelato dall'art. 8 della Convenzione e che un intervento medico obbligatorio, anche se di minore importanza, costituisce un *interference with this right*. La vaccinazione obbligatoria, alla stregua di un trattamento sanitario obbligatorio, determina un'ingerenza nel diritto al rispetto della propria vita privata garantito dall'art. 8 CEDU, che comprende l'integrità fisica e psicologica di una persona." (par. 33)[21]

La Corte ha aggiunto che nel caso in esame sussisteva un'interferenza con il diritto al rispetto della vita privata causato dalla vaccinazione obbligatoria, e che tuttavia non si individuava una violazione dell'art. 8 CEDU per la sussistenza dei requisiti di limitazione previsti dal secondo comma dello stesso articolo.

Precisamente, l'interferenza nella sfera più intima del ricorrente secondo la Corte risultava giustificata da una previsione legislativa dell'Ucraina, dal perseguimento di un legittimo scopo di protezione della salute, ed era necessaria in una società democratica.

Quando si tratta di effettuare un bilanciamento tra interessi contrapposti (nel caso in esame della salute individuale e della salute pubblica) la discrezionalità degli Stati non è illimitata, e la funzione della Corte di Strasburgo risiede proprio nella garanzia di ciascun diritto e dei limiti alla discrezionalità statale stabiliti dalla CEDU.

Di conseguenza, il sistema di vaccinazione obbligatoria pur determinando una limitazione del principio di autodeterminazione si configura come una limitazione legittima[22] nel momento in cui rispetta i requisiti stabiliti dal secondo comma dell'art. 8 CEDU.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, si può assumere che le vac-

---

[20] Cfr. Corte EDU, 24 settembre 2012, *Solomakhin* c. Ucraina, par. 33, 34, 35, 36, 39.

21 Cfr. Corte EDU, 24 settembre 2012, *Solomakhin* c. Ucraina, cit., par. 33, "*a person's bodily integrity concerns the most intimate aspects of one's private life, and that compulsory medical intervention, even if it is of a minor importance, constitutes an interference with this right. Compulsory vaccination – as an involuntary medical treatment – amounts to an interference with the right to respect for one's private life, which includes a person's physical and psychological integrity, as guaranteed by Article 8 § 1*"; Id., 9 luglio 2002, Salvetti c. Italia; Id., 5 luglio 1999, *Matter* c. Slovacchia.

[22] Cfr. Christiana M. Mauro, *Mandated Preventive Health: Would Hungary's Vaccination Laws Survive Strasbourg Scrutiny?*, Tesi di dottorato, Central European University, 2009, cit., p. 23, *"In instances of an alleged violation of art. 8 involving a conflict considered ethically sensitive, the state will usually be granted a wider margin of appreciation. Here, the Hungarian government might argue that privacy and bodily integrity are rights subject to limitations which are justified by the objective of public interest pursued through mandatory vaccination programmes, and that these are lawful, necessary and proportionate".*

cinazioni raccomandate, rappresentando un trattamento sanitario basato su una scelta consapevole e informata e privilegiando il principio di autodeterminazione, sono espressione di un nuovo ed equilibrato rapporto medico-paziente; mentre le vaccinazioni obbligatorie, limitando la libertà di scelta, costituiscono un retaggio del precedente sistema ispirato al principio paternalistico che, se pur legittimo in determinate circostanze, continua ancora a interferire pesantemente sulla volontà della singola persona.

Rimane fermo che il differente sistema d'immunizzazione si fonda su valutazioni proprie dello Stato che, a seconda della propria società, può optare per uno o per l'altro.

La vaccinazione raccomandata per risultare efficace richiede una campagna di informazione adeguata sia degli operatori sanitari che della popolazione in generale e, conseguentemente, l'istaurazione di una "ottima fiducia"[23] del cittadino nei confronti della sanità pubblica offerta dallo Stato.

Diversamente si rischierebbe una diminuzione delle vaccinazioni ed un aumento di coloro che si oppongono e le rifiutano.

Quando questi requisiti non possano essere soddisfatti appare necessario, al fine di garantire la salute pubblica e individuale, adottare un sistema obbligatorio di vaccinazione che permetta di raggiungere alti livelli d'immunità generale.

Storicamente, l'adozione di un sistema obbligatorio di vaccinazione ha permesso di ottenere livelli d'immunità generale così elevati da eliminare due gravi infezioni del passato: il vaiolo e la poliomielite.

In definitiva, non si può qualificare un sistema migliore dell'altro da un punto di vista etico e di efficacia in quanto entrambi sia le vaccinazioni obbligatorie che quelle raccomandate si rendono necessarie a seconda della maturità e dello sviluppo della società in cui vanno ad operare.

4. *La libertà di coscienza*

La questione delle vaccinazioni, lungi dall'essere risolta, è spesso oggetto di controversie tra coloro che sostengono le campagne di vaccinazione e coloro che si oppongono in quanto tale trattamento sanitario incide su diversi beni giuridici, e in particolare sul diritto alla salute e sulla libertà di coscienza.

---

[23] Cfr. Heidi J. Larson e altri, *Measuring Vaccine Confidence – Introducing a Global Vaccine Confidence Index*, in *PLoS currents*, n. 7, 2015, cit., p. 2,*"Public confidence in vaccines is, above all, a phenomenon of public trust. Fittingly, the Oxford English Dictionary defines "confidence" as "the mental attitude of trusting in or relying on a person or thing". In the context of vaccination, confidence implies trust in the vaccine (the product), trust in the vaccinator or other health professional (the provider), and trust in those who make the decisions about vaccine provision (the policy- maker)".*

Nel capitolo precedente è stata evidenziata la differente tutela giuridica del diritto alla salute nelle vaccinazioni obbligatorie e nelle vaccinazioni raccomandate, nonché le conseguenze scaturenti dai diversi programmi vaccinali.

Procedendo con l'indagine, occorre approfondire come la libertà di coscienza sia garantita nei due diversi sistemi d'immunizzazione e quali effetti ne conseguano[24].

In via preliminare, si rende necessario ricordare cosa s'intende per coscienza: quest'ultima si configura come un fascio di convinzioni etiche, culturali, religiose e filosofiche proprie della singola persona che da un lato determina una precisa visione del mondo e della vita e, dall'altro, si manifesta in un atto o in una omissione[25].

Questa tavola di valori etici presente nella sfera più intima della persona può collimare o scontrarsi con l'insieme di valori iscritti in una norma dell'ordinamento giuridico.

Pertanto, tutelare la libertà di coscienza significa garantire l'esercizio di una libertà che deve essere idonea a ricomprendere ogni possibile atteggiamento della persona imputabile alla sua coscienza[26].

---

[24] Sul tema delle vaccinazioni obbligatorie in Italia si veda, Osvaldo Morini - Lucia Macrí, *Obbligatorietà delle vaccinazioni: aspetti giuridici e medico-legali*, in *Riv. it. medicina legale*, fasc. 4-5, 1997, p. 883; Federico Zuolo, *L'obiezione di coscienza alle vaccinazioni obbligatorie: un profilo legislativo e concettuale*, in *Forum sul BioDiritto* 2008. *Percorsi a confronto*, a cura di C. Casonato, C. Piciocchi, P. Veronesi, CEDAM, Padova, 2009, pp. 533-552; Andrea Molinelli e altri, *Towards the Suspension of Compulsory Vaccination in Italy: Balancing between Public Health Priorities and Medico-legal and Juridical Aspects,* in *Journal of Preventive Medicine and Hygiene*, n. 50, 2009, pp. 135-140; Arianna Alpini, *Vaccinazioni obbligatorie e obiezione di coscienza*, in *Rassegna di diritto civile*, n. 4, 2011, pp. 1035 ss.; Silvio Tafuri e altri, *Obbligo vaccinale e diritto alla salute: il valore della giurisprudenza nella pratica di sanità pubblica italiana*, in *Ann. Ig.,* n. 24, 2012, pp. 191-196; con riferimento alla vaccinazione raccomandata nel Regno Unito si veda invece, Daniel A. Salmon e altri, *Compulsory Vaccination and Conscientious or Philosophical Exemptions: Past, Present, and Future,* in The Lancet, vol. 367, 2006, pp. 436-442; Jonathan Herring, *An Injection of Sense: Vaccinations and the Right to Refuse*, in *New Law Journal*, vol. 163, 2013, p. 9.

[25] Cfr. Vincent A. De Gaetanola, *Riflessioni sulla libertà di religione e di coscienza: l'articolo 9 della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *I quaderni europei online working paper*, n. 61, 2014, cit., pp. 1-15, "la coscienza è quel processo interno di riflessione matura e istruita, che induce una persona, in un determinato momento o in una determinata situazione, a fare il bene e a evitare il male. In essenza è un giudizio della ragione con il quale una persona fisica riconosce la qualità morale di un atto concreto che sta per compiere, che è in processo di compiere, o che ha già compiuto. Questo giudizio della ragione su che cosa è giusto o ingiusto, su ciò che è bene o male (sempre in senso morale), anche se può essere nutrito – e spesso lo è – da una convinzione o affiliazione religiosa, non è necessario che lo sia; persone che non hanno affiliazione religiosa alcuna, magari che si professano anche atei, compiono giudizi morali nella propria vita quotidiana".

[26] Cfr. Rinaldo Bertolino, *L'obiezione di coscienza negli ordinamenti giuridici contemporanei,* Giappichelli, Torino, 1967; cfr. Sergio Lariccia, *Coscienza e libertà. Principi costituzionali del diritto ecclesiastico italiano*, Il Mulino, Bologna, 1989; Id., *L'obiezione di coscienza nel diritto italiano*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, n. 2, 1989, pp. 61-102; cfr. Alberto Bomprezzi, *Libertà di coscienza e poteri pubblici. Tendenze e prospettive nella società contemporanea,* Giappichelli, Torino, 2008; cfr. José

Al riguardo, in dottrina si suole distinguere principalmente tra due ipotesi[27]:

a) l'obiezione di coscienza *contra legem* che identifica la pretesa di chi si rifiuta in nome della propria coscienza di obbedire ad un precetto giuridico, alla cui osservanza è tenuto in quanto destinatario delle norme di un determinato ordinamento giuridico[28];
b) l'obiezione di coscienza *secundum legem* o opzione di coscienza che si ha quando è lo stesso legislatore a risolvere il conflitto offrendo al soggetto la facoltà di scegliere se osservare o meno il precetto legislativo, nei limiti e con le modalità previste.

Entrambe le due fattispecie costituiscono una modalità di esercizio o espressione della libertà di coscienza e, contestualmente, uno strumento di garanzia.

A ciò si aggiunge che i convincimenti interiori trovano un'adeguata tutela anche attraverso un altro strumento, che è rappresentato dal dissenso informato.

Si può pertanto dire che sia l'obiezione di coscienza sia il dissenso informato sono mezzi di garanzia della libertà di coscienza che si distinguono essenzialmente per il campo di applicazione.

Nell'ambito delle vaccinazioni obbligatorie e in generale dei trattamenti

---

T. Martín De Agar, *Diritto e obiezione di coscienza [Commento all'art. 10 della Carta Europea deli diritti e le libertà fondamentali],* in *I diritti fondamentali nell'Unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, (Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano), a cura di P. Gianniti, Zanichelli Editore Bologna - Il Foro Italiano Roma, Bologna, 2013, pp. 974-1010, secondo cui "le caratteristiche specifiche della *libertà di coscienza* sono quelle della coscienza stessa: essa è personale, pratica e universale: riguarda tutte le nostre azioni proprio perché nostre e perché azioni. Le manifestazioni della coscienza giuridicamente rilevanti non sono le opinioni né la loro comunicazione, il culto o la predicazione ma la condotta, il comportamento necessariamente orientato da un codice etico (religioso o meno): la libertà di coscienza è innanzitutto una libertà di azione"; cfr. Gaetano Lo Castro, *Il mistero del diritto. Volume III*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 43 ss.

[27] Cfr. Giorgio Danesi, *L'obiezione di coscienza: spunti per un'analisi giuridica e metagiuridica*, in *Analisi e diritto*, a cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 81-84.

[28] Cfr. Francesco Viola, *L'obiezione di coscienza come diritto*, in *Persona y Derecho*, n. 61, 2009, cit., p. 1; cfr. Stefano Rodotá, *Obiezione di coscienza e diritti fondamentali*, in *Politeia*, n. 27, 2011, cit., p. 33, "in presenza di un conflitto tra diritti della persona, soprattutto quando uno di questi è riferibile alla vita o alla salute, l'obiezione di coscienza non può essere configurata come assoluta. Inoltre, quando questo conflitto si colloca in una dimensione in largo senso pubblica, esiste un obbligo istituzionale di garantire che la scelta dell'obiettore non pregiudichi altri diritti"; cfr. Carlo Cardia, *L'obiezione di coscienza,* in *Archivio Giuridico,* n. 4, 2013, cit., p. 400, "L'obiezione presuppone una *ferita* della coscienza, suggerisce una scelta in certo modo traumatica perché potrebbe indurre a non accettare, e violare, una legge esistente, ritenendola ingiusta. Implica quindi un vero *conflitto etico, religioso, filosofico,* tra le più intime convinzioni personali e determinate scelte legislative. Ciò vuol dire che non ogni opinione diversa su un argomento potrà tradursi in obiezione di coscienza, altrimenti il sistema impazzirebbe".

sanitari obbligatori l'unico mezzo di tutela della libertà di coscienza è dato dall'esercizio dell'obiezione di coscienza, mentre nell'ambito delle vaccinazioni raccomandate e in generale dei trattamenti sanitari volontari è rappresentato dalla manifestazione del dissenso informato.

Nel primo caso, l'obiezione di coscienza è infatti espressione di un conflitto tra norme: una norma esterna che rende obbligatoria la vaccinazione e una norma interna (c.d. imperativo morale) che impone un diverso comportamento legato a convinzioni etiche, religiose o filosofiche[29].

Ne deriva che quando si rifiuta una vaccinazione obbligatoria perché si contesta l'utilità della stessa o il fondamento scientifico della norma che la impone si deve escludere la possibilità di esercizio dell'obiezione di coscienza che riguarda esclusivamente un rifiuto motivato da un proprio convincimento interiore[30].

Nel secondo caso, invece, il dissenso informato è espressione della volontà consapevole ed informata di un soggetto che rifiuta una vaccinazione consigliata ma non obbligatoria in nome di una propria ideologia morale, religiosa o filosofica.

Volendo approfondire nella nostra analisi, si possiamo ora chiedere quale sia la rilevanza giuridica di questi due strumenti a livelli europeo.

Con riferimento al dissenso informato, il passaggio dal sistema paternalistico a quello fondato sull'autodeterminazione risulta essere stato prontamente recepito da numerosi documenti internazionali e europei.

In particolare, l'art. 3 rubricato "Diritto all'integrità della persona" della Carta di Nizza impone espressamente il rispetto nell'ambito della medicina e della biologia del consenso libero e informato della persona interessata secondo le modalità definite dalla legge[31].

La Convenzione di Oviedo all'art. 5 prevede che un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato, e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo fa rientrare il concetto di consenso informato sotto la garanzia

---

[29] Cfr. Rossana Bruno, *Obiezioni di coscienza e questioni bioetiche*, in *Nozioni di diritto ecclesiastico: quinta edizione*, a cura di Giuseppe Casuscelli, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 151- 157.

[30] Cfr. Musselli Luciano - Claudia Bianca Ceffa, *Libertà religiosa, obiezione di coscienza e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, pp. 109-111.

[31] Cfr. Serena Andaloro, *Il principio del consenso informato tra Carta di Nizza e ordinamento interno*, in *Famiglia e diritto*, n. 1, 2011, cit., p. 88, "Nella Carta di Nizza, il principio di grado superiore sul quale si fonda la regola del consenso è testualmente costituito dal diritto all'integrità fisica e psichica, affermato al par. 1 dello stesso art. 3 e indicato anche nella rubrica. Questo fondamento garantisce, indubbiamente, il soggetto nelle ipotesi in cui l'intervento medico sulla persona si configuri come un'invasione idonea a ledere la sua integrità fisica e psichica e a determinare una *deminutio* permanente della sua sfera corporea e intellettiva".

dell'art. 8 sul diritto al rispetto della vita privata.

Ne consegue che l'esercizio del dissenso informato è a livello europeo ampiamente riconosciuto e applicato per qualsiasi trattamento sanitario volontario, comprese le vaccinazioni raccomandate.

Pertanto, nei paesi con sistemi d'immunizzazione volontaria la tutela della libertà di coscienza si concretizza con la manifestazione del dissenso informato.

Diversa è la situazione che emerge dal quadro giuridico europeo per la liberta di coscienza e per il diritto all'obiezione di coscienza, rilevanti nei paesi con sistemi d'immunizzazione obbligatori.

Due sono i riferimenti giuridici di maggiore rilievo che affrontano il tema della libertà di coscienza: l'art. 10 della Carta di Nizza[32] e l'art. 9 della CEDU[33].

Dall'analisi della formulazione iniziale delle due disposizioni risulta che libertà di coscienza si sviluppa su due dimensioni: una interna ed una esterna[34].

Precisamente, in dottrina si è parlato di una libertà di coscienza in senso stretto, che riguarda il giudizio intellettuale che rende presente l'obbligo morale e che, pertanto, costituisce la norma prossima della moralità personale e della responsabilità soggettiva (libertà interiore, come tale incoercibile, non assoggettabile ad alcuna regolamentazione giuridicamente rilevante); e di una libertà di coscienza in senso ampio, intesa come libertà di agire in modo conforme al giudizio della coscienza (libertà esteriore, suscettibile di regolamentazione giuridica, in quanto il diritto si occupa soltanto di quanto

---

[32] "Ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione. Tale diritto include la libertà di cambiare religione o convinzione, così come la libertà di manifestare la propria religione o la propria convinzione individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti. Il diritto all'obiezione di coscienza è riconosciuto secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio".

[33] "Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui"; cfr. altresì, nel medesimo senso, l'art. 18 della Dichiarazione universale dei diritti umani.

[34] Cfr. Jean-François Renucci, *Article 9 on the European Convention on Human Rights - Freedom of thought, conscience and religion*, Human Rights Files No. 20, Consiglio d'Europa, Strasburgo, 2005, cit., p. 10, *"the freedoms guaranteed by Article 9 of the Convention are twofold: internal and external.10 "Internal" freedom can only be unconditional, since it concerns deep-seated ideas and convictions formed within an individual's conscience which cannot, in themselves, disturb public order and consequently cannot be limited by state authorities. "External" freedom, on the other hand, despite its considerable importance, can only be relative. This relativity is logical inasmuch as, because the freedom in question is the freedom to manifest one's beliefs, public order may be affected or even threatened. Consequently, although the freedom to hold beliefs and convictions can only be unconditional, the freedom to manifest them can only be relative"*.

esternato dall'uomo, e non di quanto accade nel suo mondo interiore)[35].

Tale considerazione insieme alla sostanziale identità nella formulazione letterale sia dell'art. 10 della Carta di Nizza che dell'art. 9 CEDU evidenzia che le due disposizioni condividono un visione bidimensionale della libertà di coscienza che è propedeutica a quanto affermato nella seconda parte delle due disposizioni.

Invero, il secondo comma dell'art. 10 della Carta di Nizza precisa che il diritto all'obiezione di coscienza è riconosciuto secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio, mentre l'art. 9 CEDU stabilisce che la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui.

Nella Carta di Nizza vi è quindi un riferimento esplicito al diritto all'obiezione di coscienza, ma solo in relazione alla normativa di ogni singolo Stato.

Nella CEDU, invece, non si fa alcuna menzione in merito al diritto all'obiezione di coscienza, ma si precisano i requisiti che devono essere rispettati per ogni restrizione e/o limitazione della libertà di coscienza.

Ne consegue che l'UE non tutela ogni obiezione di coscienza, tuttavia garantisce essenzialmente una certa discrezionalità statale nella disciplina o meno delle singole obiezioni, in quanto solo quella che è normativamente prevista dal singolo Stato assume rilevanza giuridica.

Su tal punto la posizione della Corte di Strasburgo è molto chiara: la Convenzione europea non garantisce ogni diritto all'obiezione di coscienza[36]

---

[35] Cfr. Andrea Bettetini, *Libertà di coscienza e obiezione all'aborto,* in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, vol. 1, Giappichelli, Torino, 2010, cit., pp. 361-362; cfr. Andrea Bettetini, *Autotutela e diritto di libertà di coscienza*, in *La disciplina dell'autotutela*, a cura di P. Gianniti, CEDAM, Padova, 2010, p. 99-110.

[36] Cfr. Commissione Europea dei Diritti dell'uomo, 5 luglio 1977, X c. FRG, 9 DR 196, p. 324; cfr. Comm. EDU, 7 marzo 1977, Obiettori di coscienza c. Danimarca, 9 DR, p. 117; cfr. Id. 9 maggio 1984, A. c. Svizzera, 38 DR, p. 219; Id. 7 marzo 1996, Raninen c. Finlandia, 84 DR, p. 17. Riguardo alle superiori pronunce si precisa che l'interpretazione restrittiva dell'art. 9 applicata dalla Commissione rifletteva l'ordine d'idee prevalenti a livello europeo. La stessa Corte di Strasburgo sottolinea che "*the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present – day conditions and of the ideas prevailing in democratic States today".* Pertanto, nel definire il significato dei termini e delle nozioni presenti nella Convenzione, la Corte può e deve tenere in considerazione elementi di "*international law and domestic law*" oltre a quelli propri della Convenzione. Inoltre, l'insieme di questi elementi può essere utile per stabilire il livello di "*consensus*" tra gli stati europei; cfr. sul tema del mancato riconoscimento dell'obiezione di coscienza ai farmacisti, CEDU, 2 ottobre 2001, Pichon e Saious c. Francia, cit., *"in the instant case the applicants, who are the joint owners of a pharmacy, submitted that their religious beliefs justified their refusal to sell contraceptive pills in their dispensary.It considers that, as long as the sale of contraceptives is legal and occurs on*

e di recente, invertendo il precedente orientamento giurisprudenziale, solo il diritto di rifiutare il servizio militare per ragioni di coscienza[37] risulta rientrare nella tutela offerta dall'art. 9 CEDU.

Pertanto, in materia di vaccinazioni obbligatorie non si riscontra né dal tenore letterale della normativa europea né dalla giurisprudenza alcun riferimento al riconoscimento generale dell'obiezione di coscienza per ragioni etiche, religiose o filosofiche alla vaccinazione obbligatoria.

Va altresì qui ricordato e precisato che solitamente la questione delle vaccinazioni riguarda i soggetti minorenni e, conseguentemente, coinvolge una pluralità d'interessi diversi rispetto alla vaccinazione di un soggetto adulto.

Da un lato si pone sempre l'esigenza di tutelare la salute pubblica attraverso lo sviluppo e l'applicazione di programmi vaccinali e, dall'altro, occorre garantire la salute individuale del minore, nonché il diritto dei genitori ad educare la prole secondo le proprie convinzioni morali, culturali e religiose.

Pertanto, per quanto concerne l'obiezione di coscienza dei genitori che devono sottoporre i figli alle vaccinazioni si può dire che:

a) si tratta di un trattamento sanitario che incide sull'integrità psico-fisica dei minori, la cui capacità di autodeterminazione[38] non è ancora riconosciuta legalmente al pari di quella di un soggetto adulto;
b) in dottrina si contesta a questa fattispecie la qualificazione di obie-

---

medical prescription nowhere other than in a pharmacy, the applicants cannot give precedence to their religious beliefs and impose them on others as justification for their refusal to sell such products, since they can manifest those beliefs in many ways outside the professional sphere"; cfr. Giada Gemelli, *L'obiezione di coscienza dei farmacisti: cosa ne pensa la Corte Europea dei Diritti dell'uomo? Il caso Pichon e altri c. Francia. Il dibattito dottrinale italiano sulla c.d. "pillola del giorno dopo",* in *Il diritto ecclesiastico*, CXV (2004), I, p. 740 ss.

[37] Cfr. Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, *Committee on Legal Affairs and Human Rights*, report by D. Marty, *Exercise of the right of conscientious objection to military service in Council of Europe member states,* Doc. 8809 revised, 4 May 2001; cfr. CEDU, 7 luglio 2011, *Bayatyan* c. Armenia, par. 102. Per alcune fattispecie analoghe,e successive a tale decisione, cfr. CEDU, 22 novembre 2011, *Ercep* c. Turchia; Id. 10 gennaio 2012, Tsaturyan c. Armenia; Id. 10 gennaio 2012, *Bukharatyan* c. Armenia; cfr. Angelo Licastro, *Il diritto statale delle religioni nei paesi dell'Unione Europea. Lineamenti di comparazione*, Giuffrè, pp. 187-188 riguardo all'evoluzione dell'orientamento nella giurisprudenza degli organi di Strasburgo in materia di obiezione al servizio militare;

[38] Cfr. Gian Cristoforo Turri, *Autodeterminazione, trattamenti sanitari e minorenni*, in *Questione giustizia*, n. 3, 2000 cit., p. 5, "occorre fare leva sull'inossidabile costrutto del migliore interesse del minore, la clausola generale del diritto minorile, che pone la realizzazione del migliore interesse del minore come regola di comportamento, canone ermeneutico e criterio di risoluzione dei conflitti nelle situazioni che coinvolgono i minori. In virtù di detta clausola, l'autodeterminazione in tanto viene riconosciuta al minorenne, in quanto corrisponda secondo i genitori, secondo i medici e, in un successivo ed eventuale momento, secondo i giudici, al suo migliore interesse. È per questa ragione che è un'autodeterminazione debole, eventuale, condizionata"; cfr. Valentina Sellaroli, *Autodeterminazione, libertà di cura, libertà di coscienza e consenso informato*, in *Minori giustizia*, n. 2, 2005, pp. 152 sulla sentenza n. 154 del 18 luglio 2002 della Corte costituzionale spagnola.

zione di coscienza per l'assenza di un requisito fondamentale quale quello del carattere personale;

c) la tutela della coscienza dei genitori in merito alle scelte sui propri figli assume rilevanza fin tanto che coincide con il migliore interesse per il minore e non determina alcun pregiudizio.

In definitiva, appare evidente che con un sistema di vaccinazione raccomandata il livello di tutela della libertà di coscienza risulta essere molto più elevato rispetto a un sistema di vaccinazione obbligatoria che ammetta la tutela della libertà di coscienza solo nel caso in cui il diritto di obiezione alle vaccinazioni sia legalmente riconosciuto nell'ordinamento del singolo Stato.

5. *Conclusioni*

Al termine di questo *excursus* si possono formulare le seguenti considerazioni:

a) L'Unione Europea svolge un ruolo secondario e sussidiario nel campo delle vaccinazioni che mira al completamento delle politiche vaccinali statali tramite un duplice intervento: un'attività di promozione dei programmi vaccinali infantili e un'attività di coordinamento delle strategie per il controllo e la prevenzione delle malattie infettive.
Il fondamento giuridico di tale attività è contenuto nell'art. 168 TFUE che attribuisce da un lato agli Stati membri la responsabilità della gestione e della fornitura di cure sanitarie, come le vaccinazioni e, dall'altro, rimette all'UE lo svolgimento di un'attività di completamento e di coordinamento delle politiche statali.
Conseguentemente, si deve escludere la possibilità che l'UE disponga l'adozione di una *policy* d'immunizzazione uniforme per tutti gli Stati dell'UE ovvero stabilisca l'applicazione generale di un programma di vaccinazione obbligatorio rispetto a quello raccomandato o viceversa, mancando una sua competenza diretta in tale materia;

b) Il diritto alla salute è uno dei beni giuridici principalmente tutelati dalle vaccinazioni che mirano a garantire la salute pubblica (c.d. *Herd Immunity*[39]) attraverso la tutela della salute individuale.

---

[39] Cfr. Christine Parkins, *Protecting the Herd: a Public Health, Economics, and Legal Argument for Taxing Parents who Opt-out of Mandatory Childhood Vaccinations,* in *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, vol. 21, n. 2, cit., p. 440, *"the principle that if a significant portion of the community-for most diseases, more than 80 percent-is vaccinated, those who cannot be vaccinated will be protected from illness by the community members who are vaccinated because the vaccine has eliminated "chains of contagion." Parents and guardians (hereinafter referred to as "parents") who choose not to vaccinate their children create two potential problems: If their child becomes infected because he*

Il concetto di diritto alla salute ha subito un'evoluzione semantica di grande rilievo nel campo medico, sociale e giuridico con il passaggio dal principio paternalistico al principio di autodeterminazione.
Quest'ultimo ha determinato una diversa visione del rapporto medico – paziente e, contestualmente, lo sviluppo della dottrina del c.d. consenso informato.
Secondo tale dottrina le scelte cliniche non sono più appannaggio esclusivo del medico, ma sono il frutto di una volontà libera ed informata del paziente sulle conseguenze positive e negative del trattamento sanitario scelto.
In virtù di questa nuova prospettiva, nel campo delle vaccinazioni si sono sviluppate due differenti politiche vaccinali: inizialmente sulla base del principio paternalistico si sono affermate dapprima le vaccinazioni obbligatorie che comportano un dovere e un'eventuale sanzione per la mancata ottemperanza, e successivamente, sulla base del principio di autodeterminazione, le vaccinazioni raccomandate, che si caratterizzano per l'adesione volontaria della persona e non sono imposte da alcun obbligo giuridico.
La vaccinazione raccomandata o volontaria è nata proprio per la ferma opposizione da parte dei sostenitori della libertà, dell'autonomia, della dignità della persona nei confronti delle vaccinazioni obbligatorie e, attualmente, tale sistema ha messo in crisi l'adozione del classico sistema obbligatorio da parte di alcuni Stati europei (es. in Italia la regione Piemonte e Veneto[40] hanno adottato un programma di vaccinazione raccomandata anche per i vaccini imposti obbligatoriamente a livello nazionale[41]).

---

or she is not vaccinated, the child can expose vulnerable community members to a vaccine-preventable illness; A cluster of unvaccinated people undermines herd immunity, creating the risk that disease will spread, so that even an uninfected unvaccinated child "exposes" others through the failure to vaccinate"; cfr. Mary Holland and Chase E. Zachary, *Herd Immunity and Compulsory Childhood Vaccination: Does the Theory Justify the Law?,* in *Oregon Law Review*, n. 1, 2014, cit., pp. 3-48, *"The concept of herd immunity refers to the complete removal of a disease from society; so long as any member of the population has immunity to the disease, however, the desease's ability to spread lessens. This decrease in the rate of epidemic transmission is the herd effect. Even if herd immunity itself is not achievable, society still benefits from a buffer of immune individuals in order to to mitigate disease. Although the consepts of herd immunity and herd effects are sometimes interchangeable, they describe different aspects of the immunity puzzle – whereas herd immunity aims to eliminate a disease from society, herd effect refers to infection control".*

[40] Cfr. Massimo Valsecchi e Sandro Cinquetti, *Vaccinazioni facoltative od obbligatorie? L'esperimento della Regione Veneto,* in *L'Arco di Giano*, n. 56, 2008, pp. 123-133.

[41] Cfr. Donato Messineo, *Problemi in tema di discipline regionali sui trattamenti sanitari: il caso dei vaccini,* in Le regioni, n. 2, 2009, pp. 331-357.

Di recente, la Corte di Strasburgo ha evidenziato che la vaccinazione obbligatoria, al pari di ogni trattamento sanitario obbligatorio, costituisce palesemente un'ingerenza all'integrità psicofisica della persona che può essere giustificata solo nel caso in cui siano rispettati i requisiti indicati dall'art. 8, co. 2 della CEDU.

Significativa è al riguardo la sentenza *Solomakhin c. Ucraina* in cui si precisa che pur mancando un'espressa menzione del principio di autodeterminazione nella Convezione, tale principio rientra nella tutela dell'integrità della vita privata ex art. 8 CEDU e, pertanto, la vaccinazione obbligatoria è considerata legittima solo se è giustificata da una previsione legislativa, dal perseguimento di un legittimo scopo di protezione della salute, ed è necessaria in una società democratica.

In definitiva, si può evidenziare che nel programma vaccinale raccomandato la libertà e l'autonomia della persona non subiscono alcuna compressione, mentre in un programma vaccinale obbligatorio la capacità di autodeterminarsi individuale è limitata dalla necessità di tutelare maggiormente la salute pubblica.

In quest'ultimo caso, la prevalenza della salute pubblica su quella individuale risulterà legittima solo in presenza dei requisiti prescritti dal secondo comma dell'art. 8 CEDU;

c) La libertà di coscienza costituisce parte integrante e fondamentale della dignità della persona, e si può configurare come un sottoinsieme della libertà di autodeterminarsi dal punto di vista etico.

La libertà di coscienza s'identifica quindi nella libertà di assumere un qualsiasi comportamento che sia riconducibile ad un imperativo morale della propria coscienza.

Il riconoscimento nell'ordinamento giuridico europeo del diritto all'obiezione di coscienza è espressione di come il conflitto tra la legge morale (Antigone[42]) e la legge della *polis* (Creonte) risulta essere sempre una questione attuale e non di facile risoluzione.

A livello europeo la libertà di coscienza è espressamente prevista dall'art. 10 della Carta di Nizza e dall'art. 9 CEDU.

Dal punto di vista letterale e semantico, i due articoli sono identici nel primo comma, mentre si differenziano apparentemente nel secondo comma.

---

[42] Cfr. Agatino Cariola, *Il diritto naturale e la storia. L'affermazione della liberta di coscienza nello stato democratico,* in *Jus,* n. 2, 1999, p. 704 ss.; cfr. Vincenzo Turchi, *I nuovi volti di Antigone. Le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009.

Nella prima parte è condivisa la visione bidimensionale della libertà di coscienza in sfera interna ed esterna e, quindi, la libertà è intesa non solo come una libertà interiore illimitata ma anche come una libertà d'agire, che nel momento in cui si manifesta nel mondo esterno, è soggetta a limitazioni.
Con riferimento alla seconda parte, nella Carta di Nizza è indicato espressamente il diritto all'obiezione di coscienza che è riconosciuto secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio, mentre nella Convenzione non vi è alcuna menzione di tale diritto, ma solo si fa riferimento a tutte le ipotesi legittime di limitazione della libertà di coscienza.
Sul tema occorre evidenziare che, la Corte di Strasburgo ha più volte precisato che la Convenzione non tutela ogni obiezione di coscienza, ma solo quella che risulta da una previsione legislativa statale.
In altri termini, il tenore letterale della norma e l'interpretazione della Corte sono nel senso di assicurare da un lato la discrezionalità statale sul riconoscimento del diritto all'obiezione di coscienza nelle sue varie forme e, dall'altro, di escludere un riconoscimento generale del medesimo a livello europeo che andrebbe a comprimere tale discrezionalità.
Indicativo è al riguardo, il riconoscimento del diritto di rifiutare il servizio militare per ragioni di coscienza, in quanto solo il *consensus* generale tra gli Stati europei ha permesso una diversa interpretazione della Convenzione facendo rientrare nella tutela dell'art. 9 CEDU per la prima volta l'obiezione al servizio militare.
Pertanto, la seconda parte dell'art. 10 della Carta di Nizza non è altro che una versione più chiara e precisa di quanto già indirettamente tutelato ed affermato con l'art. 9 CEDU.
Ne consegue che, nel campo delle vaccinazioni obbligatorie, la tutela giuridica della libertà di coscienza si concretizza solo nel caso in cui la normativa del singolo Stato preveda l'esercizio dell'obiezione alle vaccinazioni diversamente le ragioni di coscienza non possono avere alcuna adeguata tutela e sono destinate a soccombere rispetto altri interessi come la salute pubblica o il migliore interesse per il minore.
La situazione cambia invece per le vaccinazioni raccomandate che, al pari di ogni altro trattamento sanitario volontario, possono essere rifiutate con l'esercizio del dissenso informato. Nel caso dei minori il dissenso dei genitori deve essere conforme al migliore interesse del minore (c.d. *best interest of child*).
Difatti, nel caso di una vaccinazione raccomandata la tutela della li-

bertà di coscienza non è data dall'esercizio dell'obiezione (mancando un conflitto tra una norma interna e una esterna), ma dalla manifestazione di un dissenso libero ed informato per ragioni strettamente connesse con la propria ideologia etica, religiosa o filosofica.
In conclusione, come si è visto per la tutela giuridica del diritto alla salute, anche la tutela della libertà di coscienza risulta essere maggiormente garantita nell'ambito dei sistemi d'immunizzazione raccomandata in cui si manifesta come una garanzia piena e certa.
Al contrario, nell'ambito dei sistemi d'immunizzazione obbligatoria, la tutela risulta essere più incerta o esattamente limitata e ristretta ai soli casi in cui sia riconosciuta legalmente dal singolo Stato il diritto all'obiezione di coscienza alle vaccinazioni.

La Bosnia ed Erzegovina post-Dayton, emblema balcanico di una transizione costituzionale sine die*, e la libertà religiosa*

Fabio Vecchi

1. *Introduzione. Il ruolo concorrente, ma non strumentale, del fattore confessionale nella vicenda bosniaca*

Non ha perso tempo papa Francesco, appena giunto a Sarajevo lo scorso 6 giugno 2015, a diciotto anni dal viaggio apostolico di Wojtyla, nell'ammonire che il futuro delle Bosnia-Erzegovina in Europa si compie necessariamente anche attraverso la ricomposizione religiosa. Questa prospettiva d'attesa sottintendeva, con il consueto tono di misurata enfasi della diplomazia vaticana, una velata riserva sui limiti progettuali degli Accordi di pace di Dayton[1].

In un orizzonte allargato, la dichiarazione del Papa contiene molti semi di speranza, da coltivare nel terreno del dialogo, del riconoscimento effettivo delle garanzie giuridiche fondamentali, del futuro dei popoli interclusi nella categoria dei gruppi minoritari.

Quelle suggestioni in buona parte sono state raccolte dal legislatore di Sarajevo. La legge sui giovani (2010) è forse l'emblema più alto del tentativo di rianimare lo spirito di riconciliazione nazionale ed, insieme, etnica, religiosa e culturale del Paese balcanico. È tuttavia degno di una speciale attenzione il ricorso non corrivo di Bergoglio al concetto di nazione[2]: idea dismessa, o

---

[1] «Sarajevo (…) rappresenta un crocevia di culture, nazioni e religioni (…) La Bosnia Erzegovina è parte integrante dell'Europa (…) In questa terra la pace e la concordia tra Croati, Serbi e Bosgnacchi (…) le relazioni cordiali e fraterne tra musulmani, ebrei e cristiani e altre minoranze religiose, rivestono un'importanza che va ben al di là dei suoi confini. Esse testimoniano (…) che un pluralismo di culture e tradizioni può sussistere e dare vita a soluzioni originali. (…) Perché ciò avvenga è indispensabile l'effettiva eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge e nella sua attuazione, qualunque sia lo loro appartenenza etnica, religiosa e geografica: così tutti indistintamente (…) godendo dei medesimi diritti (…)». *Viaggio in Bosnia di Papa Francesco (4-7 giugno 2015)*, in *L'Osservatore Romano*, 7 giugno 2015, pp. 6-7.

[2] Rilievi sulla sottile linea di demarcazione tra nazione e nazionalismo sono tracciati da Giuseppe

intenzionalmente reietta ed esiliata dal vocabolario della diplomazia e della politica, persino quando questa vesta i panni del legislatore costituente[3]; idea di sintesi culturale che, applicata ad un contesto disgregato, e mantenuto insieme in virtù di finzioni giuridiche, evoca propositi di sperimentazione istituzionale all'unità. Nel rispolverare una terminologia della scienza politica, pienamente assimilata dal pensiero giuridico del Novecento come pilastro descrittivo dello Stato, il Pontefice ne riconosce il ruolo centrale e mai perduto di supporto materiale della cultura balcanica[4]. Occorre ripartire da quell'esperienza organizzativa dello Stato-ordinamento per «affrontare il passaggio dalla cultura della guerra a (…) quella dell'incontro»: un percorso di trasformazione che, con la sua ermeneutica, il giurista converte linguisticamente nel fenomeno della «transizione costituzionale».

A venti anni da Dayton il regnante Pontefice può, d'altra parte, vantare una ragionevole soddisfazione sullo stato di salute registrato nei reciproci rapporti formali Stato-Chiesa: la Bosnia, superato il buio concordatario di matrice socialista e successivamente archiviato il clima di sospetto più spesso

---

Franco Ferrari, «*Nazione*», in *Enc. Giur*. XX, Treccani, Roma, 1990. Si veda ancora, tra la ricca bibliografia, Walter Maturi, *Nazione. Storia del principio di nazionalità*, in Enc. It., XXIV, Treccani Roma, 1934, pp. 471 ss.; Ernest Renan, *Discorso sulla nazione (Qu'est ce qu'une Nation?)*, in *Oeuvres*, VII, Paris, 1882, pp. 273 ss., rist. Donzelli, Roma, 1992. Per ulteriori aggiornamenti, Francesco Perfetti, *Dalla Nazione al nazionalismo* e Anthony D. Smith, *Gruppi etnici, nazioni e nazionalismo*, in *Enc. Giur*. Treccani, Appendice 2000, 2000/I, rispettivam. a pp. 388 ss. e pp. 398 ss.; Eric J. Hobsbawm, *Nazioni e nazionalismi dal 1780. Programma, mito, realtà*, Einaudi, Torino, 1991.

[3] Osserva De Vergottini, come la Costituzione della Bosnia-Erzegovina inserita nel testo degli Accordi di Dayton del 1995, non menzioni mai l'idea di «nazione», mentre le tre componenti etniche riferite al popolo (serbi, croati e musulmani) sono nettamente caratterizzate. Questo anomalo sbilanciamento avrebbe pregiudicato, secondo l'A., «l'esistenza stessa dello Stato bosniaco». Giuseppe de Vergottini, *Le transizioni costituzionali. Sviluppi e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*, Il Mulino, Bologna, 1998, p. 191.

[4] Nell'Europa balcanica, a differenza della sensibilità occidentale, la religione assume una «dimensione culturale della Nazione». Così, Roberto Morozzo della Rocca, *Le religioni e la dissoluzione della Jugoslavia*, in Aa.Vv. *Dopo la pioggia. Gli Stati della ex-Jugoslavia e l'Albania (1991-2011)* (a cura di A. d'Alessandri - A. Pitassio), Argo ed., Lecce, 2011, p. 485. Nella combinazione tra Nazione ed etnia, subentra la distorsione di un «nazionalismo etnicistico (…) vero e proprio surrogato della religione». Cfr. Silvio Gambino, *Transizioni costituzionali e forma di Stato. Alcune riflessioni a partire dall'esperienza jugoslava*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Vol. II, Giappichelli, Torino, 2005, p. 322. Ulteriori puntuali rilievi per l'esperienza dei Balcani Occidentali e la differenza dell'idea di nazione in prospettiva euro-occidentale, sono in Gaetano Dammacco, *Diritti umani e fattore religioso nel sistema multiculturale euro mediterraneo*, Cacucci, Bari, 2001, pp. 83 ss.; Marek Waldenberg, *Le questioni nazionali nell'Europa Centro-orientale*, Il Saggiatore, Milano, 1994; George Schopflin, *National identity in the Soviet Union and East Central Europe*, in *Ethnic and racial study*, n.1; Armando Pitassio, *Nazione, nazionalismo e nazionalismi balcanici*, in (a cura) Armando Pitassio, *Nazione e nazionalismi nell'Europa sudorientale*, in *Europa Europe*, 1, 1995, p. 34. In generale, circa l'influenza del dato etnico sull'idea di nazione, James J. Kellas, *Nazionalismo ed etnie*, Il Mulino, Bologna, 1993.

platealmente rinfacciato dalla Chiesa ortodossa verso Roma, ha assunto le forme di Stato concordatario nel 2006, affiancandosi a Croazia, Slovenia e Montenegro, mentre i legami diplomatici si sono rafforzati lungo il breve ma costruttivo pontificato ratzingeriano. Un quadro di relazioni che, vale puntualizzare, avvantaggia le due Parti contraenti: lo Stato che, pur separatista e islamizzante, ostenta un pluralismo confessionale quale promettente viatico per l'integrazione europea; la Chiesa cattolica, che consolida in un contesto di coerenza ideale le libertà giuridiche dei suoi fedeli, non essendo mai scesa a compromessi – diversamente dalle guide spirituali islamiche e ortodosse – con la dirigenza politica avvicendata nelle stagioni istituzionali che hanno governato il composito popolo degli «Slavi del Sud».

Tuttavia la Bosnia resta un caso «anomalo»[5], un soggetto sotto osservazione da parte dell'Unione Europea, sulla via di una transizione che periodicamente rinvia il suo naturale compimento a data da destinarsi. Si ha l'impressione che un retaggio storico ne cristallizzi la vocazione di Stato a posizione mediana[6], non solo per collocazioni geografiche, ma per circostanze culturali che le approssimazioni e gli errori della diplomazia internazionale hanno raccolto e fossilizzato in un perenne presente[7]. Il Paese-cerniera nei Balcani Occidentali, in cui il panserbismo si è innestato tra un nord asburgico e un sud a radicata cultura ottomana appare vittima di un più profondo ed irriducibile immobilismo. Logiche di stagnazione avverse ai sogni riformisti si sono sorrette reciprocamente, guidate da una dominante nemesi storica[8]. Il compromesso che si stabilizza cronicizza così una situazione patologica lungo la traiettoria della «transizione infinita»[9], in grado di stringere in un abbraccio di provvisorietà anche la Costituzione[10], nella frammentazione

---

[5] Guido Franzinetti, *I Balcani dal 1878 ad oggi*, Carocci, Roma, 2010², p. 31.

[6] Giannantonio Benacchio, *La circolazione dei modelli giuridici tra gli Slavi del sud (sloveni, croati e serbi)*, CEDAM, Padova, 1995, p. 17.

[7] La mediazione diplomatica precedente a Dayton aveva gravemente sottovalutato il peso del nazionalismo tra i belligeranti, ritenendo applicabile *de plano* al caso jugoslavo il modello degli accordi di Camp David, fondato sul meccanismo di accordi bilaterali aperti, con successivo accesso delle Parti contendenti. Così, Gianfranco Brunelli, *Fra Europa e paura. Intervista al Prof. Stefano Bianchini*, in *Il Regno*, EDB, Bologna, 14/95, p. 387.

[8] Joze Pirjevec, *Serbi, croati, sloveni. Storia di tre nazioni*, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 117.

[9] Più sarcasticamente, ma con altrettanto realismo, allude ad una transizione «finta», affiancando la Bosnia-Erzegovina alla vicenda della Serbia, del Montenegro e della Croazia, Angela Di Gregorio, *Forme di governo e transizione democratica nell'Europa post-socialista*, in Aa.Vv., *Il pluralismo nella transizione costituzionale dei Balcani. Diritti e garanzie*, (a cura di Laura Montanari, Roberto Toniatti, Jens Woelk), Quaderni del Dipartimento, n.92, Univ. Studi di Trento, 2010, p. 14.

[10] Non vi è atto giuridico per sua natura massimo simbolo di stabilità che non la Costituzione. Ma in questo contesto, per la Bosnia-Erzegovina, come per il Kosovo (2001) e per l'Unione di Stati tra Serbia e Montenegro (2003), parlano legittimamente di «costituzione provvisoria», Jens Woelk, *La*

tendenziale[11] di uomini, istituzioni e territori e nella relativizzazione di leggi e principi di *ius gentium*[12].

Nonostante i notevoli ed oggettivi progressi operati dal legislatore, sorretti da una vigile giurisprudenza costituzionale «correttiva» e conseguiti specialmente nell'ultimo decennio dell'attività di governo, la Bosnia-Erzegovina appare stretta nella morsa di uno stallo politico-burocratico, in verità largamente annunciato e prevedibile.

I meccanismi di condizionalità posti dall'Europa, in prospettiva dell'allargamento comunitario, vengono elusi dietro il mascheramento della pseudo struttura federativa delle Entità. Il Giano bifronte partorito a Dayton dà così voce agli interessi particolari mantenuti per mezzo di un diritto di veto in grado di paralizzare le iniziative riformiste del Paese[13].

---

transizione costituzionale della Bosnia erzegovina. Dall'ordinamento imposto allo Stato multinazionale sostenibile?, Cedam Padova, 2008, p. 41 e, sulla base di un processo costituente «eterodiretto», Giuseppe de Vergottini, *Le transizioni costituzionali* cit., pp. 162 e167, nonché Marina Calamo Specchia-Laura Fabiano, *Istituzioni e tecniche di democratizzazione nell'area balcanica (sistemi elettorali, partiti politici e società civile)*, in Aa.Vv., *Il pluralismo nella transizione costituzionale* cit., pp. 172-173, per le quali A. tale processo è «qualitativamente diverso» da quello che ha interessato la Costituzione di matrice sovietica.

[11] Guido Franzinetti, *I Balcani dal 1878* cit., pp. 25 e 103.

[12] È il caso della rielaborazione in senso restrittivo e «nazionalistico» del principio di autodeterminazione dei popoli, qualora essi coesistano in uno Stato. In tali circostanze il principio del rispetto delle singole identità dei gruppi etnici comporterebbe il diritto alla libera scelta della propria forma di governo (*status* politico), intangibile anche quando assumesse i caratteri antidemocratici, senza tuttavia obbligare la comunità internazionale al riconoscimento del diritto di secessione. Così, Massimo Iovane, *Democratizzazione all'est e Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa*, in Aa.Vv., *Democratizzazione all'Est e diritto internazionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, pp. 90-91. Sulla problematica forma autodeterminativa successoria posta in essere in Bosnia-Erzegovina e Kosovo, vedi anche Silvio Gambino, *Potere costituente e transizioni democratiche nell'area balcano-occidentale*, in *I Balcani Occidentali. Le Costituzioni della transizione*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 27 e 41.
Occorre rammentare che la Bosnia-Erzegovina è considerata come Stato nuovo e non Stato successore della ex Repubblica Federale di Jugoslavia. In tale contesto bisogna prendere atto dell'importanza provvidenziale del principio *uti possidetis* (che impone il mantenimento delle antiche frontiere tra Stati ex federati nel fenomeno successorio), se calata nel contesto balcanico: il principio ha inteso infatti evitare nuove guerre etniche sacrificando le aspirazioni dei gruppi nazionali.

[13] È noto che, a seguito di Dayton, la Bosnia-Erzegovina risulta composta da due Entità, entrambe a vocazione organizzativa regionale (la Federazione di Bosnia-Erzegovina e la Republika Srpska) ed una capitale in Sarajevo. A queste si aggiunge la specifica entità del Distretto internazionale separato di Brčko, sotto amministrazione speciale della Bosnia-Erzegovina per effetto di una sentenza arbitrale del Giudice Internazionale (2000). La Federazione di Bosnia-Erzegovina è organizzata in dieci Cantoni (Una-Sana; Posovina; Tuzla; Zenica-Doboj; Bosnia-Podrinje; Bosnia Centrale; Herzegovina-Neretva; Ovest-Herzegovina; Sarajevo). La Republika Srpska amministra cinque regioni (Banja-Luka; Doboj; Bijeljina; Pale e Trebinje). Entrambe le Entità hanno un Parlamento (per la Federazione, la Case dei Rappresentanti e la Casa dei Popoli; per la Republika Srpska, l'Assemblea Nazionale ed il Consiglio dei Popoli) ed un Presidente del Consiglio, che svolge le funzioni in forma associativa e turnaria (un Presidente e due vice-Presidenti). Cfr. Pavle Nikolic, *I sistemi costituzionali dei nuovi*

La sfida attuale al compimento del processo di transito istituzionale non si indirizza tanto verso tematiche rilevanti, ma pur sempre periferiche al sistema (la questione della proprietà; il diritto dei rifugiati; le cause di discriminazione; la riforma della P.A.; i *mass-media*; la libertà religiosa). Non c'è dubbio che si tratti di settori dello Stato in ordine ai quali il legislatore bosniaco sta offrendo lodevoli segnali di un riformismo reattivo e concreto[14], trattandosi pur sempre di segmenti dell'ordinamento giuridico non immediatamente diretti alla revisione del modello costituente, che tutte quelle riassume ed implica. Nella riforma del rigido e onnipresente sistema rappresentativo *pro-quota* delle istituzioni bosniache riposa il nocciolo apparentemente immutabile su cui il Paese si gioca l'ingresso in Europa. In questo quadro, il ruolo della religione appare defilato, ma tutt'affatto secondario, facendo parte di un unico codice di valori difficilmente scomponibili nella tradizione e nella cultura balcanica.

2. *L'eredità di Dayton, tra limiti macroscopici e opportunità perdute: il fattore confessionale isolato dal «convitato di pietra» del riformismo debole*

È oggi possibile tracciare una linea di demarcazione di ordine politico-legislativo tra il prima e il dopo Dayton. Il quadro normativo derivato delinea nell'arco di un ventennio i progressi istituzionali raggiunti in Bosnia-Erzegovina. Ma se è indiscutibile il decisivo contributo alla democratizzazione dell'area offerto da quel complesso di atti internazionali di predominante impronta europeista[15], occorre nondimeno ridimensionarne

---

Stati dell'ex-Jugoslavia, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 189 e 204 ss.; Jens Woelk, *La transizione costituzionale* cit., p. 45, nota 94 e 95; Laura Montanari, *La tutela dei diritti nelle nuove Costituzioni dei Balcani Occidentali* cit., p. 177.

[14] Nel *corpus* legislativo bosniaco del post-Dayton emerge sempre più pronunciata la tendenza ad adattare le leggi interne ai principi normativi comunitari, ossia ad adottare un principio di «preminenza» del diritto sovranazionale sui criteri di nomopoiesi dell'ordinamento statuale. Vedi Gianfranco Macrì, *Vincoli sovranazionali produzione normativa,* in Gianfranco Macrì - Marco Parisi - Valerio Tozzi, *Diritto e religione*, Plectica, Salerno, 2011, pp. 58-59.

[15] Sottolinea, nell'ex-Jugoslavia, il ruolo primario svolto dalle Organizzazioni internazionali regionali (OSCE e UE), mentre le NU hanno esercitato una più modesta funzione di indirizzo e «ratifica a posteriori» degli accordi presi, Ugo Villani, *Democratizzazione all'Est e Nazioni Unite*, in Aa.Vv., *Democratizzazione all'Est e diritto internazionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, pp. 65 e 67; Jean-Marc Sorel, *L'Accord de paix sur la Bosnie-Herzégovine du 14 décembre 1995: un traité sous bénéfice d'inventaire*, in *Annuaire Français de Droit Intern*., 1995, pp. 65 ss. Attraverso una visione temporale di più ampio respiro, tuttavia, i ruoli degli attori internazionali sono assai più fluidi: in una primordiale fase costituente, tra il 1990 e 1992, infatti, il ruolo di orientamento della UE dei processi costituenti è solo indiretto e, per la Bosnia-Erzegovina, insussistente, perché assorbito dal

il valore[16] in rapporto ai suoi scopi immediati – la più rapida stabilizzazione e ricostruzione fisica e spirituale del Paese[17] – e ai suoi contenuti[18] e rammentare la macroscopica ampiezza del settore dei temi non trattati in agenda, cui corrisponde la marginalità assegnata alla questione religiosa[19].

Un'atmosfera di predominante sperimentazione costituzionale con limitati effetti applicativi, anonimi cataloghi di diritti calati dall'alto e organi di astratta e temporanea tutela, da cui solo l'*Ombudsman* sembra essere sopravvissuto all'azione del legislatore, aleggia sull'intera esperienza sostenuta dal contributo decisivo di Dayton e proietta le sue ombre negli anni seguenti[20].

Non è augurabile che le garanzie di libertà religiosa in Bosnia-Erzegovina affidino il proprio durevole accomodamento ad accordi internazionali sottoscritti a tavolino da soggetti terzi, ma è incontestabile che i rappresentanti politici e le organizzazioni sovranazionali abbiano sottovalutato questo profilo, con l'effetto di rimettere la strategia del dialogo, quasi per una implicita delega, all'iniziativa diretta delle autorità confessionali. La questione etnoreligiosa è gradualmente venuta affermandosi negli ambiti di un dialogo domestico. Alla condizione gregaria dell'ortodossia e del mondo islamico, si opponeva il profilo di spicco nel gioco interlocutorio internazionale assunto

---

peso esercitato dagli Stati Uniti. Cfr. Laura Montanari, *Il principio di Rule of Law e la tutela dei diritti nei Balcani Occidentali*, in Aa.Vv., *Il pluralismo nella transizione costituzionale* cit., p. 212.

[16] Non casualmente, un'accreditata dottrina contesta agli Accordi di Dayton la valenza giuridica di documento costituzionale. Così, Pavle Nikolic, *I sistemi costituzionali* cit., p. 190.

[17] Jens Woelk, *La transizione costituzionale* cit., p. 81.

[18] Silvio Gambino, *Potere costituente e transizioni democratiche cit.*, pp. 28-29, per il quale, l'allegato IV degli Accordi di Dayton è «meritevole d'attenzione» per la transizione costituzionale relativa alla forma di Stato. *Ibidem*, Laura Montanari, *La tutela dei diritti nelle nuove Costituzioni dei Balcani Occidentali*, p. 175. Per Dayton come «spartiacque» di un modello di intervento comunitario nell'area dei Balcani occidentali, vedi Alfredo Rizzo, *L'Unione Europea e i Paesi dei Balcani occidentali nella prospettiva dell'allargamento*, in *Il pluralismo nella transizione costituzionale* cit., p. 54.

[19] Gli Accordi di Dayton si articolano in una serie di tematiche relative a: la linea di demarcazione tra le due Entità per delimitare il rispettivo territorio (App. II); il sistema elettorale (App. III); la Costituzione dello Stato (App. IV); l'arbitrato come metodo per risolvere le controversie tra le Entità (App. V); i diritti umani (App. VI); i diritti dei rifugiati e degli sfollati (App. VII); l'istituzione di una Commissione per la conservazione dei monumenti nazionali (App. VIII); i servizi pubblici (App. IX); l'attuazione civile dell'Accordo di pace (App. X); la costituzione di una *task force* internazionale di polizia (IPTF, App. XI).

[20] La natura «internazionalizzata» della Costituzione bosniaca traspare non solo dalla sua materializzazione nell'Allegato IV del Trattato di pace, ma dal fatto stesso che diritti, garanzie e fasi in cui farne valere concretamente la tutela sono assorbiti da quella originaria condizione operativa eterodiretta. Vedi Cfr. Laura Montanari, *Il principio* cit., p. 214. Che l'affermazione di diritti costituzionali sostanziali venga assicurata attraverso una singolare tecnica legislativa di rinvio ad un pacchetto di convenzioni internazionali, con l'effetto di dar vita ad un fenomeno di osmosi tra diritti umani convenzionali e diritti fondamentali, è evidenziato dalla dottrina. Così, Laura Montanari, *La tutela dei diritti* cit., pp. 162, e 175-177.

– anche con posizioni coraggiose non immuni da scie polemiche[21] – dalla Santa Sede quale megafono sovranazionale delle iniziative della Chiesa locale[22].

---

[21] A proposito della teorizzazione sul «diritto-dovere di intervento umanitario» contro le pratiche di purificazione etnica reciprocamente attuate tra le tre minoranze in Bosnia, ed esposta e più volte ribadita da Giovanni Paolo II, vedi la Lettera (11 marzo 1993) di Giovanni Paolo II a Boutros Boutros-Ghali, Segretario generale delle NU. Il documento affronta la questione della necessità del diritto di intervento nei riguardi di una comunità internazionale incapace di iniziative per porre fine ai massacri e alla devastazione dei luoghi di culto: «L'Organization des Nations Unies ets aujourd'hui le forum le plus adéquat pour que la communauté International prenne ses responsabilités (…). L'autorité du droit de la force morale (…) sont les fondements sur lesquels repose le droit d'intervention pour la sauveguarde de populations prises en otage par la folie meurtrière de fauteurs de guerre», in *La Documentation Catholique,* (in seguito, *DC*) Bayard Presse, Paris, 1993 (90), p. 351. Sulla posizione internazionale della Santa Sede circa la questione bosniaca, si vedano i molteplici interventi raccolti in *DC*, 1992 (89): Appello alla pace di Giovanni Paolo II (9 aprile 1992) p. 513; Intervento all'ONU (5 maggio 1992) p. 615; Appello messaggio di solidarietà in favore della popolazione martire al cardinale Puljic (30 maggio 1992), p. 713; Intervento di mons. Alain Lebeaupain alla Conferenza CSCE-Praga del 16-18 settembre 1992, in cui si espone la posizione della Santa Sede sulla questione bosniaca: un diritto-dovere di ingerenza umanitaria e il rifiuto dell'instaurazione di un nazionalismo fondato su razza o etnia; l'impossibilità di un futuro nei Balcani che prescinda da un programma di riconciliazione, p. 933; Dichiarazione alla stampa del cardinale Angelo Sodano sulla necessità di riconoscrere un diritto-dovere di ingerenza umanitaria (*O.R.*, 8 agosto 1992), p. 800; Missione umanitaria del cardinale Roger Etchegaray (16 agosto 1992), p. 865; Intervento di mons. Raffaele Martino, Osservatore permanente della Santa Sede al terzo Comitato dell'Assemblea Generale delle NU (9 ottobre 1992), fondato su due principi direttivi contro la purificazione etnica e la discriminazione razziale: il rispetto del genere umano e la dignità di ogni persona, p. 1043.
Dettagliati riferimenti storici sulle reazioni al «nuovo ordine mondiale» in Giovanni Paolo II e sulla «ingerenza umanitaria», sono reperibili in Andrea Gianelli – Andrea Tornielli, *Papi e guerra. Il ruolo dei pontefici dal primo conflitto mondiale all'attacco in Iraq*, SEE, Milano, 2003, p. 253. Sottolinea la natura politica, e non solo di carattere magisteriale-pastorale degli interventi pontifici, Carlo Cardia, *Vaticano e Santa Sede dal trattato lateranense a Giovanni Paolo II*, in Pietro Agostino d'Avack, *Vaticano e Santa Sede,* Il Mulino, Bologna, 1994, p. 56. Diffusamente, sul tema, Sergio Ferlito, *L'attività internazionale della Santa Sede*, Giuffré, Milano, 1988; Giuseppe dalla Torre, *La città sul monte. Contributo ad una teoria canonistica sulle relazioni tra Chiesa e comunità politica*, AVE, Roma, 1996. Occorre rimarcare come il dato politico domini pesantemente l'intero quadro della questione: anche sotto il profilo del riconoscimento della soggettività internazionale, che ha un valore solitamente dichiarativo, per la Bosnia ha assunto un'eccezionale valenza costitutiva, pur sussistendo tutte le riserve scaturenti dall'essere in presenza di uno stato sovrano. Così, Jens Woelk, *La transizione costituzionale* cit., p. 44.

[22] Posizioni di aperta condanna della classe politica per le responsabilità del genocidio perpetrato in Bosnia sono documentate dalla Dichiarazione dei Vescovi della CEBE e della Croazia (7 ottobre 1992). Dopo la disintegrazione della Jugoslavia e la creazione delle Repubbliche di Croazia e di Bosnia-Erzegovina per la prima volta i vescovi delle rispettive nazioni si riuniscono a Zagabria, per condannare i crimini commessi in nome della «epurazione etnica», in *DC,* 1992 (89), p. 1059. Analoghi toni ricorrono nell'appello del cardinale Franjo Kuharic, arcivescovo di Zagabria, perché si ponesse fine al tempo apocalittico in Bosnia-Erzegovina (31 luglio 1992), in *DC,* 1992 (89), pp. 799-800.
Questi appelli si sarebbero replicati nei mesi ed anni a venire, sino alla stipula degli Accordi di Dayton: si veda la Dichiarazione comune della Conferenza Episcopale di Croazia in riunione con i tre vescovi delle diocesi della Bosnia-Erzegovina a Split (13-15 ottobre 1993), intesa a denunciare l'epurazione legalizzata dei cattolici dal territorio della Bosnia-Erzegovina, in *DC*, 1994 (91), p. 92;

In questo orizzonte, gli spazi residui sulla libertà di religione sono stati colmati dagli interventi della giurisprudenza costituzionale e da una legislazione il cui progressivo sviluppo ha impresso un deciso colpo d'ala al quadro normativo nell'ultimo decennio. Sullo sfondo, il rapporto dialettico, tra fugaci abboccamenti, in un contesto di perenne ed irrisolto disaccordo interconfessionale[23]. Il segno del malessere, ancora una volta, trova il suo autentico punto di trazione nell'azione diplomatica vaticana, per risolversi nell'annullamento della visita di Wojtyla alla volta della «Gerusalemme d'Europa», nel 1994[24]. Un fallimento reso più amaro, nel cuore del Romano Pontefice, se confrontato con il ruolo guida acquisito dalla Sede petrina solo due anni prima, con il patrocinio del precoce riconoscimento della sovranità statuale di Slovenia e Croazia, oltre che della Bosnia-Erzegovina. Quell'iniziativa avrebbe impresso l'impulso decisivo al moto secessionista e al successivo sgretolamento della Jugoslavia socialista[25], senza tuttavia preconizzare le ulteriori tragiche conseguenze ad esso legate[26]. Di fatto, l'*empasse* diplomatico sanciva l'inanità delle energie generosamente profuse dal Papa polacco in difesa delle popolazioni martiri asserragliate nelle *enclaves* di Mostar, Sarajevo e Srebrenica. L'inefficacia della penetrazione diplomatica vaticana, nonostante l'opzione di perseguire un ruolo di sussidiarietà, in utile posizione defilata, con una conseguente minor forza di incisione sullo

---

la Dichiarazione dei Vescovi della Provincia ecclesiastica di Sarajevo a Bol (27-28 novembre 1993), di denuncia dell'incapacità delle autorità internazionali ad adottare misure efficaci contro i massacri, in *DC*, 1994 (91), p. 94. Appello alla comunità mondiale dei Cardinali Franjo Kuharic, arcivescovo di Zagabria e Vinko Puljic, arcivescovo di Sarajevo: «*Ici l'humanité est en train de mourir*», cfr. *DC*, 1995 (92), p. 128. Si richiama, ancora, una lettera di mons. Franjo Komarica, vescovo di Banja Luka al Presidente della Repubblica Serba in Bosnia-Erzegovina, Radovan Karadjic, per una spiegazione circa le distruzioni sistematiche delle vestigia storiche della diocesi. Il prelato afferma di avere chiara: «(…) l'impression que l'on veut détruire toute trace de catholicisme dans la région devient plus évident encore!», in *DC*, 1995 (92), p. 662.

[23] Vjekoslav Perica, *Balkan Idols. Religion and nationalism in Yugoslav States*, Oxford University Press, 2002, pp. 235-236. Sottolinea il fatto che la Bosnia-Erzegovina sia un'area geografica massimamente devastata da conflitti etnici resi inestricabilmente complessi dalla componente religiosa, in posizione antagonista con i tentativi di stabilizzazione democratica, Giuseppe de Vergottini, *Le transizioni costituzionali* cit., p. 210.

[24] Cfr. ancora il *Dossier* sull'annullamento della visita di Giovanni Paolo II a Sarajevo, con le allocuzioni e i discorsi non pronunciati alle comunità religiose serbo ortodosse e musulmane e al Presidente della Repubblica di Bosnia-Erzegovina, in *DC*, 1994 (91), p. 879. Vedi anche, in generale, Bernard Lecomte, *Giovanni Paolo II*, Baldini Castoldi Dalai, Milano, 2005, pp. 383-384; Jean Yves Rouxel, *Le Saint-Siège sur la scéne internationale*, L'Harmattan, Paris, 1999; *L'azione della Santa Sede nel conflitto bosniaco*, in Quaderni dell'Osservatore Romano, n.25, LEV, 1994;

[25] Giannantonio Benacchio, *La circolazione dei modelli* cit., p. 269; Bernard Lecomte, *Giovanni Paolo II* cit., p. 384.

[26] George Weigel, *Testimone della speranza: la vita di Giovanni Paolo II*, Mondandori, Milano, 1999.

stato dei fatti e sulle procedure decisionali assembleari al Palazzo di Vetro, sanciva la gravità della «questione bosniaca» e l'impressione di affrontare eventi non più governabili[27].

Ma Dayton predispone il dopo-Dayton: quella anomala Carta fondamentale[28] ha il merito di smuovere le acque stagnanti nella consapevolezza da parte dei suoi sottoscrittori che essa respiri la medesima natura giuridica transitoria del fenomeno storico che è destinata a regolare[29].

Lo stato di attesa, di sospensione e di mancata soluzione da parte di Dayton di alcune questioni centrali sollecitava, nel 2006, la messa in cantiere di un progetto di riforma, da parte dell'ingegneria costituzionale di radice internazionale[30].

L'accidentato percorso di transizione si avviava nuovamente sulla china delle riforme, dopo aver sperimentato, con le prime libere elezioni degli anni Novanta, corruzione politica, logiche di spartizione del potere[31] ed una tragica guerra civile e religiosa[32]. Il modello di Stato a protettorato internazionale registrava soprattutto l'incapacità d'azione dell'Alto Rappresentante che, sulla carta, avrebbe dovuto coordinare le fasi di attuazione dell'ambizioso progetto costituzionale eterodiretto, in base ad un potere di gestione concentrato abbracciante insieme potestà legislative, esecutive e di

---

[27] Le molteplici dichiarazioni apostoliche rivolte all'ONU, che per favorire il processo di democratizzazione e di transizione bosniaco aveva scelto una posizione di smarcamento rispetto al ruolo di protagonismo lasciato nelle mani delle Organizzazioni internazionali regionali, risultano quindi inefficaci in prima battuta. Cfr. Ugo Villani, *Democratizzazione all'Est* cit., p. 78.

[28] Paola Gaeta, *The Dayton agreements and international law*, in *Eur. J.Int.L.*, 1996, p. 147 ss.; Sienho Yee, *The new Constitution of Bosnia and Herzegovina*, *ibidem*, p. 176 ss.; Laurent Pech, *La garantie international de la Constitution de Bosnie-Hérzegovine*, in *Rev. Française Droit Const*., Presses Univ. de France, 2000, pp. 421 ss.; Ranko Kuzmanovic, *Il nuovo costituzionalismo della Bosnia Erzegovina fra nuovo sistema mondiale e transizione*, in Silvio Gambino (a cura di), *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, cit., pp. 211 ss.; Gustavo Gozzi, *Democrazia e nazionalismi. La Bosnia Erzegovina: una democrazia impossibile?*, in Gustavo Gozzi – Fabio Martelli (a cura), *Guerre e minoranze. Diritti delle minoranze, conflitti interetnici e giustizia internazionale nella transizione alla democrazia dell'Europa Centro-orientale*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 157-180.

[29] Dayton prelude e prepara uno sviluppo assai complesso del processo transitorio in Bosnia-Erzegovina. La dottrina individua tre momenti di articolazione del dopo-Dayton: una fase di naturale attuazione; una fase «correttiva», specialmente da parte della giurisprudenza costituzionale; un'ulteriore fase di «aggiornamento responsabile dell'ordine imposto». Cfr. Jens Woelk, *La transizione costituzionale* cit., pp. 15 e 45-46. Occorre qui aggiungere il contributo stabilizzatore dell'azione legislativa che si è mossa sulla strada tracciata nel rafforzamento dell'integrazione europea.

[30] Progetto di riforma costituzionale della cd. Commissione di Venezia (7 aprile 2006). I documenti sono consultabili al sito on-line www.coe.int.

[31] Guido Franzinetti, *I Balcani dal 1878 ad oggi*, Carocci, Roma, 2010², p. 97.

[32] Pavle Nikolic, *I sistemi costituzionali* cit., p. 188.

interpretazione vincolante[33]. Ma, soprattutto, Dayton segnala la cecità degli interpreti internazionali alla comprensione del dato metagiuridico, sia esso il momento emotivo di una collettività, sia quello delle esigenze religiose in cui i gruppi trovano le fonti metafisiche di un'identità radicale.

In questa lunghezza d'onda, appare degna d'attenzione la limpida analisi in prospettiva serba che monsignor Perko espone a proposito degli effetti del post-Dayton. Quegli accordi, infatti, mantenevano in uno stadio di sospensione i problemi nodali dell'area e, soprattutto, trascuravano le frustrazioni di un intero popolo: «tra i popoli slavi del sud i serbi restano pressoché i soli a non veder realizzate le loro mire politiche: hanno perduto la Jugoslavia e non hanno realizzato la Grande Serbia»[34]. Nel corso di una conferenza che segue a pochi anni di distanza, il cardinale Puljic riesaminava le tematiche rimaste irrisolte in Bosnia come eredità dell'era post-Dayton [35].

---

[33] Jens Woelk, *La transizione costituzionale* cit., p. 82.

[34] Così, mons. Franc Perko, arcivescovo di Belgrado, in un'intervista resa a Luigi Accattoli, *Il papa a Sarajevo. Una sconfitta ecumenica*, in *Il Regno*, EDB, Bologna, 16/'94, p. 453.

[35] Conferenza del cardinale Vinko Puljic, arcivescovo di Sarajevo al Centro mondiale per la Pace di Verdun, il 4 marzo 1999, in cui propone una testimonianza della situazione attuale in Bosnia-Erzegovina, conclusi gli Accordi di Dayton.
Tra l'altro Puljic riferisce di due temi: 1.dell'instabilità che connota le due parti del Paese (la Federazione croato-musulmana e la Republika Srpska) e 2.di Sarajevo come modello sperimentale di pluralismo.
Secondo il prelato, gli impedimenti alla pacificazione del Paese riposano sul fatto che «… premièrement, les traces de l'époque du socialisme marxiste n'ont toujours disparu et, deuxièmement, le processus du retour des personnes chassées de leurs foyers ainsi que la construction nécessaire d'une société civile tolérante progressent trop lentement» (p. 415).
Puljic avverte le differenze nei punti di vista delle autorità delle due Entità, cui si aggiungono le posizioni della comunità internazionale: «Les responsables civiles et militaires de la communauté internationale font des déclarations selon lesquelles dévraient être construits dans notre pays, un État et une société sans nationalités particulières, car selon eux toutes les difficultés actuelles viendraient des nationalismes exagérés. Nous avons une expérience tragique à ce sujet, qui avait marqué toute l'époque communiste, lorsqu'il était interdit de parler de l'héritage culturel, et lorsque les problems inter-ethniques, au lieu d'être résolus, étaient étouffés. En tant que pasteur (…) je suis conscient du fait qu'il n'y a pas de solutions simples ni rapides» (p. 416).
Il Cardinale espone il suo convincimento sul futuro possibile della Bosnia-Erzegovina solo nel dialogo e nella tolleranza di popoli storicamente lì radicati: «(…) je suis convaincu que la solution la plus juste est un État des trois peuples, jouissant d'une réelle égalité de droit et de devoirs pour tous. La Bosnie est un ensemble géographique, historique et culturel qui peut et doit rester ensemble. Le christianisme, l'islam et le judaisme, puis le catholicisme et l'orthodoxie, se côtoient ici depuis des siècles. Je crois profondément que nous pouvons vivre ensemble en respectant nos différences religieuses, ethniques et culturelles» (p. 416).
Siffatta soluzione sembra l'unica via possibile, nel quadro di alternative che sembrano ingiuste e lesive di diritti dell'uno o dell'altro: «Malgré les difficultés presentes, la Bosnie-Herzégovine ne peut pas etre divisée de manière équitable en trois nouveaux Etats ethniques. De même, une annexion de la Republika Srpska à l'État de Serbie, ou de la partie herzégovienne de la Fédération à la République de Croatie, ne seraient pas justes… De la meme façon ne serait pas juste une Bosnie-Herzégovine dominée par des musulmans (…)», *DC*, 1999 (96), pp. 414-417.

Lo stesso Papa Wojtyla indicherà più volte, sino all'imbrunire del suo lungo pontificato, emblematicamente sintetizzato nell'ultimo viaggio apostolico in Bosnia-Erzegovina (22 giugno 2003), l'idea di quella terra come «luogo simbolo di coabitazione interreligiosa», da difendere avverso ogni tentazione di predominio gli uni sugli altri, in vista di un progetto di integrazione nell'Europa dei popoli[36].

3. *I segni dell'assetto democratico eterodiretto nella Costituzione di Dayton (1995) e il ruolo del fattore religioso nella giurisprudenza della Corte costituzionale di Bosnia-Erzegovina*

Quello della formazione e della transizione costituzionale eterodiretta nei Balcani Occidentali è un fenomeno non nuovo e già sperimentato nell'Europa del secolo scorso. Avvertiva la dottrina, tuttavia, come siffatta modali-

---

[36] *DC,* 1997 (94), pp. 463-481, (*Dossier*) Visita pastorale di Giovanni Paolo II a Sarajevo (12-13 aprile 1997). In particolare, l'incontro di Giovanni Paolo II con i rappresentanti delle comunità islamica, ebraica ed ortodossa e il discorso ai responsabili politici della Bosnia-Erzegovina – Alija Izetbegovic (per i musulmani) Momcilo Krajlsnik (per i serbo-ortodossi) e Kresimir Zubak (per i cattolico-croati) – nel cui contesto il Pontefice romano indica il metodo: «(…) On pourra lentement guérir les blessures infligées par la terrible guerre qui vient de se produire, et l'on donnera un réel espoir d'un avenir plus digne à toutes les populations qui vivent ensemble sur ce territoire. Le dialogue devra se dérouler dans le respect de l'égalité des droits, garantie à chaque citoyen par des instruments juridiques adéquats, sans préférences ou discriminations».
Dopo il vano tentativo del 1994, e quello dell'aprile 1997 a Sarajevo, Giovanni Paolo II è, nel suo 101° viaggio apostolico, a Banja Luka in un pellegrinaggio che annovera nel programma la successiva visita in Serbia, Montenegro, Repubblica di Skopje (Macedonia), Moldavia e Russia. È l'occasione per la beatificazione del laico croato Ivan Merz, e per rinsaldare i rapporti con il Consiglio interreligioso bosniaco (vi presenzieranno i rappresentanti delle tre maggiori confessioni, oltre a quella ebraica). Secondo il Romano Pontefice la Bosnia-Erzegovina è, in Europa, il luogo simbolo di coabitazione tra cattolici, ortodossi e musulmani, apparendo quella terra, il testimone vivente dell'imperativo alla riconciliazione dei popoli, per una vera e solida edificazione dell'Europa. Nel suo appello di riconciliazione che attinge alla Esortazione apostolica post-sinodale appena pubblicata «*Ecclesia in Europa*», ricorda l'uso strumentale della religione per opporre le identità dei popoli, siano essi serbi, croati o bosniaci. *Dossier. Le vojage apostolique à Banja Luka (B-E, 22 giugno 2003)*, in *DC,* 2003 (100), pp. 721.
Discorso di Giovanni Paolo II a Miroslav Palameta, ambasciatore di Bosnia-Erzegovina presso la Santa Sede. Il Papa, nel rammemorare il viaggio apostolica a Banja Luka (22 giugno 2003), riassume i temi centrali irrisolti nel dopo-Dayton: «(…) Je pense à la question encore en suspens des réfugiés et des exilés de la region de Banja Luka, de Bosanska Posavina et d'autres régions de Bosnie et Herzégovine (…). Les eventuelles situations d'injustice et de marginalisation doivent être affrontées et résolues, en garantissant à chaque peuple de Bosnie et Herzégovine ses droits et ses devoirs respectifs (…) grace à des structures démocratiques en mesure de combattre la tentation de la domination des uns sur les autres (…). Tel est le défi d'une société multiethnique, multireligieuse et multiculturelle, comme l'est précisément la Bosnie et Herzégovine. (…) Puisse cette partie de l'Europe (…) offrir sa contribution au processus en cours de l'intégration européenne avec les memes droits et devoirs», in *DC,* 2004 (101), p. 610.

tà di intervento di ortoprassi correttiva istituzionale, che più di recente ha interessato gli Stati post-socialisti dell'ex Jugoslavia, si sia manifestata con accenti di maggior profondità in Bosnia-Erzegovina[37], laddove la transizione costituzionale[38] ha assunto le forme di una radicale trasformazione «ontologica», e non solo politica, dello Stato-ordinamento in grado di scompaginare gli abituali schemi domestici del «dominio riservato»[39].

D'altra parte, il processo eterodiretto ha lasciato tracce consistenti ed inequivocabili nella Costituzione bosniaca del 1995 – ma il rilievo è estensibile a gran parte delle recenti Carte fondamentali dei Paesi dell'Oriente europeo – il cui elemento di massima evidenza è nell'aver sancito, anche per bocca della giurisprudenza costituzionale[40], il principio di sovraordinazione gerarchica delle fonti di diritto internazionale su quelle legislative interne[41].

---

[37] Sulla maggiore complessità riguardante i percorsi di ricostruzione costituzionale del caso bosniaco, si sofferma Laura Montanari, *Il principio di Rule of Law* cit., p. 208, nota 7. Sull'edificazione «assistita» del nuovo Stato bosniaco, Alessandro Torre, *I governi locali nella grande transizione costituzionale balcanica*, in Aa.Vv., *I Balcani Occidentali. Le Costituzioni della transizione*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 81. Un'analisi approfondita dell'ordinamento costituzionale imposto da Dayton è in Pavle Nikolic, *I sistemi costituzionali* cit., pp. 189 ss.

[38] Un transizione che avviene, tuttavia, in ossequio al principio costituzionale di continuità della propria «esistenza legale». Vedi Cost. art.I.1: «The Republic of Bosnia and Herzegovina (…) shall continue its legal existence under international law as a State, with its internal structure modified as provided herein and with its present internationally recognized borders(…)». Il testo è reperibile sul sito on-line, constituteproject.org, Bosnia and Herzegovina 1995 (rev. 2009).

[39] Roberto Toniatti, *La transizione nei Balcani Occidentali e il paradigma costituzionale europeo: il pluralismo delle fonti e delle identità*, in Aa.Vv., *Il pluralismo nella transizione* cit., pp. 344-346, che sottolinea la natura del fenomeno, interessante il processo e non il procedimento costituente; Thalita Vassalli di Dachenhausen, *Principio di legittimità democratica e domino riservato*, in Aa.Vv., *Democratizzazione all'Est e diritto internazionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, pp. 194 ss.; Giampaolo Gerbasi, *La Costituzione internazionale della Bosnia Erzegovina e il difficile equilibrio fra sovranità etnica e diritti fondamentali della persona*, in S. Gambino (a cura di), *Europa e Balcani. Stati, culture, nazioni*, Giuffré, Milano, 2001, pp. 285 ss. Per uno sguardo panoramico, v. Sergio Bartole, *Riforme costituzionali nell'Europa Centro-orientale*, Bologna, Il Mulino, 1993 e, più recente, Sergio Bartole - Pietro Grilli di Cortona, *Transizione e consolidamento democratico nell'Europa Centro-orientale: élites, istituzioni e partiti*, Giappichelli, Torino, 1998.

[40] Sent. Corte Cost. 2000, in Jens Woelk, *La transizione costituzionale* cit., pp. 105-106.

[41] Michele Scudiero, *Democratizzazione all'Est e Costituzioni dei Paesi ex-socialisti*, in Aa.Vv., *Democratizzazione all'Est* cit., pp. 22-24. L'A. osserva anche il riaffiorare dell'antico primato che la dottrina politica socialista assegnava al Parlamento, con il dogma dell'insussistenza del controllo di costituzionalità delle leggi. La necessità di accogliere principi democratici, tra i quali la giurisdizione di legittimità della Corte costituzionale comporta l'inevitabile apertura di «scenari di delicata armonizzazione». Cfr. Cost. art.VI.3, a (Jurisdiction): «The Constitutional Court shall uphold this Constitution. a). The Constitutional Court shall have exclusive jurisdiction to decide any dispute that arises under this Constitution between the Entities or between Bosnia and Herzegovina and an Entity or Entities, or between institutions of Bosnia and Herzegovina». Cfr. anche Giuseppe Contini, *Processi formativi delle nuove Costituzioni nei Paesi dell'Europa dell'Est*, in *Nomos*, Poligrafico dello Stato, Cedam, 1992, n.4, pp. 29 ss.; Lucio Pegoraro, *Il sistema delle fonti giuridiche nelle Costituzioni dell'Est europeo*, in *Quaderni Costituzionali*, Il Mulino, Bologna, 1995, n.1, pp.

La Costituzione di Bosnia-Erzegovina anzi, si dimostra come «esemplare» nell'accoglimento dei principi del costituzionalismo liberal-democratico sancito nei trattati internazionali (spec. CEDU), con l'ulteriore clausola che li circonda di insormontabili bastioni (divieto assoluto di revisione costituzionale, ex art.X.2 (Human Rights and Fundamental Freedoms): «No amendment to this Constitution may eliminate or diminish any of the rights and freedoms referred to in Article II of this Constitution or alter the present paragraph»)[42].

La «soluzione limite» della Costituzione bosniaca consiste nell'apprestare ed accogliere strumenti esterni di garanzia dei diritti umani e libertà fondamentali: strumenti che rinviano sia a fonti, sia a organismi internazionali di cooperazione e monitoraggio[43]. Il principio pluralista e di garantismo oggettivo, indipendente da qualifiche etniche o religiose, sperimenta nella Costituzione di Bosnia-Erzegovina una coniugazione, per sua natura assai instabile, che proclama uno Stato dei popoli, pur restando orfana di una nazione di riferimento unitario[44].

A vent'anni da Dayton, tuttavia, l'assetto costituzionale democratico del Paese, nonostante gli incontestabili mutamenti, appare ingessato, così da indurre la dottrina a parlare di una transizione incompiuta, «meramente embrionale, *statu nascenti*», riconducibile ad un «processo di transizione descrittivo»[45]. Questa persistente paralisi istituzionale ha sollecitato il giurista, per effetto reattivo, ad un florilegio di nozioni descrittive. Nell'intento di ricondurre a schema l'anomalo sviluppo strutturale dello Stato bosniaco, maturato dentro il reticolo della gabbia internazionale, la dottrina si è sbizzarrita nell'elaborare una notevole varietà di formule. Si è così parlato di «Unione deformata»[46] o di «quasi confederazione»[47] o, ancora, di «Stato fe-

---

111 ss.; SLOBODAN MILACIC, *Les ambiguités du constitutionnalisme postcommuniste*, in AA.VV. (a cura di Jean-Claude Colliard e Yves Jegouzo), *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en honneur de Gerard Conac*, Economica, Paris, 2001.

[42] JENS WOELK, *La transizione costituzionale* cit., p. 69, nota 78.

[43] LAURA MONTANARI, *La tutela dei diritti nelle nuove Costituzioni dei Balcani Occidentali*, in *I Balcani Occidentali* cit., p. 201, nota 148.

[44] Cfr. Act 4 october 2001 on citizenship of the Federation of Bosnia and Herzegovina (Text. N.599, in *Sluzhbeni Novine*, 2001-10-08, n.43) che stabilisce le condizioni per mantenere e perdere la cittadinanza.

[45] SILVIO GAMBINO, *Potere costituente e transizioni democratiche* cit., pp. 42-44; *ibidem*, per ulteriori ed utili rinvii bibliografici ALESSANDRO TORRE, *I governi locali* cit., p. 53. Analogamente, MICHELE SCUDIERO, *Democratizzazione all'Est* cit., p. 25.

[46] In tali termini si esprime, per indicare l'anomala natura di stato composto di tre «popoli costituenti» rappresentanti di bosniaci, croati e serbi, PAVLE NIKOLIC, *I sistemi costituzionali* cit., pp. 195 ss.

[47] La Bosnia-Erzegovina, secondo Dayton, sarebbe rimasta un unitario soggetto statuale suddiviso

derale gemello» (*Zwillingbundesstaat*)[48] o di «Stato multietnico a democrazia consociativa» fondato sulle aspettative di un forte «*power sharing*»[49], o anche di «Stato a democrazia etnica»[50] o un «*apartheid* costituzionale organizzato per via federativa»[51] o, infine, di Stato a «Costituzione internazionalizzata»[52].

Da tale griglia definitoria si ricava che l'ordinamento bosniaco è venuto saldandosi in strutture formalmente democratiche da cui traspariva, tuttavia, una debolezza originaria derivante dal postulato del primato dei tre popoli elettivi[53]: la legislazione di tipo confessionale offre evidenti indici di questa evanescente formulazione «compositiva» del suo popolo tridimensionale e dello Stato, dando luogo ad inquadramenti sistematici di confine[54], tra autoritarismo e suoi derivati concettuali[55].

Questi primi sommari rilievi ci segnalano lo specifico carattere più immediatamente «formalista» della Costituzione di Dayton, ed i suoi limiti[56] e,

---

in due Entità (la Federazione croato-musulmana e la Republika Srpska). La soluzione di una Bosnia indivisa «salvava le apparenze» politiche ma cozzava con una diversa realtà in cui il fattore etnico imponeva una terza entità social-culturale nel settore croato; la questione dei confini territoriale era rimessa al principio giuridico internazionale astratto dell'immutabilità; l'*ownership* di governo restava un sogno infranto tra gli scogli del protettorato ONU. Cfr. Guido Franzinetti, *I Balcani dal 1878* cit., pp. 105 e 107. Rifiuta la tesi della Confederazione, in quanto: «dispone di un'organizzazione completa di poteri e non è formata con l'accordo degli Stati sovrani ed indipendenti, avendo una costituzione prevalente» Pavle Nikolic, *I sistemi costituzionali* cit., p. 197.

48 Wolfgang Graf Vitzthum, *Ethnischer Foederalsimus unter Protektoratsbedingungen. Das beispiel Bosnien-Herzegowina*, in (a cura di) Europaisches Zentrum fur Foederalismusforschung, *Europaischer Foederalismus im 21 Jahrhundert*, Nomos, Baden-Baden, 2003, pp. 118 ss.

49 Jens Woelk, *La transizione costituzionale* cit., p. 84.

50 Nozione offerta nella prospettiva, invero inquietante, di uno Stato provvisto di un ordinamento multinazionale, ma «senza Nazione» e che l'A. contrappone ad uno «Stato a democrazia civica». Così, Jens Woelk, *La transizione costituzionale* cit., pp. 19-20. Cfr. Cost. Art.I.3 (Composition): «Bosnia and Herzegovina shall consist of the two Entities, the Federation of Bosnia and Herzegovina and the Republika Srpska (hereinafter "the Entities")».

51 Così, Zoran Pajic, *The structures of apartheid. The new Europe of ethnic division*, in *Balkan War Reports*, august-september 1993, pp. 3 ss.

52 Nicolas Maziau, *Le Costituzioni internazionalizzate. Aspetti teorici e tentativi di classificazione*, in *Dir.Pubbl. Comp. Europeo-DPCE*, Il Mulino, Bologna, 2002/IV, pp. 1397 ss.

53 Germana Carobene, *Il basic agreement tra la Santa Sede e la Bosnia-Erzegovina*, in www.statoechiese.it, Rivista telematica, settembre 2008, p. 8. Vedi Cost. Art.I.2 (Democratic Principles): «Bosnia and Herzegovina shall be a democratic State, which shall operate under the rule of law and with free and democratic elections».

54 Secondo un indice statistico del 2007, avente ad oggetto il livello di democratizzazione applicabile agli Stati dei Balcani Occidentali, la Bosnia-Erzegovina è collocabile tra i modelli di tipo «autoritario-competitivo». Così, Davide Grassi, *Le nuove democrazie. I processi di democratizzazione dopo la caduta del Muro di Berlino*, Il Mulino, Bologna, 2008, pp. 89 ss.

55 Sostiene la stabilizzazione di un «regime semi-autoritario» a fianco di Croazia, Serbia, Macedonia e Albania, Luca Mezzetti, *Le Costituzioni economiche*, in Aa.Vv., *I Balcani Occidentali* cit., pp. 120.

56 O «imposta» (secondo la tesi di Drusko Milidragovic) o «donata» ai popoli (Ranko Kuzmanovic),

per ricaduta diretta, della legislazione derivata in materia di diritti e libertà fondamentali[57]: un profilo che risente integralmente, come è stato bene avvertito, dell'alto grado di istituzionalizzazione del fattore etnico[58]. La proclamazione astratta dei principi democratici-liberali di stampo occidentale vale a sostenere tale assetto solo a condizione che i diritti culturali, etnici, religiosi ed economico-sociali siano effettivamente garantiti, superando le contraddizioni celate nel sistema[59]. Ora, non c'è dubbio che la stabilizzazione di questa complessa sequenza di garanzie giuridiche basali sia stata affidata sia all'inquadramento «atipico» nella forma presidenziale di governo[60], sia al sistema di delega di potestà, in forma di largo autogoverno, delle Entità, delle municipalità e dei cantoni, sia ad un meccanismo distributivo rigido di equilibri *pro-quota* negli organi collegiali e non[61].

---

la Costituzione di Dayton resta un testo incompleto (non definisce la forma di governo) che non riflette la volontà di un Parlamento nazionale: sancisce una continuità tra Stati che non è storica, ossia interna, ma internazionale, e anche la sua sovranità appare limitata, perché costretta *de facto* dalla configurazione di protettorato. Su tratterebbe, dunque, di «una forma di Stato molto illusoria». Così, Pavle Nikolic, *I sistemi costituzionali* cit., p. 191.

57 Ma di tale anomalia risente anche la nozione di cittadinanza, quanto al suo riconoscimento e alla possibilità del cumulo con lo *status* di cittadino delle Entità. Cfr. Cost. art.I.7 a (Citizenship): «There shall be a citizenship of Bosnia and Herzegovina, to be regulated by the Parliamentary Assembly, and a citizenship of each Entity, to be regulated by each Entity, provided that: a. All citizens of either Entity are thereby citizens of Bosnia and Herzegovina».

58 Alla Bosnia-Erzegovina associa in questa comune prospettiva il Kosovo e la Macedonia, Jens Woelk, *La transizione costituzionale* cit., pp. 71 e 74. Vedasi il Preambolo della Cost., ottavo alinea: «Inspired by the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenants on Civil and Political Rights and on Economic, Social and Cultural Rights, and the Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, as well as other human rights instruments», nonché ult. cpv.: «Bosniacs, Croats, and Serbs, as constituent peoples (along with Others), and citizens of Bosnia and Herzegovina hereby determine that the Constitution of Bosnia and Herzegovina is (…)». Puntuali riflessioni sulla anomala formula di «due territori per tre popoli» sono esposte da Jens Woelk, *Ult.loc.cit*., p. 83, che ravvisa nella Costituzione il rogito della garanzia di una pace «negativa».

59 Nota Vincenzo de Falco, *Processi di transizione costituzionale e analisi comparative: precisazioni metodologiche*, in *I Balcani Occidentali* cit., pp. 90-91 che l'accettazione forzata delle categorie giusnaturali e universali dei diritti umani cede il suo contenuto di verità se individua il proprio fondamento su basi ideologiche, estranee alla funzione costruttiva e partecipativa di cui si sostanzia la democrazia.

60 In tali termini si esprimono Marina Calamo Specchia-Laura Fabiano, *Istituzioni e tecniche di democratizzazione* cit., pp. 175-176 che, nel mettere a confronto il modello «atipico» bosniaco con quello «depotenziato» della Serbia, ne sottolineano il «(…) salvaguardare le prerogative essenziali dell'organo rappresentativo senza rinunciare ad una presidenza attiva, che (…) come in Bosnia ed Erzegovina, assume anche la funzione di espressione delle diverse etnie presenti nel Paese» cosicché «(…) è da osservare che in ogni istituzione nazionale i bosniaci, i croati e i serbi sono rappresentati equamente e ogni gruppo etnico ha potere di veto sul *decision making*».

61 Uno specialissimo *status* giuridico è riconosciuto dalla Carta fondamentale al Distretto di Brčko. Cost. Art.VI.4: (Brčko District of Bosnia and Herzegovina) «The Brčko District of Bosnia and Herzegovina, existing under the sovereignty of Bosnia and Herzegovina and falling under the

Lo stato di «vacuità» delle istituzioni di cui è sintomatica l'inattuazione di molti principi dichiarati, è riconducibile alle «forti asimmetrie» dello Stato federale, che tampona le falle della sua debolezza congenita ricorrendo a clausole invocanti la supremazia del testo costituzionale su ogni altra fonte di alto rango (Cost. Art.III.3 b)[62] e che si propone la difficile armonizzazione degli equilibri istituzionali interni attraverso l'identificazione di un quadro materiale di competenze in cui le istituzioni si ricompongano per responsabilità concorrenti tra il centro e la periferia[63].

Osserva Nikolic che, più di ogni altra Costituzione adottata dalle vicine ex-Repubbliche della Federazione jugoslava, quella di Bosnia-Erzegovina insiste singolarmente sul ruolo centrale della DUDU e sulla Dichiarazione dei diritti delle minoranze nazionali, etniche, religiose e linguistiche, assicu-

---

responsibility of the institutions of Bosnia and Herzegovina as arising from the Constitution, which territory is jointly owned by the Entities, shall be a local self-government unit with own institutions, laws and regulations, (…). Relations between the Brčko District of Bosnia and Herzegovina and the institutions of Bosnia and Herzegovina and the Entities may be additionally specified by law». Vedi Jens Woelk, *La transizione costituzionale* cit., p. 86. Cfr. Statute of the Brčko District of Bosnia and Herzegovina (5 february 2007) in BiH-2007-C-84886, che contempla tra i principi fondamentali, la personalità legale, l'alfabeto e la lingua, oltre a disposizioni sui diritti e doveri fondamentali dei cittadini (art.13), sulla libertà di associazione (art.14) e sull'educazione (art.15).

[62] Il principio di conformazione delle Entità al dettato della Costituzione di Bosnia-Erzegovina, affiancato da quello della natura integrante del diritto internazionale alle leggi interne dello Stato è espresso in Cost. Art.III.3 b: (Law and Responsibilities of the Entities and the Institutions) «The Entities and any subdivisions thereof shall comply fully with this Constitution, (…). The general principles of international law shall be an integral part of the law of Bosnia and Herzegovina and the Entities». Per la supremazia della Costituzione di Bosnia-Erzegovina sulle Costituzioni delle due Entità e sulle altre fonti giuridiche subordinate, cfr. Jens Woelk, *La transizione costituzionale* cit., p. 95. Secondo Pavle Nikolic, *I sistemi costituzionali* cit., p. 197, si è qui in presenza di «una forma di Stato atipica, molto complessa, dalla costruzione asimmetrica, in quanto composta da due parti: l'ordinamento federale e quello unitario».
Si rammenta che le Costituzioni delle Entità (la Cost. della RS è stata adottata nel 1992 mentre quella della Federazione Serbo-bosniaca, nel 1994) nascono precedentemente alla Costituzione di Dayton (1995), la quale si impone ad esse non solo come formale struttura comune, ma anche come complesso di principi materiali intesi quali parametri rigidi di adeguamento. Su tale delicata questione, cfr. nuovamente Jens Woelk, *La transizione costituzionale* cit., p. 112.

[63] Cost. Art.III.1 f (Article III: Responsibilities of and Relations Between the Institutions of Bosnia and Herzegovina and the Entities, 1. Responsibilities of the Institutions of Bosnia and Herzegovina): «(…) Immigration, refugee, and asylum policy and regulation»; permette alle Entità la facoltà di stabilire speciali relazioni parallele con gli Stati vicini, l'Art.III.2 a (Responsibilities of the Entities.): «The Entities shall have the right to establish special parallel relationships with neighboring States consistent with the sovereignty and territorial integrity of Bosnia and Herzegovina»; impone l'obbligo di uniformità ai principi *standard* sui diritti umani e le libertà fondamentali, l'Art.III.2 c: «The Entities shall provide a safe and secure environment for all persons in their respective jurisdictions, by maintaining civilian law enforcement agencies operating in accordance with internationally recognized standards and with respect for the internationally recognized human rights and fundamental freedoms (…)».

randone «il più alto livello» di osservanza (Art.I.1)[64]. Inoltre, consolida questo principio collegandovi quello dell'armonizzazione agli *standards* internazionali e con uno *status* di priorità gerarchica su ogni altra legge (Art.II.2)[65].

Effettivamente, il rinvio al diritto internazionale è costante e diffuso nell'interezza del testo costituzionale, mentre il Preambolo raccoglie i principi basilari ispiratori di una democrazia liberale di cultura giuridica occidentale[66], di cui il *numerus clausus* è elencato all'art.II.3[67]. Le osservazioni esposte in precedenza motivano l'aggiunta, in posizione di autonomia, del principio di non discriminazione (Art.II.4)[68] – che verrà poi estensivamente sviluppato in una basilare legge di non discriminazione (2009) – e di tutela dei rifugiati e delle *displaced persons* (Art.II.5)[69].

---

[64] Pavle Nikolic, *I sistemi costituzionali* cit., p. 192. Cfr. Cost. Art.II.1 (Human Rights): «Bosnia and Herzegovina and both Entities shall ensure the highest level of internationally recognized human rights and fundamental freedoms. To that end, there shall be a Human Rights Commission for Bosnia and Herzegovina».

[65] Cost. Art.II.2 (International Standards):«The rights and freedoms set forth in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols shall apply directly in Bosnia and Herzegovina. These shall have priority over all other law».

[66] Vi si contempla: il principio democratico; della sovranità nazionale «moderato» da quello di sovranità popolare; il principio dello Stato di diritto; del pluralismo delle fonti, allargato al diritto internazionale (si confronti l'Annesso I, che elenca 15 Convenzioni internazionali e Accordi sui diritti umani, applicabili in Bosnia-Erzegovina); il principio del pluralismo e della sua tutela. Con specifica attenzione per le libertà, la Costituzione «con elencazione tassativa», garantisce le libertà basali, mentre è specialmente assicurato il diritto di cittadinanza, di cui nessuno può essere privato, tra l'altro, per ragioni di razza e religione. Vedi Pavle Nikolic, *I sistemi costituzionali* cit., p. 193-194. Ricorda Lara Appicciafuoco, *La promozione dello Stato di diritto nei paesi dei Balcani Occidentali: il ruolo dell'Unione Europea*, in Aa.Vv., *Il pluralismo nella transizione costituzionale* cit., p. 131 e nota 84, la stretta connessione esistente tra il riconoscimento del principio dello Stato di diritto e dei diritti umani nelle nuove Costituzioni degli Stati dei Balcani Occidentali (Macedonia, Croazia, Albania).

[67] Cost. Art.II.3 lett. g, i-l (Enumeration of Rights): «All persons within the territory of Bosnia and Herzegovina shall enjoy the human rights and fundamental freedoms (…) these include: (…) g. Freedom of thought, conscience, and religion; (…) i. Freedom of peaceful assembly and freedom of association with others; j. The right to marry and to found a family; k. The right to property; l. The right to education».

[68] Cost. Art.II.4 (Non-Discrimination): «The enjoyment of the rights and freedoms provided for in this Article or in the international agreements listed in Annex I to this Constitution shall be secured to all persons in Bosnia and Herzegovina without discrimination on any ground such as sex, race, color, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority (…)».

[69] Questo diritto è stato costruito sulla base di una stratificazione di altri diritti tra loro convergenti per ragioni storiche: il diritto al ritorno di quanti obbligati ad abbandonare le proprie radici e, in conformità all'Annesso VII, il diritto alla restituzione o alla compensazione dei beni perduti. Cost. Art.II.5 (Refugees and Displaced Persons): «All refugees and displaced persons have the right freely to return to their homes of origin. They have the right, in accordance with Annex 7 to the General Framework Agreement, to have restored to them property of which they were deprived in the course of hostilities since 1991 and to be compensated for any such property that cannot be restored to them».

La proclamazione della natura fondamentale dei diritti e libertà costituzionali, tassativamente elencati dalla Carta del 1995, non è sembrata ancora sufficiente garanzia al loro pieno rispetto. Cosicché la Costituzione introduce il divieto di emendamenti che possano limitarne l'esercizio: si tratta di un divieto generale che inibisce senza eccezioni il complesso degli organi di nomopoiesi e le autorità giurisdizionali pubbliche statuenti del Paese (il complesso dei suoi tribunali, le istituzioni e gli organi dello Stato) i quali sono, semmai, tenuti a collaborare in direzione di una corretta applicazione dei diritti e libertà fondamentali[70]. Una evidente esplicitazione di questi principi è rintracciabile nella legge introduttiva dell'*Ombudsman* in Bosnia-Erzegovina (2000).

Da questa rapida disamina è possibile individuare le molte disposizioni costituzionali che descrivono il vasto perimetro legale della libertà di religione, in modo diretto (Preambolo, 8 cpv.; art.I.7 b; art.II.3 g; art.II.4) o indiretto, in quanto compreso nella dizione dei diritti umani o delle libertà fondamentali (art. II.3; art.II.6; art.III.1 f; art.III.2 c; art.X.2; Annesso I).

Occorre qui aggiungere che la Corte Costituzionale, indirizzando la barra di comando saldamente al centro della linea di marcia, ha indicato la rotta delle riforme sugli orientamenti dei legislatori costituzionali delle Entità. Talune «pronunce correttive» del Giudice di legittimità hanno inciso su alcuni settori sensibili, quali la violazione dei diritti fondamentali e la questione del diritto al ritorno dei rifugiati, o hanno offerto una rilettura di formule atecniche ma gravide di conseguenze anche nel campo delle modalità di esercizio concreto della libertà di religione. Queste decisioni hanno inteso chiarire il significato di alcune locuzioni-guida su cui poggiano e si indirizzano le leggi ordinarie centrali e delle Entità: strategica si è dimostrata, in proposito, l'interpretazione dell'espressione costituzionale «popoli costitutivi», ma specialmente incisiva si è rivelata la corretta ermeneutica che circoscrive e corregge il significato della locuzione generalizzante degli «interessi vitali»[71].

---

[70] Pavle Nikolic, *I sistemi costituzionali* cit., p. 194. Cfr. Cost. Art.II.6 (Implementation): «Bosnia and Herzegovina, and all courts, agencies, governmental organs, and instrumentalities operated by or within the Entities, shall apply and conform to the human rights and fundamental freedoms referred». A questo, si armonizza il seguente Art.II.8 (Cooperation):«All competent authorities in Bosnia and Herzegovina shall cooperate with and provide unrestricted access to: any international human rights monitoring mechanisms established for Bosnia and Herzegovina; the supervisory bodies established by any of the international agreements listed in Annex I to this Constitution; the International Tribunal for the Former Yugoslavia (and in particular shall comply with orders issued pursuant to Article 29 of the Statute of the Tribunal); and any other organization authorized by the United Nations Security Council with a mandate concerning human rights or humanitarian law».

[71] Per il reperimento di tali decisioni, www.ustavnisud.ba/en/decisions. Vedi Jens Woelk, *La transizione costituzionale* cit., p. 110, il quale A. sostiene l'assunzione da parte della Corte Cost. di una duplice funzione che è, insieme, di giudice delle leggi e di «Corte di sistema».

È persino superfluo avvertire che questo ruolo di soccorso integrativo esercitato dell'Alta Corte intende sopperire ai plurimi e fallimentari tentativi di riforma della Tavola costituzionale bosniaca[72]. La permanenza del *numerus clausus* di diritti fondamentali enunciati nel Preambolo della Costituzione di Dayton sottolinea la battuta d'arresto di un ampio progetto, emerso nel 2006 tra le correnti riformiste, diretto a promuovere un rinnovato «*bill of rights*» più adatto a favorire l'atteso consolidamento del modello democratico[73].

È dunque da ricondurre alla decisiva azione della giurisprudenza costituzionale la prima incisiva rilettura critica del sistema di Dayton intesa ad una verifica della effettiva conformità, e delle sue evidenti contraddizioni[74], con i principi ispiratori dei diritti umani. E non è casuale che questo giro di boa sui valori del sistema si sia compiuto nello specchio dei diritti fondamentali e della libertà di religione.

La sentenza sui «popoli costitutivi» (Corte Cost. B.-E. caso U 5/98-111 del 1 luglio 2007) corregge con quattro decisioni parziali vistose falle al principio di pari trattamento dei gruppi confessionali[75].

Specialmente qui interessa la quarta decisone parziale, perché affronta il tema della religione e dell'uso della lingua nazionale[76] come concetto non disgiunto, ma al contrario, pienamente ancorato con quello di «popolo costitutivo». In tal senso, l'Alta Corte rielabora concettualmente Dayton nel suo epicentro teorico tutto rivolto alla fondazione precostituita di uno Stato multietnico. Questa operazione richiede il sacrificio delle norme non coerenti con la Costituzione del 1995, quand'anche queste appartengano al novero delle fonti apicali nella gerarchia legale: la dichiarazione di incosti-

---

[72] Ricostruisce una cronologia dei cicli costituzionali prodotti negli Stati dei Balcani Occidentali, Laura Montanari, *Il principio* cit., p. 206.

[73] Laura Montanari, *Ult.loc.cit*., pp. 226-227.

[74] Bene mette in luce la dottrina infatti come: «(…) le disposizioni che costituivano oggetto della controversia sono chiara espressione del fatto che le Costituzioni delle due Entità erano state pensate e adottate come se fossero Costituzioni di Stati sovrani». Così, Jens Woelk, *La transizione costituzionale* cit., p. 112.

[75] Nel ricorso di incompatibilità costituzionale presentato dall'allora presidente bosniaco Izetbegovic si lamentava, tra l'altro, la politica confessionista a vantaggio della Chiesa Serba Ortodossa e il palese squilibrio a favore dell'etnia serba riguardo all'uso della lingua, alla disciplina della proprietà al ruolo primaziale attribuito al popolo serbo.
Alcuni autori hanno segnalato questa vicenda come assegnazione di uno «speciale *status*» destinato alla Chiesa Ortodossa Serba che, beneficiaria *de facto* di un monopolio religioso nella Republika Srpska, si pone come Stato successore (della ex-Repubblica Jugoslava di Bosnia-Erzegovina) con una religione di Stato. Così, Vjekoslav Perica, *Balkan Idols* cit., p. 173.

[76] Corte Cost. B.-E., decisione parziale IV, U 5/98-IV, del 19 agosto 2000.

tuzionalità del Preambolo della Cost. Republika Srpska è stata una naturale conseguenza di tale orientamento[77].

Ma, essendo in gioco uno dei pilastri del sistema bosniaco di Dayton, occorreva verificare la stabilità concettuale delle formule presuntivamente date per corrette. Con realismo i Giudici costituzionali, dopo aver confrontato le nozioni di «popoli costituenti» e le minoranze, avvertono che l'unica via per edificare la stabile convivenza in uno Stato multinazionale è soggetta all'indefettibile principio della «uguaglianza collettiva». I tre popoli costitutivi non possono porre in essere forme di predominio con legislazioni squilibrate a favore di un gruppo etnico, né possono costituire realtà territoriali etnicamente omogenee che predispongano la base naturale di attuazione di politiche di segregazione delle minoranze deboli[78]. La scivolosità del tema si è espressa con eloquenti applicazioni nella legislazione sull'istruzione – insegnamento religioso compreso – e nel difficile compromesso che ne caratterizza il tentativo di riforma e la più recente disciplina scolastica abbracciante l'arco formativo, dalle scuole dell'infanzia sino all'università.

Il sostanziale immobilismo politico che ha contrassegnato i ritmi delle riforme costituzionali ha ricondotto la Bosnia-Erzegovina tra quei Paesi (quali la Serbia, il Montenegro e il Kosovo) che nel decennio 1995-2005 hanno registrato tentativi ciclici di riformismo costituzionale[79]. Questo stato di cose si è riverberato sull'attività della Corte Costituzionale bosniaca, sollecitata ad intervenire nella sua veste di «organo di sistema». Tra il 2004 e il 2006 ha applicato pedissequamente il menzionato principio di «eguaglianza collettiva» dei tre popoli costituenti, ricorrendo ad esso come criterio ermeneutico di alto profilo per precisare l'estensibilità della locuzione «interessi nazionali vitali»[80] alle Costituzioni delle due Entità, con applicazioni puntuali in materia di istruzione, di religione, di lingua e di tradizioni culturali identitarie[81].

---

[77] Sul punto, Francesco Palermo, *Bosnia-Erzegovina: la Corte Costituzionale fissa i confini della (nuova) società multietnica*, in *Dir.Pubbl. Comp. ed Europeo-DPCE*, Il Mulino, Bologna, 2000, IV, pp. 1479 ss. Confronta il Preambolo della Cost. *RS.* che, a seguito dell'Emendamento LXVI, risulterà come segue: «Respecting the will of its constituent peoples and citizens to establish and preserve the Republika Srpska and to base the constitutional establishment of the Republic upon the respect for human dignity, freedom and equality, national equality, democratic institutions, rule of law, social justice, pluralistic society, guarantees for and protection of human freedoms and rights, as well as the rights of minority groups, in line with the international standards, ban on discrimination and respect for the rules of market economy (…)».

[78] Jens Woelk, *La transizione costituzionale* cit., pp. 114-115.

[79] Il fenomeno è dettagliatamente esaminato da Laura Montanari, *Il principio* cit., p. 206.

[80] Sull'applicazione del concetto di «interessi nazionali vitali», v. Gianfranco Brunelli, *Chiesa, nazioni e nazionalismi: Helsinki vista da Sarajevo*, in *Il Regno*, EDB, Bologna, 1994/18, pp. 576-586.

[81] Corte Cost. B.-E., caso U 4/04. Questi fattori identitari erano infatti inquadrati tra gli «interessi

Nella decisione (*obiter dictum*) del 2004 i Giudici costituzionali di Bosnia-Erzegovina affermavano il carattere aperto delle formula «interessi vitali» adottata nelle Costituzioni delle Entità, e ne ribadivano la necessaria coniugazione con il principio della compiuta partecipazione dei cittadini dello Stato alle istituzioni e al godimento del complesso delle libertà garantite dall'ordinamento giuridico. Nel caso specifico, ciò si realizzava attraverso il riconoscimento del libero uso della lingua ufficiale etnica negli spazi pubblici (in primo luogo, negli ambiti dell'istruzione e dell'informazione) e nella vita religiosa[82].

4. *Il perenne confronto tra nazionalismi e* status *delle minoranze e il suo riaffiorare nella questione del «diritto al ritorno»*

Le difficoltà di decifrazione del modello statuale bosniaco attraverso la lente delle classiche catalogazioni per categorie non deve far concludere trattarsi di un'esperienza eccezionale e *sui generis* rispetto ai parametri organizzativi tradizionali e di più agevole inquadramento concettuale[83]. La rigidità della costituzione di Dayton è messa in luce dai dinamismi sociali di cui sono protagoniste le minoranze[84]. La questione del diritto dei rifugiati e degli sfollati (*displaced peoples*)[85] ha assunto nella fase di consolidamento dei principi democratici «imposti» un ruolo decisivo sia per la stabilizzazio-

---

vitali» del popolo costitutivo, in entrambe le Costituzioni delle Entità. L'A. riferisce anche della pericolosa reazione manifestata dalla omologa Alta Corte di legittimità della Republika Srpska che ha dichiarato «irrilevante» (con sent. 18 giugno 2007) il *dictum* della Corte bosniaca. Vedi JENS WOELK, *La transizione costituzionale* cit., pp. 125-126.

[82] Corte Cost. B.-E., caso U/04, del 25 giugno 2004 e caso 7/06, del 31 marzo 2006. Cfr. JENS WOELK, *Ult.loc.cit*., pp. 126-127.

[83] ALESSANDRO TORRE, *I governi locali* cit., p. 72.

[84] In argomento, si segnalano alcuni riferimenti di bibliografia straniera in: WILL KYMLICKA, *The evolving basis of European norms of minority rights: rights to culture, participation and autonomy*, in AA.VV., *The protection of minorities in the wider Europe* (a cura di Marc Weller, Denika Blacklock, Katherine Nobbs), Palgrave-Mac Millan, London, 2008, pp. 5 ss.; MICHAEL SELLS, *Pilgrimage and «Etnic cleansing» in Herzegovina* e PAUL MOJZES, *Is religion disenganging itself from ethnic conflict in Bosnia and Herzegovina?*, pp. 157 ss., entrambi in AA.VV. (a cura di David Little e Donald K. Swearer), *Religion and nationalism in Iraq. A comparative perspective*, Cambridge, Harvard University Press, 2006.

[85] Cfr. Act 3 december 1999 on refugees from Bosnia and Herzegovina and displaced persons in Bosnia and Herzegovina (in vigore il 30 dicembre 1999, in BiH-1999-L-55447, e in *Sluzhbeni Glasnik* (in seguito, *Sl.Gl.*) 1999-12-23, No.23). Testo poi emendato con Amending Act 30 september 2003 (Text. N.269, in BiH-2003-L-66359). Vedi anche Amend and supplement Act on the protection of members of national minorities, 5 october 2005 (Text. N.502, in *Sl.Gl.* 2005-10-31, No.76).

ne democratica interna che per il futuro ingresso della Bosnia-Erzegovina nell'Unione Europea[86].

Per un sistema statuale ed organizzativo fondato sull'equilibrio multietnico (*ethnic sovereignity*), ma poggiante su una composizione rappresentativo-numerica *pro-quota* quasi ossessiva degli organi di potere[87], al punto da rendere pressoché impraticabile il funzionamento del sistema, il tema dei «ritorni» dei popoli alle loro radici territoriali impone una paradossale ricomposizione degli spazi istituzionali e, più in generale, una revisione della capienza e resistenza del modello costituzionale[88]. Il parossistico impiego del criterio delle nazionalità si declina nel principio dell'equilibrio collegiale che governa gli organi di composizione numerica naturale (Parlamento, Consiglio dei Ministri, Corte Costituzionale e sistema giudiziario[89]), ma che vale anche per gli uffici monocratici (Presidente dello Stato, *Ombudsman*): il criterio di nazionalità è, dunque, non solo dominante e pervasivo, ma anche illusorio. Sarebbe infatti errato attribuire a tale modello la valenza di una panacea in grado di assicurare un'ideale parità democratica tra le tre etnie formalmente maggioritarie e quelle relegate nell'ombra del dettato costituzionale[90].

Questa rilettura si mostra una via obbligata riguardo ai meccanismi di

---

[86] L'Allegato VII degli Accordi di Dayton è dedicato ai diritti dei rifugiati e degli sfollati. Ricorda Alfredo Rizzo, *L'Unione Europea e i Paesi dei Balcani occidentali* cit., p. 55 e nota 9, che il problema della tutela delle minoranze sia comune a tutte le ex-Repubbliche di Jugoslavia, ma appaia di dimensioni centrali in Bosnia-Erzegovina. La necessità di appianare la questione, ai fini della futura integrazione europea, sollecita le istituzioni internazionali alla creazione di organismi giudicanti con competenze *super partes*. Le decisioni da questi adottate hanno avuto ad oggetto anche la tutela al diritto di appartenenza a comunità etniche, linguistiche e religiose. Si veda il parere della Commissione di Arbitrato (istituita il 26 agosto 1991) nel quadro della Conferenza per la Pace in Jugoslavia. Quanto al rispetto dei parametri legati alla cd. «condizionalità politico-economica», la questione del «diritto al ritorno» dei profughi e rifugiati si conferma centrale, al punto da conferire una natura *sui generis* anche agli Accordi di Stabilizzazione ed Associazione per l'Europa Sud-orientale. Così Tanja Cerruti, *I political criteria e l'allargamento dell'Unione Europea tra esperienze passate e prospettive future*, in *I Balcani Occidentali. Le Costituzioni della transizione* cit., p. 100, nota 13.

[87] Laura Montanari, *La tutela dei diritti* cit., pp. 184-185 e nota 81.

[88] La partecipazione paritaria al potere decisionale, con l'attribuzione di una potestà di veto paralizzante l'attività di governo, ha impattato sul sistema rendendo inattuabile ogni progetto riformista. Marina Calamo Specchia-Laura Fabiano, *Istituzioni e tecniche di democratizzazione* cit., p. 176.

[89] Francesco Palermo – Jens Woelk, *L'indipendenza della Magistratura e le sue garanzie negli ordinamenti dei Balcani Occidentali*, in *I Balcani Occidentali* cit., p. 213 individuano l'opzione pro-quota come comune sia al sistema bosniaco che a quello in Kosovo e in Macedonia.

[90] È dell'avviso che la frammentazione degli organi istituzionali (bicameralismo) possa favorire la ricomposizione etnica, contribuendo ad un'azione di mediazione, Marina Calamo Specchia-Laura Fabiano, *Istituzioni e tecniche di democratizzazione* cit., p. 177. Sull'applicazione diffusa del principio di rappresentanza dei popoli costitutivi, vedi, Pavle Nikolic, *I sistemi costituzionali* cit., pp. 201-203 e pp. 206-207.

funzionamento, agli equilibri tra i segmenti istituzionali, alla verifica delle articolazioni tra centro e periferia amministrativa del Paese balcanico. La ricomposizione del quadro di sistema, infatti, si presta ad essere letta sia nel profilo degli assetti statico-territoriale che in quello dinamico della mobilità dei popoli, di cui il «diritto al ritorno» dei rifugiati e deportati[91] è un sintomo rivelatore[92]. Ma può anche rileggersi attraverso il poliedrico contesto di materie su cui si articola ed intesse. In questa seconda prospettiva è possibile abbracciare il tema dello sviluppo economico[93], non meno che il diritto soggettivo alla garanzia da ogni forma di discriminazione, anche di origine etno-religiosa[94], e la questione della riappropriazione della proprietà privata[95], non meno che il riequilibrio verso modelli democratici del diritto all'istruzione scolastica[96].

Insomma, la questione del «diritto al ritorno» dei rifugiati strappa via i bendaggi formali con cui Dayton aveva mimetizzato[97], memore di una prassi rievocativa della precorsa stagione federativa socialista, l'irrisolta questione etnica[98].

---

[91] Si tratta della lesione di uno dei diritti umani, qual è il «ritorno volontario e alla reintegrazione armoniosa, senza privilegi per alcun gruppo» (ex Appendice VII di Dayton, Art.II.1): un diritto oggetto della decisione della Corte Cost. di B.-E., U 5/98-III. Cfr. Jens Woelk, *La transizione costituzionale* cit., p. 116.

[92] Il fenomeno, emerso negli anni Novanta dello scorso secolo, ha interessato le minoranze in modo trasversale: per quanto riguarda l'esodo dei croati fuori della Bosnia-Erzegovina (e le denunce di cui si è fatta portavoce la Conferenza Episcopale bosniaca), vedi Vjekoslav Perica, *Balkan Idols* cit., p. 192.

[93] Arntraud Hartmann, *Economic developments in Southeast Europe. Its impact on refugee returns*, in Aa.Vv., *Strategies for the future of Bosnia-Erzegovina and Croatia* (a cura di G. de Vergottini e R. H.Evans), Giappichelli, Torino, 2001, pp. 33 ss.; *ibidem*, Helene Holm-Pedersen, *Property rights and agents of the revolutionary change moving beyond Annex VII to a comprehensive approach to property*, pp. 67 ss.

[94] Cfr. il Rapporto redatto da Stefan Wolff, Pieter Van Houten, Ana Maria Anghelea, Ivana Djunic, *Minority rights in the Western Balkan. Briefing paper for the European Parliament, Directorate General External Policies of the Union, 2008* (al sito on-line: www.nottingham.ac.uk/icmcr/ICMCR_Publications.php).

[95] Pavle Nikolic, *I sistemi costituzionali* cit., p. 193; Axel Jaenicke, *Repossession of private property. The key precondition for sustainable return, The situation in Croatia at the end of 2000 and what should be done in 2001*, in *Strategies for the future* cit., pp. 79 ss.

[96] Jens Woelk, *La transizione costituzionale* cit., p. 104; Zlatiborka Popov - Anne Mette Ofstad, *Religious education in Bosnia and Herzegovina*, in Aa.Vv., *Religion and pluralism in education. Comparative approaches in the Western Balkans*, Ceir-Kotor Network, Novi Sad, 2006, p. 73 ss.; Charles J. Russo, *Religion and education in Bosnia: integration, not separation?*, Birmingham Young University Law Review, 2000, 3, pp. 945 ss.

[97] Una mimesi, tuttavia, provvista di tutti i caratteri dittatoriali della costruzione assoluta dei diritti e della «imparzialità» d'esercizio verso tutti i nazionalismi. È quella «repressione jugoslavizzante» tipica del socialismo non allineato titino, secondo Guido Franzinetti, *I Balcani dal 1878 ad oggi* cit., p. 85.

[98] Alessandro Torre, *I governi locali* cit., p. 50.

E la caduta dei velami disvela l'autentico cardine di funzionamento del sistema, tutto concentrato nell'ancoraggio stabile delle sue strutture, a scapito dei soggetti e dei gruppi: le cure volte ad armonizzare al meglio le Entità nel loro reciproco rapporto ed in relazione allo Stato centrale ed unitario di Bosnia-Erzegovina, hanno realmente finito per «eclissare» la questione del localismo e dei diritti delle minoranze, nella loro dinamica e spontanea ricomposizione sul territorio[99].

È stato ben osservato in dottrina come il modello di compromesso organizzativo territoriale posto in essere in Bosnia-Erzegovina sia per sua stessa natura configgente con politiche favorenti il ritorno dei rifugiati nei luoghi d'origine: il sistema si scontra, insomma, con un limite di logiche quantitative che irrimediabilmente urtano con l'ordine precostituito e pietrificato dell'autogoverno locale. L'esclusivismo a favore dei soli tre «popoli costitutivi» che regge il meccanismo di rappresentanza negli organi rappresentativi pubblici, e tale da discriminare le minoranze «escluse» dalla categoria costitutiva (ebrei e rom) è un indice del limite del modello di Dayton, che «non riflette la situazione demografica attuale»[100] ed è destinato ad ulteriori divaricazioni tra astratta ingegneria costituzionale e realtà della vita dei popoli, con la ricomposizione del tessuto sociale originario.

Quello della centralità della nazionalità appare, così, di fronte al tema dei diritti umani e delle libertà fondamentali delle minoranze, un sistema di scatole vuote, sclerotizzato dal rigido criterio del bilanciamento numerico quantitativo e scarsamente reattivo ad azioni di adeguamento in un orizzonte di mobilità demografica. La questione del «diritto al ritorno», tuttavia, ha anche dimostrato in modo palese le diverse reazioni ed approcci di risoluzione da parte delle amministrazioni locali dello «Stato bifronte». La dottrina ha esaminato con cura il caso emblematico delle città di Mostar e Brčko[101]. I

---

[99] Cfr. Act 1 april 2003 on the protection of members of national minorities (Text. N.105, in *Sl. Gl.* 2003-05-06, No.12). Testo fondamentale, stabilisce diritti e obblighi dei membri delle minoranze nazionali in Bosnia-Erzegovina e gli obblighi delle istituzioni nazionali circa il rispetto e la protezione etnica e culturale delle identità religiose di tutti gli appartenenti alle minoranze nazionali cittadini della Bosnia-Erzegovina. Va poi rilevato il fenomeno di sovrapposizione della circolazione dei gruppi umani con il traffico di esseri umani. In argomento, cfr. la Regulation 11 june 2007 on the protection of victims of human trafficking (Text. N.404, in BiH-2007-R-78509).
Circa I diritti delle minoranze, si rammentano ancora una Decision 13 april 2006 on the creation of the Council for National Minorities of Bosnia and Herzegovina (Text. N.258, entrato in vigore il 30 maggio 2006, in BiH-2006-M-74060) e un Act 27 october 2008 to amend and supplement the Act of protection of members of national minorities (Text. N.664, in *Sl. Gl* - 2008-11-18, Vol. 12, no. 93) che emenda un Act 1 april 2003 (Text.n.105).

[100] Jens Woelk, *La transizione costituzionale* cit., p. 187.

[101] Mostar, città a maggioranza croata, elevata a capitale della Bosnia croata (*Herceg-Bosna*); Brčko, città condivisa etnicamente tra bosgnacchi e serbi, simbolico punto di snodo geopolitico materializ-

due capoluoghi rappresentano *in vitro* due esperienze e due modelli opposti – l'integrazionista di Brčko e il segregazionista di Mostar –, ma tali da riassumere le contraddizioni dell'intero ordinamento bosniaco[102] sulla questione etnica, in generale, e sul tema dei rifugiati rientranti, nello specifico. Suona quindi come una scommessa sulle future generazioni l'atmosfera fiduciosa connotante la recente legge sui giovani, votata dal Parlamento di Sarajevo nel 2010.

5. *La legislazione primaria sulla libertà religiosa. a) La legge sulla libertà religiosa, n.5, del 28 gennaio 2004; b) La legge contro la discriminazione (n.405, del 23 luglio 2009); c) La legge sui diritti umani e l'Ombudsman in Bosnia-Erzegovina (l. nel testo emendato il 22 gennaio 2004)*

a) *La legge sulla libertà religiosa, n.5, del 28 gennaio 2004*

Il legislatore bosniaco ha approvato il 28 febbraio 2004 una fondamentale normativa sulla libertà di religione sullo *status* legale delle Chiese e delle organizzazioni religiose[103]. Si tratta di una legge-quadro intesa ad introdurre nell'ordinamento giuridico un sistema uniforme di diritti e doveri senza discriminazioni, tra le diverse Chiese ed entità confessionali, sulla base del principio costituzionale del multiconfessionismo.

In tal senso la legge si propone due scopi immediati: istituisce e disciplina un generale orizzonte legale di uniformità (art.1.1); intende garantire a tutti il diritto alla libertà di coscienza e di religione sulla base di un duplice parametro normativo da ricercare nella Costituzione di Bosnia-Erzegovina e nelle fonti giuridiche internazionali che si occupano di questo settore e che sono considerate come una «parte integrante» della Carta fondamentale (art.1.2)[104].

---

zato nel Distretto omonimo, tra le due parti della Republika Srpska. Vedi ampiamente, JENS WOELK, *Ult.loc.cit*., pp. 187 ss. e pp. 194-196.

[102] Mostar è l'esempio di un sistema combinato, tra decentramento territoriale per aree omogenee e consociativismo al centro; Brčko, all'opposto, annulla ogni frammentazione geografica per inquadramenti etnici, sostenendo il modello dell'integrazione. Vedi la ricostruzione di ROBERTO BELLONI, *Peacebuilding at the local level: refugee return to Prijedor*, in (a cura di) DAVID CHANDLER, *Peace without politics? Ten years of international State-building in Bosnia*, Routledge, London, 2007.

[103] Act 28 january 2004 on freedom of religion and legal status of churches and religious organizations in Bosnia and Herzegovina (in vigore il 17 marzo 2004, in BiH-2004-L-67077).

[104] Art.1.1, l.n.5, 28.01.2004: «Respecting own heritage and traditional values and tolerance, and coexistance of those present in multi-confessional character of Bosnia and Herzegovina and considering the contribution to the advancement of mutual understanding and respect for the right to freedom of conscience and religion, this Law governs a uniform legal framework within which all

La legge offre in proposito una succinta nozione di atto o comportamento discriminatorio della religione o credo, in quanto diretto a ridurre la portata e il godimento dei diritti umani e delle fondamentali libertà (art.2.1), introducendo un opportuno criterio di preferenzialità per distinguere eventuali ipotesi di condotte che non possono intendersi discriminatorie in senso tecnico (art.2.2)[105]. L'art. 2.3 propone una nozione di «Chiesa o Comunità religiosa» in cui viene associato il profilo descrittivo contenutistico dell'entità confessionale e dei credenti in un'identica fede, con quello formale dei requisiti e condizioni giuridiche di riconoscimento (personalità e registrazione)[106].

Nel contesto storico e sociale della Bosnia-Erzegovina l'applicazione territorialmente uniforme di tale regime giuridico (art.3.1) si colloca come pietra angolare alla base del reggimento del complesso modello. In ragione di questa centralità, detto enunciato si traduce anche in un principio di uniformazione dispositiva tra le fonti normative (art.3.2) per ricadere, infine, in una armonizzazione della giurisdizione esercitata dalle singole autorità pubbliche (Entità, Cantoni e municipalità) allo scopo di prevenire ogni forma, palese o surrettizia, di discriminazione (art.3.3)[107].

Churches and religious Communities in Bosnia and Herzegovina shall act and be equal in rights and obligations, without any discrimination».
Art.1.2: «This Law guarantees the right of all to freedom of conscience and religion in conformity with the Constitution of Bosnia and Herzegovina (hereinafter referred to: the Constitution), the highest international standards of human rights comprised in the international declarations and conventions of freedom of conscience and religion, being an integral part of the Constitution of Bosnia and Herzegovina».

[105] Art.2.1: «Discrimination on the grounds of religion or belief means any exclusion, restriction, preferential treatment, omission or any other form of differentiation on the grounds of religion or belief having for its purpose or which may bring about – directly or indirectly, intentionally or unintentionally – the revocation or diminution of the recognition, equal enjoyment and exercise of human rights and fundamental freedoms in civil, political, economic, social and cultural matters».
Art.2.2: «The making of distinctions or preferences by Churches and religious Communities when they judge it necessary to comply with religious obligations or needs shall not be considered as discrimination on the grounds of religion or belief». Questo complesso normativo è la base per un ulteriore snodo disciplinare regolato dalla legge contro le discriminazioni, n.405, del 23 luglio 2009 (spec. artt.2-4).

[106] Art.2.3: «Churches and religious Communities are communities, institutions or organizations of believers founded in accordance with their own precepts and regulations, doctrines, beliefs, traditions and practices, and of which the legal personality is recognized and which are registered in the Register of Churches and religious Communities in Bosnia and Herzegovina». Per utili raffronti con il corrispondente regime vigente in Croazia e Slovenia, cfr. Carlos Corral Salvador, *Derecho internacional concordatario*, BAC, Madrid, 2009, pp. 175-176.

[107] Art.3.1: «This Law shall be applied uniformly throughout the territory of Bosnia and Herzegovina».
Art.3.2: «All other laws and regulations in Bosnia and Herzegovina in this field shall be brought into conformity with this Law».

Fissate le prescrizioni di respiro generale, la legge circoscrive l'ampiezza della nozione di libertà di religione o credo – inclusa la libertà di abbandonare la confessione di appartenenza – e le modalità della relativa manifestazione d'esercizio. Un accento speciale è assegnato al diritto all'educazione religiosa, segnale della sovrapposizione che il legislatore bosniaco configura tra la libertà di religione e la questione dell'educazione religiosa attraverso il canale delle istituzioni scolastiche.

L'insegnamento religioso impartito nelle scuole va infatti interpretato sotto una duplice prospettiva egualmente ricca di implicazioni: esso è insieme il mezzo attraverso cui realizzare la conservazione delle tradizioni identitarie e culturali del gruppo etnico e, al contempo, lo spazio entro cui educare le giovani generazioni alla tolleranza del diverso (art.4.1 e 4.2)[108].

L'art.5 elenca una serie di atti discriminatori vietati integranti manifestazioni di violenza fisica o psicologica diretta verso persone o cose, strutture o simboli confessionali, e che abbraccia anche la fattispecie dell'incitamento all'odio religioso[109].

La legge attribuisce pieno riconoscimento agli statuti delle Chiese o Comunità religiose, i quali dispongono complessi di diritti e doveri che siano in conformità con la natura precettiva confessionale (art.6.1). Questo rico-

---

Art.3.3: «The authorities of entities, cantons and municipalities, when issuing regulations from their own jurisdiction, shall take into account the right to freedom of enjoyment and confession and shall ban any discrimination on the ground of religion or different belief».

[108] Art.4.1: «Everyone has the right to freedom of religion or belief, including the freedom to publicly profess or not a religion. Also, everyone has right to adopt or change his or her religion, and the freedom – individually or in community with others, in public or private – to manifest his religion or belief in any manner in worship, practice and observance, maintenance of customs and other religious activities. Everyone shall have the right to religious education, which shall be provided solely by persons appointed so to do by an official representative of his Church or religious Community, whether in religious institutions or in public and private pre-school institutions, primary schools and higher education which shall be regulated according to the specific regulations».
Art.4.2: «Churches and religious communities shall not, when teaching religion or in other actions, disseminate hatred and prejudices against any other Churches and religious Communities or its members, or against the citizens of no religious affiliation, or prevent their freedom to manifest in public their religion or belief». Cfr. AA.VV., *Religion and pluralism in education. Comparative approaches in the Western Balkans* (a cura di ZORICA KUBRIC e CRISTIAN MOE), Kotor Network, Novi Sad, 2006, p. 75.

[109] Art.5.2, lett. a-g: «a. Attacks upon or insults against religious officials; b. Attacks against or damage to the religious buildings or other property of Churches and religious Communities; c. Activities or actions aimed at the dissemination of religious hatred against any Church or religious Community or its members; d. The denigration or ridiculing of any religion; e. The public use of religious symbols, signs, attributes or the name of a Church or religious Community without the consent of the said Church or religious Community; f. The formation of associations of religious officials or believers without the consent of the relevant church or religious community authorities, nor such existing associations, established without relevant church authority, may exist without such a competent consent; g. Incite, encourage or call for religious hatred and prejudices».

noscimento è controbilanciato da una serie di disposizioni a tutela personale degli aderenti alla confessione (art.6.2, lett. a-c)[110].

Il legislatore ha inteso approfondire il disposto ex art.4.1, sulla libertà di manifestazione del proprio credo. Nell'art.7 ha inquadrato questo diritto entro la cornice del generale principio di libertà religiosa, insistendo con molta cura sulla garanzia giuridica da assegnare alle varie modalità dell'esercizio del rito collettivo. In tal senso, la legge attribuisce un significativo spazio alla tutela della libertà di esercizio delle multiformi espressioni liturgico-celebrative da svolgere in ambito pubblico o privato (art.7.1-3) e per le modalità organizzative dei rituali devozionali collettivi (art.7.8)[111].

Affiancato a questo profilo, la legge tutela le attività che integrano la libertà di religione, quali la fondazione e la gestione di istituti religiosi (art.7.4); la produzione, il possesso o la messa in circolazione di materiale a contenuto religioso (art.7.5)[112]; l'istituzione di servizi di informazione pubblica (art.7.6); la stampa e diffusione di libri e testi, anche in formato elettronico, a contenuto religioso (art.7.7).

La legge registra, ancor più nitidamente di quanto non faccia il testo costituzionale, la speciale configurazione multietnica e multiconfessionale della Bosnia-Erzegovina nella disposizione volta a regolamentare lo *status*

---

[110] Art.6.1: «Churches and religious Communities have an established code of religious rights and duties pertaining to their members, which are in conformity with the nature of their calling and other precepts of the Church or religious Community to which they belong».
Art.6.2: «In conformity with the established code of religious rights and duties under paragraph 1 of this Article: a) No one shall be compelled to profess or prevented from professing a faith or belief or to participate in any way in religious worship, ritual or festivals of any rite whatsoever or any religious activity of his or her Church or religious Community;
b) No one shall be compelled, directly or indirectly, to reveal his religious beliefs; c) No one shall be compelled to swear an oath contrary to his religion or belief».
Sarebbe stato invece più opportuno collocare la norma che dispone l'immunità dei religiosi dall'obbligo al servizio militare, in una sede autonoma. Art.6.2, lett.d: «Religious officials or persons preparing for such service shall be exempt from military service, but shall not be prohibited from military service if it is their wish to serve, in accordance with the law».

[111] Art.7.1: «In daily life to practise the principles of his religion or belief and act in accordance with them».
Art.7.2: «To practise religious rituals in own, leased or rented buildings or premises which, according to specific regulations, meet the requirements for gathering larger number of people, in the open spaces of the religious buildings, cemeteries and houses and estates of its believers».
Art.7.3: «Freely to organize public religious celebrations and other religious and religio-cultural gatherings in public places in accordance with the Law on Public Assembly».
Art.7.8: «Freely to organize attendance at public religious celebrations, places of worship, processions, organized pilgrimages etc., both within the country and abroad».

[112] Detta norma viene sviluppata all'art. 10.2: «Produce, publish, import, export and distribute religious literature and other printed and audio-visual and other forms of electronically transmitted material or items of general use in the practice of religion, in compliance with the Law».

giuridico delle Chiese radicate sul territorio. Chiese e Comunità religiose godono dello *status* di persona giuridica (art.8.1) ma per le quattro confessioni storicamente stabilite (la Comunità islamica; la Chiesa Serbo-Ortodossa; la Chiesa cattolica e la Comunità ebraica) vale il principio della conservazione (la legge si esprime in termini di «continuità») della personalità giuridica, analogamente a tutte le «(…) other Churches and religious Communities in Bosnia and Herzegovina of which the legal personality has been recognized prior to the entry into force of this Law» (art.8.2)[113].

Per le Chiese e Comunità di nuova costituzione la personalità giuridica sarà soggetta alle condizioni di conformità alla legge vigente ex art. 18.4 ma nel rispetto del principio dell'autonomia organizzativa (art.8.3). La normativa sullo *status* legale costituisce un sistema che lega strettamente il riconoscimento di un'ampia autonomia statutaria ed organizzativa interna[114], con il principio di piena responsabilità patrimoniale per gli atti compiuti, una volta adempiuti gli obblighi di registrazione.

Secondo l'art.8.8, infatti: «Churches and religious Communities and their organizational forms, having acquired status of legal/juristic person by registration into the register, shall individually be responsible for their relevant liabilities with their whole assets in compliance with the Law».

L'acquisto dello *status* legale comporta indubbi vantaggi per la confessione riconosciuta, a partire dall'equiparazione nel trattamento di concessioni e privilegi di cui godono le organizzazioni *non-profit* (art.9). Alle Chiese e Comunità riconosciute la legge accorda l'esercizio legittimo di attività di tipo associativo e privatistico (art.10.1), di tipo pubblicistico (art.10.2) e attività volte alla costituzione di istituzioni caritatevoli, culturali o assistenziali, le quali godranno di un trattamento parificato a quello vigente per le istituzioni statali (art.10.3)[115]. Le confessioni riconosciute possono anche istituire e

---

[113] La legge del 2004 offre quindi una visione del fenomeno confessionale ben più estensiva di quanto non avvenga nel testo costituzionale che riferisce solo dei cd. «tre popoli costitutivi» senza menzionare l'ebraismo.

[114] Cfr. infatti art.8.4, che precisa con cura il fondamento del titolo ufficiale confessionale, nelle fonti confessionali proprie: «All Churches and religious Communities shall have an official title that shall be defined by their canonical, constitutional, statutory regulations and that as such shall be in general use». Su tali basi, alle Chiese e Comunità religiose viene riconosciuta la libertà di gestire le proprie strutture organizzative interne (art.8.5: «All Churches and religious Communities may establish, alter and dissolve existing internal bodies that have the status of legal/juristic person»); la libertà di organizzarle secondo le proprie regole (art.8.6: «All Churches and religious Communities shall determine by their own internal acts which of their internal bodies shall have the status of legal/juristic person and shall be deemed as such in the territory of Bosnia and Herzegovina»); la libertà di costituirsi in associazioni (art.8.7).

[115] Art.10.3: «Found cultural, charitable, health and educational institutions of various types and for various purposes, with rights equal to those enjoyed by institutions founded by the State or other

mantenere relazioni internazionali con altri soggetti religiosi sulla base della comunanza del proprio precetto spirituale (art.10.4) e possono altresì promuovere, conclude la norma con un criterio interpretativo generale: «tutte le altre attività che non siano vietate dalla legge» (art.10.5).

Può sembrare pleonastico ribadire il principio dell'autonomia statutaria-organizzativa, già fissato all'art.6, in riferimento alla tutela dei membri affiliati, ma la formulazione della norma, così come proposta all'art.11, va letta in una diversa prospettiva, di più ampio respiro. Essa sancisce implicitamente il principio di separazione Stato-Chiesa in una duplice valenza, positiva e negativa.

Le disposizioni sul diritto alla nomopoiesi amministrativa «secondo la propria legge e dottrina» garantiscono, in prospettiva positiva, il diritto all'autonomia organizzativa interna (art.11.2), alla libertà di gestione del proprio personale (art.11.3) e alla libertà di finanziamento (art.11.4). Sotto un profilo negativo, il principio di separazione comporta che la libertà di autonomia organizzativa non produce né si avvale di alcun effetto civile, né godrà di alcun tipo di sostegno da parte dello Stato allo scopo di agevolare l'attuazione rapida delle proprie disposizioni né, tantomeno, potrà essere imposta a soggetti estranei non aderenti alla confessione (art.11.1)[116].

Quanto ai mezzi di sostentamento e al diritto di proprietà, la legge del 2004 vi dedica due norme. L'art.12, che riconosce alle Chiese e Comunità religiose il diritto di proprietà (art.12.1) e di libera amministrazione (art.12.2), e riconosce uno specifico obbligo dello Stato ad istituire strumenti di assistenza e previdenza per i religiosi (art.12.4). Speciale rilievo va attribuito all'art.12.3, per il quale: «Churches and religious Communities shall have the right to restitution of expropriated property throughout Bosnia and Herzegovina, without discrimination, in accordance with the law».

La norma formalizza il diritto costituzionale alla restituzione dei beni espropriati durante il regime comunista titino, precisando che gli strumenti da adottare siano posti in essere «senza discriminazioni».

L'art.13 impone alle Chiese e Comunità religiose obblighi fiscali collegati ad entrate economiche derivanti da attività commerciali (art.13.1), o per altri redditi e liberalità, anche provenienti dall'estero (art.13.2). L'orientamento al *favor ecclesiae* è però evidente nel disposto ex art.13.3 che regola donazio-

---

authorized entities, and carry out the activities appropriate to the said institutions and manage the said institutions autonomously and directly in compliance with the Law».

[116] Art.11.1: «Churches and religious Communities shall be self-administering in accordance with their own laws and doctrines, which shall have no civil-legal effect and shall not be forcibly imposed by the public authorities nor applicable to non-members».

ni e redditi, genericamente equiparati al trattamento previsto in favore delle organizzazioni educative e caritative *non-profit*.

Il menzionato principio separatista trova un ulteriore sviluppo all'art.14. La norma assolve ad una funzione di orientamento generale nei rapporti tra lo Stato e il fenomeno confessionale. Alla base, sta la necessità di fondare un sistema di relazioni che mantengono una distribuzione equilibrata, e realistica, senza equivoci tra fattori etno-confessionali e principi generali di ordine dello Stato. Ciò spiega il disposto ex art.14.1, secondo cui: «The State may not accord the *status* of State-religion nor that of State-church or religious Community to Church or any religious Community» e che declina due diverse configurazioni di rapporti Stato-Chiesa, quella di Stato confessionale e quella di Chiesa di Stato, entrambe rifiutate, non solo in quanto incompatibili con un ordinamento che si dichiara confessionalmente neutro, ma anche perché di improbabile realizzazione in uno Stato che si connota per la composizione sociale multietica e pluriconfessionista.

Tale affermazione, al netto di ridondanze, appare tutt'altro che peregrina, preso atto degli orientamenti divergenti espressi dalle Corti giudicanti delle Entità. Ci basti il tenore degli articoli 10, 28 e 70 della Costituzione della Republika Srpska del 1996, più volte emendata, a proposito del diritto alla libertà di fede[117].

Specularmente al principio di aconfessionalità, si pone quello del rispetto e della non interferenza da parte dello Stato nella vita ed organizzazione interna delle Chiese: «The State shall not have the right to interfere in the affairs and internal organization of Churches and religious Communities» (art.14.2).

Il principio di separazione implicherebbe il divieto del godimento di speciali privilegi a vantaggio di una confessione e a detrimento delle altre, così da scongiurare soluzioni discriminatorie. Ciò è stabilito da due disposizioni: dall'art.14.3[118] che vi collega, vietandolo, anche il caso di forme di partecipa-

---

[117] La lettura dell'art. 28 Cost. RS 1996 suggerisce una certa cautela nell'inquadramento dei modelli positivi costituzionali attraverso le usuali categorie, per evitare grossolani equivoci. Nel contesto di una libertà di fede piena, la Chiesa Ortodossa assume infatti una posizione di spicco sulle altre confessioni: «Freedom of religion shall be guaranteed. Religious communities shall be equal before the law and shall be free to perform religious affairs and services. They may open religious schools and perform religious education in all schools at all levels of education; they may engage in economic and other activities, receive gifts, establish legacies and manage them, in conformity with law.
The Serbian Orthodox Church shall be the church of the Serb people and other people of Orthodox religion».

[118] Art.14.3: «(…) no Church or religious Community and their officials may obtain any special privileges from the State as compared with any other Church or religious Community or their officials, nor participate formally in any political institutions».

zione alle istituzioni politiche, e dall'art.14.4 che, nel rispetto del principio di non ingerenza e di non discriminazione, predispone un quadro materiale di sostegno pubblico a favore di tutte quelle attività – assistenziali e caritative – tradizionalmente riservate alle cure di organismi confessionali[119].

Tanto gravida di attese è l'attenzione delle pubbliche autorità verso le politiche familiari e i diritti dei fanciulli, specialmente in ambito di scolarizzazione, che la legge del 2004 ha inquadrato in forma autonoma questo settore di riferimento delle Chiese e Comunità religiose: «Churches and religious Communities may perform functions relating to the field of family law and the rights of the child in the form of aid, upbringing or education, in conformity with the relevant laws on the said rights and domains of law» (art.14.5).

Questi primi rilievi delineano la fisionomia del separatismo secondo l'impostazione culturale concepita del legislatore bosniaco: un principio orientato a garantire la convivenza etnica e la tolleranza confessionale, in un assetto di diritti ed obblighi equamente riconosciuto alle Chiese o Comunità religiose presenti sul territorio della Bosnia-Erzegovina. Il principio si uniforma, in teoria, alla delicata struttura istituzionale federata, con l'intenzione di assicurare a tutti, ed in ogni condizione, trattamenti di non discriminazione. Ulteriori segnali provengono dal principio di non coinvolgimento dello Stato e delle pubbliche istituzioni nella strutturazione organizzativa delle Chiese (designazione dei dignitari religiosi; strutture ecclesiali; organizzazione dei servizi religiosi e di culto) ex art.14.6[120].

La norma si chiude con una disposizione volta a circostanziare il diritto alla libertà di manifestazione del proprio credo, già espressa all'art.4.1 prescrivendone i limiti di esercizio, in armonia con le leggi internazionali. Degno di interesse appare, oltre ai consueti limiti imposti dall'ordine, morale e salute pubblica, l'inserimento del parametro sui «diritti e libertà fondamentali altrui» su cui si incardina la garanzia ad una pacifica convivenza tra gruppi etnici.

Alle Chiese e Comunità religiose è riconosciuto il diritto di appello contro le misure restrittive imposte alla libertà di manifestazione religiosa, ma la delicatezza degli equilibri confessionali in gioco disciplinati dalla normativa ha suggerito l'intervento correttivo offerto dalla decisione preventiva del

---

[119] Art.14.4: «The State may provide material assistance for health-care activities, educational, charitable and social services offered by Churches and religious Communities, solely on condition that the said services be provided without discrimination on any grounds, in particular on the grounds of religion or belief, by the said organizations».

[120] Art.14.6: «The public authorities shall not have any involvement in the election, appointment or dismissal of religious dignitaries, the establishment of the structures of Churches and religious Communities, or of organizations performing religious services and other rituals».

Ministro per i Diritti Umani e Rifugiati in Bosnia-Erzegovina[121].

Ad integrazione dei precedenti rilievi relativi all'art.14 la cura principale del legislatore bosniaco è nel concepire il principio di separazione primariamente come strumento di garanzia del pari trattamento e della non discriminazione delle differenti confessioni presenti sul territorio, con lo scopo di consolidare un sistema di convivenza nel segno del rispetto e della reciproca tolleranza. Solo in seconda battuta la norma separatista si impone come strumento per garantire la neutralità delle istituzioni dello Stato. A conforto di ciò sta il fatto che il separatismo non ha pregiudicato la stipula di accordi di concordatari con la Chiesa cattolica: evento che accomuna, del resto, la politica ecclesiastica adottata dalla Bosnia-Erzegovina agli Stati danubiani balcanici di Croazia e Slovenia, nonché di Montenegro[122]. Quanto ora affermato è trascritto all'art.15.1, che contempla la possibilità di stipulare accordi multilaterali tra Stato (attraverso le sue entità locali multilivello) e Chiese su materie di comune interesse. Sullo sfondo domina la costante preoccupazione di regolamentare e riconoscere porzioni materiali di diritti ed obblighi, in un equilibrio che soddisfi tutti senza discriminare alcuno: cura espressa dal principio che assoggetta lo sviluppo della legge e delle norme negoziate parallele al controllo giurisdizionale del Ministero D.U. e R. (artt.15.1 e 15.2)[123].

---

[121] Art.14.7: «Freedom to manifest religion or belief may be subject only to such limitations as are prescribed by law and in accordance with international standards when it is shown by the competent authorities to be necessary in the interests of public safety, to protect health, public morals, or for the rights and fundamental freedoms of others. Churches and religious Communities shall have the right of appeal against such decisions. Prior to the decision on appeal the appellate body must request from the Ministry of Human Rights and Refugees of BiH an opinion relating to such case of limitation of the freedom to manifest religion or belief». Sull'«*ownership*» in termini di localizzazione nelle mani del governo dell'esercizio dell'azione di tutela dei diritti fondamentali cfr., Jens Woelk, *La transizione costituzionale* cit., pp. 233 ss.

[122] Sulla speciale e storica attitudine dello strumento concordatario ad adeguarsi alle realtà temporali espresse dai sistemi politici, da intendersi come capacità di «integrazione» del concordato con il regime convenzionale civile di riferimento, vale a dire come «integración superadora de una pretendida antítesis concordados y convenios (ovverosia) sistema concordatario y régimen convencional» ma anche nel senso di una più sostanziale «superación valorativa del sistema y régimen de derecho comun», in grado di dar vita ad un autonomo sistema di diritto comune alla Chiesa e allo Stato, si colloca la prospettiva esposta da Carlos Corral Salvador, *Derecho internacional* cit., 2009, pp. 69 ss. e 79 ss.. Per le applicazioni del modello alla complessa realtà balcanica, mi si permetta il rinvio a 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.

[123] Art.15.1: «The matters of common interest for Bosnia and Herzegovina or some or more Churches and religious Communities can be governed by an agreement made between the BiH Presidency, the Council of Ministers, the governments of entities and Churches or religious Communities».
Art.15.2: «Implementation of this Law and other regulations thereof, which regulate the relationships between the State and Churches and religious Communities, together with other issues significant

Si riallaccia all'art.2.3, che assorbe nella nozione di Chiese e Comunità religiose il requisito della registrazione, l'art.16 inteso a regolamentare le competenze del Ministro di Giustizia sulla disciplina e tenuta del Registro unificato. Lo strumento contiene tutte le informazioni (nome e luogo della persona giuridica; servizi dei soggetti autorizzati a rappresentare la persona giuridica; simboli e sigilli della stessa) su Chiese e Comunità religiose, associazioni derivate e strutture organizzative dipendenti (artt.16.1 - 16.3). La norma, dunque, introduce una distinzione di massima tra Chiese e Comunità registrate, da un lato, e non registrate, dall'altro, alle quali ultime vanno assimilate le confessioni di nuova istituzione (art.16.4) per la cui disciplina provvede l'art.18 della legge.

Il proposito astratto di governare attraverso le istituzioni centrali dello Stato i casi di violazione del diritto di libertà religiosa allo scopo di consolidare l'unità dell'ordinamento giuridico, è ben evidente nelle competenze attribuite al Ministro D.U. e R. e nelle sue attribuzioni in ordine alla prevenzione e al controllo del fenomeno (art.17.1). Questi ha la facoltà di coinvolgere le istituzioni pubbliche nel loro complesso (i governi delle Entità, quelli cantonali e municipali) sollecitandole a promuovere le opportune misure di contrasto, con un'informativa da evadere nel breve termine di sette giorni (art.17.2). Notevole, l'art.17.3 che introduce un meccanismo di cooperazione tra il Ministero citato e le Chiese e Comunità religiose, per la discussione congiunta sulle soluzioni da adottare[124].

La legge del 2004 distingue nettamente tra le Chiese e Comunità religiose «per antico possesso di stato» e le nuove formazioni confessionali, con speciale attenzione in vista della registrazione. Appare interessante la condizione legale per la quale l'adesione minima di trecento seguaci «cittadini adulti della Bosnia-Erzegovina» non attribuisce alcun rilievo alla cittadinanza secondo l'Entità, in armonia con l'impegno a disinnescare espressioni fideistiche che sovrappongano etnia e fattore culturale-territoriale. A dissipare confusioni ed equivoci sulle identità confessionali, interviene il divieto dell'impiego di simboli e sigilli tra loro assimilabili, salvo il consenso della confessione originaria ad un uso estensivo dei propri segni identificativi (art.18.1). La restante disposizione regolamenta la normale procedura

for *status* and activity of Churches and religious Communities, shall be, according to the Law on Ministries and other bodies of administration of Bosnia and Herzegovina, under jurisdiction of the Ministry of Human Rights and Refugees of BiH».

[124] Art.17.3: «Ministry of human rights and refugees shall establish contacts and cooperation with all registered and to be registered Churches and religious Communities and discuss all the issues relating to freedom of religion and legal *status* of Churches and religious Communities in conformity with the Constitution, international conventions and this Law».

amministrativa che istruisce la richiesta di riconoscimento presentata al Ministro di Giustizia, con una domanda contenente, ex art.18.2, i dati della confessione religiosa (statuto[125]; relazione sulla dottrina ufficiale osservata; firma dei trecento fedeli aderenti; una risoluzione sulla fondazione adottata da almeno trenta fondatori).

Il Ministro decide sulla domanda di registrazione entro trenta giorni dall'inoltro della richiesta (art.18.3) La garanzia ad una decisione non discrezionale riposa su due ordini di criteri: il rispetto dell'autonomia organizzativa interna («the Ministry shall respect the right of every Church or religious group to autonomy in structuring its own affairs so long as it does so within the framework of the constitutional order, this Law and in accordance with international law») secondo le leggi vigenti (art.18.4); la motivazione del rifiuto sulla base della lesione dei criteri di pubblica incolumità, ex art.14.7 (art.18.5)[126].

Allo spirare inutile dei sessanta giorni dalla data di presentazione della domanda al Ministro, la registrazione si intende automaticamente accettata e la personalità giuridica, come acquisita (art.18.6). Ogni Chiesa o Comunità religiosa richiedente la registrazione o già registrata ha diritto, intervenendo il *fumus iuris* della lesione di normative internazionali o comunitarie, a ricorrere al Consiglio dei Ministri, sia avverso una registrazione eseguita con riserva (per il solo decorso dei termini ex art.18.6), sia avverso il plateale rifiuto della registrazione (art.18.7). Benché la legge consideri «definitiva» la decisione del Consiglio dei Ministri, è ammesso un ulteriore grado di appello, da istruire entro cinque mesi, di fronte alla Corte di Bosnia-Erzegovina (art.18.8).

A confronto, appare assai più temperante la disciplina sulle associazioni religiose, che almeno due o più Chiese o Comunità religiose possono fondare liberamente (art.19.1). Per l'ottenimento della personalità giuridica, infatti, all'associazione sarà sufficiente dimostrare l'atto costitutivo (per accordo, dichiarazione o altro equipollente documento) in cui siano elencati i fondatori, nonché dichiarare scopi ed obiettivi, modalità organizzative e rappre-

---

[125] La legge intende assicurarsi sulla natura del soggetto confessionale, anche quando ne sia verificata l'ispirazione trascendente. Perciò, occorre certificare non solo gli scopi, ma anche le modalità con cui precetti religiosi e attività ad essi orientate vengono messi in pratica: «Written application for the formation of a Church or religious Community shall be submitted to the Ministry of Justice, and shall comprise: the Statute or Bylaws of the Church or religious Community, with obvious content and method of practice of religion and confession, scope and manner of activities» (art.18.2).

[126] Art.18.5: «The Ministry may refute the application for registration, provided it concludes that the content and manner of worship and other manifestation of religion is contrary to the legal order, public morale or is damageable to the life and health or other rights and freedoms of believers and citizens».

sentative e il periodo nel quale l'associazione verrà dichiarata (artt.19.2 e 19.3).

b) *La legge contro la discriminazione (n.405, del 28 luglio 2009)*

Questa legge, affiancata da quella sulla libertà religiosa e sull'*Ombudsman*, costituisce il nucleo centrale del sistema di tutela della libertà confessionale in Bosnia-Erzegovina[127]. La questione antidiscriminatoria, per la sua vasta portata, produce una fusione tra i testi normativi, con reciproci richiami tra istituti e diritti riconosciuti, con l'effetto di ricostituire unitariamente un quadro normativo assai ampio[128].

La legge enuncia una nozione giuridica di «atto discriminatorio» (art.2.1) attraverso il collegamento tra la natura lesiva e gli effetti di potenziale nocumento e riduzione della sfera di diritti di libertà goduti[129].

La complessa modalità di manifestazione materiale, surrettizia o palese, più spesso subdola, di un atto discriminatorio ha suggerito al legislatore di circostanziare le pratiche di discriminazione che possono essere dirette o indirette (art.3.1 e 3.2)[130], integrandole con comportamenti dalla fenomenologia predeterminata (molestie, anche sessuali; mobbing; segregazione; forme di incitamento o complicità alla discriminazione o all'odio razziale, ex art.4)[131].

---

[127] Act on prohibition of discrimination (*Zakon o zabrani diskriminacije*), in *Sl. Gl.* BiH, 28 luglio 2009, n.59/09.

[128] In proposito, si veda la l. 27 ottobre 1999, n.43/99, istitutiva del Codice del lavoro, emendata nel 2003 (in O.G., di BiHF No.43/99 e in *Sl. Novine* 1999-10-28, No.43). L'art.5 afferma che: «Chi è alla ricerca di impiego (…) non sarà discriminato per motivi di razza, colore, sesso, lingua, religione (…) affiliazione sociale o nazionale (…) nascita o altra circostanza». Si veda *Legislation for equality*, Vol.I. *Europa* cit., p. 65. Il testo di legge è reperibile sul sito on-line: www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/eur/lxwebhe.htm.

[129] Art.2.1: «(…) ogni trattamento diverso tra cui ogni esclusione, restrizione o preferenza basata su caratteristiche reali o presunte nei confronti di qualsiasi persona o gruppo di persone in base a razza, colore, lingua, religione, etnia, origine nazionale o sociale, appartenenza a una minoranza nazionale, opinione politica (…), e di ogni altra circostanza con lo scopo o comportante la conseguenza di sospendere o mettere in pericolo il riconoscimento, il godimento o l'esercizio dei diritti e delle libertà in tutte le sfere della vita pubblica».

[130] Art.3.1 (Forme di discriminazione): «La discriminazione diretta è un qualsiasi disparità di trattamento per motivi descritti all'art. 2 della presente legge, o di qualsiasi azione o omissione quando una singola persona o un gruppo di persone è o potrebbe essere collocata in una posizione meno favorevole in confronto a qualsiasi altra persona o gruppo di persone in situazioni simili».
Art.3.2: «Per discriminazione indiretta si intende qualsiasi situazione in cui, sulla base di disposizioni apparentemente neutre, un criterio o una prassi abbia o possa avere l'effetto di mettere una persona o un gruppo di persone in una posizione sfavorevole o meno favorevole rispetto ad altre».

[131] Provvedimenti sulla tutela della parità di trattamento e di garanzia di eguali opportunità a tutti i cittadini in ambito privato e pubblico, senza distinzione di sesso, nonché ordinati alla prevenzione di atti, diretti e indiretti, alla discriminazione sessuale, sono in Act on gender equality in Bosnia and Herzegovina, 21 maggio 2003 (Text. N.,161, in *Sl. Gl.*, 2003-06-16, No.16).

Per irrobustire la sfera di intangibilità giuridica del diritto alla tutela la legge ha fissato le ipotesi di atti derogatori al principio di parità di trattamento, ma che non sono immediatamente inquadrabili in atti discriminatori. Siffatti atti o misure legali sussistono alla ricorrenza di tre condizioni preliminari (art.5.1)[132] e si applicano in specifici contesti che la legge descrive dettagliatamente. Tra questi, rilevano quelli dei «gruppi vulnerabili (…) i membri delle minoranze nazionali (…) gli sfollati e i rifugiati» (art.5.1, lett. a) e quelli in materia di impiego, dove la legge ha adottato un criterio di bilanciamento tra principi generali concorrenti[133].

L'importanza dello strumento di tutela delineato da questa legge si ricava ancora da altri tre elementi: in primo luogo, dalla esplicita volontà di riaffermare l'ambito di validità della legge su tutto il territorio e in capo a tutti gli enti, istituzioni e settori pubblici e privati (artt.1 e 6.1) con un elenco che abbraccia le organizzazioni della società dal singolo individuo, sino al nucleo familiare (art.5.1, lett. m); in secondo luogo, dal richiamo all'*Ombudsman* quale istituzione centrale giurisdizionalmente competente, tra l'altro, «sulle tematiche legate alla discriminazione razziale» (art.7.2, lett.l) con preciso obbligo sulle istituzioni di assicurare una cooperazione incondizionata nello svolgimento delle sue funzioni (artt.7.6 e 7.7); in terzo luogo, dalla previsione di un'azione collettiva del corpo sociale ossia associazioni, enti, istituzioni e organi «che vi abbiano legittimo interesse» (art.17).

c) *La legge sui diritti umani e l'Ombudsman in Bosnia-Erzegovina (nel testo emendato il 22 gennaio 2004).*

Coeva alla legge sulla libertà di religione è quella istitutiva dell'*Ombudsman*[134]: istituto disciplinato parallelamente alla Commissione dei Diritti

---

[132] Articolo 5.1 (Eccezioni al principio della parità di trattamento): «Non devono essere considerate discriminatorie le misure e le azioni legali quando (…) siano adottate sulla base di una giustificazione obiettiva e ragionevole (…) e se perseguono uno scopo legittimo e se vi è un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito».

[133] Il bilanciamento tra garanzia dalla discriminazione e tutela dell'identità di un'istituzione ideologicamente orientata o di una Chiesa o Comunità religiosa è regolato sulla base del primato dell'identità confessionale dell'ente, delineato all'art.5.1, lett. c, che prevede la legittimità del trattamento sperequativo nei confronti di una persona quando occorra «(…) in materia di occupazione (…) nel rispetto delle dottrine, presunzioni di base, dogmi, credenze» posto che il provvedimento di esclusione è posto in essere «al fine di non offendere il sentimento religioso dei membri di quella confessione o religione». Analogo criterio è posto all'art.5.1, lett. h: «(…) nel mondo del lavoro, l'appartenenza, e in conformità con il funzionamento delle Chiese registrate e Comunità religiose in Bosnia-Erzegovina, così come un altro ente pubblico o privato (…), se richiesto da dottrine religiose, credenze o obiettivi».

[134] Act 26 december 2000 on the Human Rights Ombudsman of Bosnia and Herzegovina (*Zakon o ombudsmenima za ljudska prava BiH*) entrato in vigore il 3 gennaio 2001, in *Sl. Gl.* BiH, 2000-

Umani, dall'Allegato VI degli Accordi di pace di Dayton[135]. L'organismo interviene a tutela dei diritti umani con la messa a punto di un complesso di strumenti di carattere investigativo e di monitoraggio su casi di violazione dei diritti umani e delle libertà fondamentali perpetrati posteriormente al 15 dicembre 1995 (art.2.5). Per la delicatezza dei compiti assegnatigli, all'Ufficio sono attribuite competenze e potestà di tipo giurisdizionale ed ulteriori poteri intesi ad emettere raccomandazioni (art.2.4 e 4.2) e ad avvalersi di un ventaglio di strumenti tecnico-informativi di taglio pratico[136]. Tali potestà, concorrenti ed indipendenti dai poteri costituiti dello Stato (art.1.1)[137], si svolgono in autonomia dalle vicende politico-legislative (art.7.1 e 7.2)[138]. L'importanza di tale organismo contribuisce a sostenere gli sforzi comuni, interni e internazionali, al consolidamento, pur lento e graduale, di una «*ownership*» locale nella tutela dei diritti e libertà fondamentali in Bosnia-

---

L-71161 e in *Sl. Novine.* FBiH, 2000-12-26, n.32. Va rilevato che tutte le istituzioni governative bosniache hanno provveduto ad imbastire una disciplina in tema di *Ombudsman*. Ne risulta un quadro normativo nazionale assai articolato. Vedi, infatti: *Sl. Gl.* BiH, n.50/08; *Sl. Novine* FBiH, n.54/00; *Sl. Gl.* RS, n.45/05; *Sl. Gl.* BiH, nn. 32/00, 19/02 e 35/04.

135 Vilma Jahja, *L'Ombudsman nei Balcani: Albania, Bosnia-Erzegovina, Croazia*, in *Dir. Pubbl. Comparato Europeo*, Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 1803 ss. In realtà, i limiti di Dayton riflettono una traiettoria di *Realpolitik* che ha steso un'ombra negativa nella regione balcanica tra Bosnia e Kosovo: due regioni che condividono una stessa guerra e medesime linee compromissorie nelle trattative di pace le quali «rilevano più per ciò che tacciono che per ciò che dicono». Cfr. Katja Ridderbusch, *Auf Bosnia nicht gelernt*, in *Die Welt*, 15 febbraio 1999, consultabile sul sito on-line: www.welt.de/archiv/1999/02/15/0215fo05.htm.

136 Raccomandazioni (art.32); notificazioni e comunicazioni (art.33); Rapporti (art.34). Ai fini della tenuta unitaria dello Stato, appare strategica la funzione di provvedere alla stesura di un Rapporto annuale che illustri all'intero complesso degli organi istituzionali le attività poste in essere a tutela dei diritti umani. Art.34: «1. The Institution shall each year communicate the results of the its activities in a report to the Presidency of Bosnia and Herzegovina, the House of Representatives of Bosnia and Herzegovina and the House of Peoples of Bosnia and Herzegovina. 2.Where the public prominence or urgency of the facts so require, the Institution may submit a special report. 3. Annual reports and any special reports shall be published».
La legge sui diritti umani e l'*Ombudsman* (22 gennaio 2004) come emendate nel 2006, è in *Legislation for equality*, Vol.I. *Europa* (a cura di Talia Naamat, Nina Osin, Dina Porat), M. Nijhoff Ed., Leiden-Boston, 2012, pp. 65 ss. (il testo è reperibile al sito on-line: www.ombudsmen.gov.ba/DefaultEn.aspx?URL=3).

137 Art.1.1: «The Human Rights Ombudsman of Bosnia and Herzegovina is an independent institution set up in order to promote good governance and the rule of law and to protect the rights and liberties of natural and legal persons, as enshrined in particular in the Constitution of Bosnia and Herzegovina and the international treaties appended thereto, monitoring to this end the activity of the institutions of Bosnia and Herzegovina, its entities, and the District of Brčko (…)».

138 Art.7.1: «1. The activity of the Institution shall not be interrupted while the legislature is not in session, either because the legislature has been dissolved or because the term of the legislature has expired».
Art.7.2: «Emergency situations shall not interrupt an Ombudsman's term of office».

Erzegovina[139]. L'*Ombudsman* è provvisto di competenze estensive, potendo investigare sulle condotte, anche di scarso funzionamento, poste in essere dalla totalità dei «corpi governativi» (art.2.1)[140], nonché dall'amministrazione militare (art.3.1) e dall'ordine giudiziario e amministrativo (art.4.1).

Non esiste una competenza territoriale limitata per compartimenti stagni, in rispetto della scissione della Bosnia-Erzegovina in due distinte Entità: qualora l'*Ombudsman* ravvisi nella violazione sotto esame un caso di evidente e notevole gravità (art.5.2)[141], potrà infatti sottoporlo all'autorità giudiziaria dello Stato «estraendolo» dal contesto locale in cui il fatto si è svolto, in base ad un criterio di interesse nazionale a garanzia del rispetto dei diritti umani (art.6.1)[142].

La composizione triarchica dell'*Ombudsman* (art.8.1) riflette la peculiare struttura giuridica dello Stato bosniaco, organizzato per Entità ed etnie maggioritarie[143]: ne consegue la necessità di mettere a punto un principio di cooperazione funzionale che garantisca la massima impermeabilità a suggestioni di tipo etnico: «(…) the distribution of tasks among them shall not rely on the criterion of ethnic origin of the complainant. In their suggestions, resolutions and reports, the Ombudsmen act jointly» (art.8.3). L'autonomia dell'*Ombudsman*, in ogni caso, corrisponde ad un alto grado di rappresentatività dell'organismo, che riposa sia su criteri elettivi coinvolgenti la totalità dei segmenti istituzionali dello Stato (art.9.1), sia sulla condotta etica dei soggetti investiti dell'incarico (art.11).

---

[139] L'*Ombudsman* si sarebbe affiancato così alla Camera dei Diritti Umani (HRC), che ha terminato il suo mandato il 31 dicembre 2003, e alla Corte Penale Internazionale per la ex-Jugoslavia (ICTY) il cui mandato è spirato nel 2010. Vedi Jens Woelk, *La transizione costituzionale* cit., pp. 236-237.

[140] Per questa nozione, cfr. art.1.2, lett. d, e: «d) "government body(ies)" refers to all institutions, authorities, agencies, and departments of the government(s) concerned, as well as private agencies performing public services; e) "government body(ies) of Bosnia and Herzegovina" also refers to government bodies of the District of Brčko».

[141] Art.5.2: «The Institution may also deal with cases concerning a government body of an entity, in particular where it finds that the outcome of a case is of particular relevance for the effective enjoyment of individual rights and freedoms in Bosnia and Herzegovina as a whole».

[142] Art.6.1: «An Ombudsman may refer cases of alleged human rights violations to the highest judicial authorities of Bosnia and Herzegovina competent in human rights matters, pursuant to the rules concerning appeals to these authorities, whenever he or she finds that this is necessary for the effective performance of his or her duties». La dottrina ha rilevato gli effetti nefasti di ingolfamento dovuti ad una politica di coordinamento nella tutela dei diritti umani che si è sviluppata sulla sovrapposizione di soggetti e organismi interni ed internazionali. In argomento, Laura Montanari, *La tutela dei diritti* cit., p. 196, nota 31. Dubbi sull'effettiva capacità di tutelare tali diritti (con speciale attenzione per i profughi) sono stati avanzati da Pavle Nikolic, *I sistemi costituzionali* cit., pp. 194-195.

[143] Si osservi che sino al 31 dicembre 2003 l'*Ombudsman* era assolto da un unico titolare dell'ufficio (cd. «transitional Ombudsman») nominato dall'OSCE con la condizione stringente di non possedere né cittadinanza bosniaca né di altro Stato dell'area (art.41.1).

Il quadro normativo dell'istituto descrive dunque un organismo dal duplice carattere: di integrazione-cooperazione e di autonomia-immunità. Le istituzioni governative, specialmente quelle decentrate delle Entità, sono infatti tenute a cooperare e a promuovere forme di cooperazione con l'*Ombudsman* (art.13). Questo, per suo conto, ha un potere di coinvolgimento delle autorità giudiziarie di vertice nella sua attività investigativa, in modo da costituire un ponte di raccordo operativo tra poteri ed istituzioni. Trattandosi di interrelazioni che si sviluppano nell'ambito processuale, il ruolo dell'*Ombudsman* si sviluppa nel piano del controllo sulla corretta promozione e svolgimento delle controversie in cui le Entità siano eventualmente coinvolte (art.14.1)[144]. Quanto alle condizioni di autonomia-immunità, l'art.15 della legge è eloquente: «An Ombudsman shall be under no orders. Within the framework of his or her constitutional and legal competencies, each Ombudsman shall not be given instructions by any authority. Each Ombudsman shall act independently, on the basis of the Institution's own criteria and in accordance with Article 8». È quindi consequenziale che, nelle azioni e decisioni adottate nel quadro dell'esercizio delle proprie funzioni, l'*Ombudsman* goda di piena immunità avverso gli organi giudiziari (art.16) «(…) salvo il caso di commissione *flagrante delicto*» punibile con una misura detentiva superiore ai cinque anni (art.16.2). È altresì consequenziale che lo *status* di immunità imponga all'*Ombudsman* alcuni limiti.

Le incompatibilità dell'ufficio insistono sui ruoli di carattere politico, rappresentativi di interessi particolaristici o in cui sia palese l'adesione a convinzioni personali (in specie, l'adesione ad organizzazioni religiose), nonché su alcune tipologie di attività lavorative in cui l'insorgenza di un conflitto di interessi si imponga come motivo dominante (art.17.1)[145].

La legge sottolinea come la natura istituzionale della tutela ed il suo oggetto annullino ogni restrizione al ricorso all'*Ombudsman* per la lesione dei diritti umani o delle libertà fondamentali: «Any natural or legal person claiming a legitimate interest may complain to the Institution without

---

[144] Art.14.1: «An Ombudsman may refer, in accordance with Article 6, to the highest judicial authority of Bosnia and Herzegovina competent to deal with human rights issues, any case referred to the Institution for this purpose by the Ombudsman institutions of the entities. When referring such cases, the Ombudsman shall also ensure that the views of the entity Ombudsman institution are adequately presented to the judicial authority concerned».

[145] Art.17.1: «The position of an Ombudsman is incompatible with the holding of any representative office; with any political activity or office or responsibilities of propaganda; with continued activity in government service; with membership of a political party or with the exercise of leadership of a political party, trade union, association, foundation, or religious organisation or with employment by any of these; with performance of the duties of a judge; and with any activity in an occupation or profession, in commerce or in employment».

any restriction. Nationality, citizenship, residence, gender, minority, ethnicity, religion, legal incapacity, imprisonment of any kind, (…) may not restrict the right to lodge a complaint with the Institution» (art.18.1), ma è anche ammessa l'iniziativa su materie ritenute «*ex officio*» quando queste «offrano un sufficiente margine di investigazione» (art.23.1). Per converso, l'*Ombudsman* può rifiutarsi di proseguire ogni esperimento inquisitorio sul profilo di un'accusa che ritenesse viziata nell'intenzione e, quindi, promossa esclusivamente per fini strumentali, estranei o contrari alla natura degli scopi di tutela del «buon governo» perseguiti dal suo ufficio (art.21.1)[146]. In tal senso l'azione dell'*Ombudsman* si rivelerebbe lesiva di un interesse da tutelare e contraria agli scopi istituzionali.

Un notevole impulso al progetto di integrazione dei gruppi etnici di Bosnia-Erzegovina è impresso nelle disposizioni che dispongono l'obbligo della cooperazione delle istituzioni con l'attività investigativa ed ispettiva dell'*Ombudsman*, riguardo all'assistenza (art.25.1), al procacciamento di informazioni, documenti e studi (art.25.2) e al libero accesso a documenti amministrativi (art.25.3). Considerato l'ambito d'intervento nei gangli dei pubblici poteri, inclusa l'eventualità di esame di documenti segreti o confidenziali (art.28), la legge impone all'*Ombudsman* il dovere di discrezione come generale parametro di condotta. Nel quadro di queste cautele, tuttavia, permane dominante l'autonomia ed indipendenza dell'ufficio: condizione che ne coglie pienamente la centralità, – a garanzia dei principi democratici, dello Stato di diritto e della tutela dei diritti e libertà fondamentali violati – in un contesto che mette a confronto pubbliche potestà chiamate al rispetto del «buon governo»[147].

Siffatta compenetrazione tra potestà e cautele si esprime nelle regole sull'informativa diretta all'autorità gerarchicamente sovraordinata: criterio che l'*Ombudsman* è impegnato ad osservare in caso di rilevata responsabilità, omissiva o commissiva, nella condotta di pubblici funzionari o ufficiali (artt.29-31)[148].

---

[146] Art.21.1: «An Ombudsman may refuse to pursue anonymous complaints and complaints which he or she considers to have been made in bad faith, which are ill founded, which include no claim, which entail damage to the legitimate rights of a third party, or which were lodged with the Institution more than 12 months after the facts, events or decisions complained of».

[147] Osserva Laura Montanari, *La tutela dei diritti* cit., p. 196, nota 131, come lo Stato di Bosnia-Erzegovina e le sue Entità siano oggetto negli Accordi di Dayton dell'impegni ad assicurare il livello massimo di tutela dei diritti umani, avendo come parametro di riferimento le libertà fondamentali sancite dalla CEDU e dalle Convenzioni internazionali.

[148] Art.29: «When an investigation reveals that an abuse, an arbitrary procedure, discrimination, an error, negligence or an omission complained of was perpetrated by an official of a government body, the Ombudsman may communicate this finding to the official concerned. On the same date,

6). *La legislazione strumentale alla libertà confessionale in Bosnia-Erzegovina.* a) *La legislazione scolastica e lo spettro del segregazionismo etnico;* b) *La legislazione di tipo associativo e di servizio: la Legge sul volontariato (2008), la Legge sulle associazioni e le fondazioni (2010) e la Legge sui registri dello stato civile (2012);* c) *La legislazione sul procedimento amministrativo (2004) a livello centrale e regionale. Cenni. La legge sui giovani (2010);* d) *Gli strascichi ideologici della riforma agraria (1946) nella legislazione proprietaria;* e) *La legislazione sul diritto matrimoniale e di famiglia;* f) *La tutela della libertà religiosa nelle strutture organizzative «separate» e nell'impiego lavorativo*

a) *La legislazione scolastica e lo spettro del segregazionismo etnico*

Nonostante le rassicurazioni ricavabili dal quadro delle leggi positive (art.II. 3, lett.l, Cost.; art.4, legge n.5/2004), la legislazione scolastica denuncia in Bosnia-Erzegovina un'inestricabile ed irrisolta questione nodale. Gli osservatori e la dottrina, indistintamente, concordano nel ritenere la politica scolastica governativa irrigidita su capisaldi errati ed infruttuosi. L'orientamento, in materia di insegnamento della religione nella scuola pubblica, resta fondato su un meccanismo di insegnamento curriculare a comparti stagni, che irreggimenta gli studenti in base al criterio etnico della cittadinanza, con l'effetto di dar luogo ad una frammentazione culturale destinata ad esercitare profonde ricadute sul tessuto sociale. Viene così ad essere favorito apertamente un «modello segregativo» che offre il fianco ad ampie manipolazioni da parte dei segmenti politici: un modello agli antipodi rispetto ad un sistema inclusivo e tollerante[149].

Ma al netto dalle logiche politiche, l'attuale sistema scolastico frammentato si rivela la risultante di molteplici responsabilità storicamente concatenate, dalla gestione imperiale austro-ungarica sino agli Accordi di Dayton, ed accomunate da una perenne sottovalutazione della questione[150]. Nell'azione di riforma il legislatore bosniaco ha emanato una legge-quadro sull'i-

---

the Ombudsman shall transmit the same document to the official's superior and set out the recommendations he or she considers pertinent».
Art.31.2: «Where an official of a government body impedes an investigation by refusing to send documents required by an Ombudsman, or through negligence in sending such documents or by refusing an Ombudsman access to administrative files or documents necessary to the investigation (…)».

149 Jens Woelk, *La transizione costituzionale* cit., pp. 107 e 171.

150 Dal centralismo asburgico della politica sull'istruzione scolastica, sino alla frammentazione in tre sottosistemi etnici governati dalle entità provvisorie (1994) di Republika Srpska, Repubblica Croata di Herceg-Bosna e Repubblica di Bosnia-Erzegovina, per giungere ai clamorosi errori evidenziati dal modello di Dayton, che ha incredibilmente sottovalutato la centralità del profilo educativo scolastico. Cfr. Zaira Tiziana Lofranco, *L'implosione delle identità etniche in Bosnia-Erzegovina: il sistema scolastico e la sua riforma*, in Aa.Vv., *Dopo la pioggia* cit., p. 435.

struzione pubblica primaria e secondaria (legge n.18/2003) vigente per le due Entità costitutive del Paese e per il Distretto di Brčko. Da parte loro, tutti i cantoni hanno provveduto a munirsi di una disciplina equivalente rinviando, tuttavia, per la normativa di principio, alla menzionata legge-quadro del 2003[151]. È però sintomatico che alla legislazione generale del 2003 siano state nel prosieguo di tempo apportate numerose modifiche ed adattamenti da parte delle *governances* locali della RS, dei Cantoni e del Distretto di Brčko. È dunque apparsa quanto mai opportuna la successiva legislazione generale del 2007 (legge-quadro n.351, 30 luglio 2007, sull'istruzione superiore; legge-quadro n.521, 30 ottobre 2007, sull'istruzione pre-scolastica) che ha inteso armonizzare il complesso ed articolato quadro normativo[152].

La legislazione coordinata a livello centrale e locale sull'insegnamento scolastico pubblico (comprensivo della religione) poggia su criteri che rivelano un sistema dal malcerto equilibrio. La direttiva ispiratrice si svolge su un complesso di regole volte a consolidare un modello scolastico di natura impositiva e scarsamente flessibile. Esso prevede l'esistenza di un criterio frammentato in tre statuti curriculari confessionali (serbo, bosniaco e croato) che genera per sua natura un meccanismo disunitario e disgregante; il livello di confessionalità (il contenuto precettistico della disciplina) dell'insegnamento varia di intensità a seconda della Chiesa o Comunità religiosa che ne gestisce l'esercizio e in base al numero degli allievi accomunati dalla medesima fede[153]: esso è infatti obbligatorio in alcuni cantoni ed opzionale

---

[151] L'art.9 della legge-quadro 18/2003 sancisce che: «Schools shall promote and protect religious freedom, tolerance and dialogue in BiH». Cfr. Zlatiborka Popov - Anne Mette Ofstad, *Religious education in Bosnia and Herzegovina*, cit., p. 76.

[152] Legge 30 ottobre 2007, istitutiva di un Consiglio sull'istruzione scolastica e prescolastica (Text. No.521, in BiH-2007-L-78521). Jens Woelk, *La transizione costituzionale* cit., p. 171. Occorre tener presente una differenza significativa, dato che, mentre per la Federazione (divisa in dieci Cantoni, con una giurisdizione esclusiva in materia scolastica, ma con una composizione sociale disomogenea), il sistema è necessariamente variabile: in alcuni casi opzionale, in altri, obbligatorio, la situazione nella Republika Srpska è più uniforme, non essendo organizzata per Cantoni.
Per un quadro normativo esauriente, si menzionano la Legge-quadro sull'istruzione superiore in Bosnia-Erzegovina (*Okvirni zakon o visokom obrazovanju u Bosni i Hercegovini*), in *Sl. Gl.* BiH, nn. 59/07 (7 agosto 2007) e 59/09 (28 luglio 2009), nonché la Legge-quadro sull'istruzione prescolastica e superiore in Bosnia-Erzegovina (*Okvirni zakon o predškolkom vaspitanju i obrazovanju u Bosni i Hercegovini*) in *Sl. Gl.* BiH, n.88/07 (20 novembre 2007).
Si precisa che la disciplina è stata oggetto di continui aggiornamenti (vedi, in ultimo, un Act 5 december 2012, to amend the Act of Higer Education, in BiH-2012-L-92954).

[153] Tra le materie di corso risultano la lingua madre, la storia, la letteratura e geografia nazionale; ma un posto di rilievo è assegnato alla religione, strumentalmente impiegata per attuare politiche segregazioniste sin dalle scuole materne (così avviene per i Cantoni di Sarajevo e di Tuzla). Vedi Jens Woelk, *Ult.loc.cit*., p. 172 e note 94 e 96. Si tenga conto anche che solo nei *curricula* serbi la religione è prevista come disciplina obbligatoria (nei corsi tra la I e la VIII classe). Cfr. Zaira Tiziana Lofranco, *L'implosione* cit., p. 447, nota 10.

in altri[154]; l'art.9 della legge-quadro sancisce un modello di insegnamento di tipo confessionale [155]; ciascuno ha diritto all'insegnamento della religione secondo il credo di appartenenza: tale diritto è esercitabile per scelta libera, così da garantire anche l'opzione a non usufruirne e di orientarsi verso offerte scolastiche alternative. Il decentramento della funzione scolastica a livello locale ha fatalmente attribuito alle Chiese una potestà decisiva nella gestione dell'educazione religiosa con l'effetto di favorire un meccanismo autoreferenziale[156] e discrezionalmente derogatorio dei principi generali, confliggente con una visione di sistema integrata[157].

Ad oggi, le aspettative per una raggiunta neutralità del sistema di insegnamento scolastico pubblico della religione, tale da scongiurare il deprecabile effetto segregativo di intere porzioni del bacino studentesco bosniaco, sono rimesse alla buona volontà delle confessioni religiose. Un'analisi comparata delle diverse impostazioni operative relative agli scopi e alle finalità dell'educazione scolastica religiosa, attraverso i manuali approvati dalle rispettive organizzazioni confessionali, islamica, ortodossa e cattolica, ha messo in luce le reali distanze di metodo e di contenuto tra loro intercorrenti. Si tratta di modelli che denunciano quanto l'ispirazione ideale al criterio della neutralità, all'equidistanza, all'oggettività nella ricostruzione storica e ad un insegna-

---

[154] Nella Republika Srpska – dove l'educazione religiosa è obbligatoria per i serbi – si registrano difficoltà nella composizione di classi di allievi (islamici, cattolici, ebrei) ai quali destinare un orario per la religione; nella Federazione (Mostar) si è proposto un modello segregato lungo i parametri di confine etno-religioso delle due comunità costitutive (croato-cattoliche e bosniaco-musulmane) non privo di interesse: il cd. modello di «two schools under one roof». Si veda Zlatiborka Popov - Anne Mette Ofstad, *Religious education* cit., p. 100.

[155] Zlatiborka Popov - Anne Mette Ofstad, *Ult.loc.cit*., p. 77. Avvertono le citate Autrici che il sistema, specialmente per le scuole di primo grado, è orientato a gravare le istituzioni scolastiche di una crescente responsabilità in ordine alla protezione della libertà religiosa, della tolleranza e del dialogo.

[156] Ad es., la normativa della Republika Srpska del 1998 che impone una quota minima di studenti frequentanti per poter usufruire dell'ora di religione.

[157] Ad eloquente riprova di ciò, sta la riserva manifestata dalle confessioni al progetto sostenuto dall'UE-OSCE nel 2000, il cd. «Culture of Religion»: un corso inteso a sviluppare un sistema di insegnamento scolastico pubblico non-confessionale, adatto alla multietnicità della Bosnia-Erzegovina, ed integrativo, non sostitutivo, del «tricurriculare» modello vigente. I maggiori ostacoli sono stati opposti dalla Chiesa cattolica, l'unica confessione a rischio di tenuta sul territorio della Federazione, a fronte del solido radicamento della Chiesa Ortodossa e della Comunità Islamica. Cfr. Zlatiborka Popov - Anne Mette Ofstad, *Religious education* cit., pp. 96-99. In realtà, il rifiuto opposto dal Consiglio Interconfessionale di Bosnia-Erzegovina ha ben evidenziato come il progetto ecumenico di insegnamento delle religioni sia impattato su un muro di opposizioni trasversali innalzato dall'universo confessionale bosniaco. Veniva infatti paventato un indebolimento del meccanismo segregazionale, ossia lo strumento attraverso il quale autorità religiose e politiche hanno da sempre esercitato senza ostacoli significativi una influenza trasversale sulla popolazione. Cfr. Vjekoslav Perica, *Balkan Idols. Religion and nationalism in Yugoslav States*, University Press, Oxford, 2002, p. 185.

mento critico della precettistica, in quanto patrimonio comune e condiviso tra le diverse Chiese, siano lontane dall'esser state assimilate[158].

Il pericolo serpeggiante della segregazione istituzionale e di una paventata «omogeneizzazione culturale» su base etnica, che trova espressione emblematica nella strumentalizzazione dell'insegnamento della religione, non meno che dell'insegnamento della lingua madre[159], si materializza nella contrapposizione frontale emersa ormai nei due opposti modelli «cittadini»: quello segregazionista di Mostar e quello integrazionista di Brčko[160].

b) *La legislazione di tipo associativo e di servizio: la Legge sul volontariato (2008), la Legge sulle associazioni e le fondazioni (2010) e la Legge sui registri dello stato civile (2012)*

Quella sul volontariato (2008) è una legge-quadro[161]: fissa i principi fondamentali su cui si regge l'attività, l'organizzazione e lo *status*, con i connessi diritti e doveri, di chi offra prestazioni in regime di volontariato, vale a dire a condizioni di dono liberale di un'attività di carattere lavorativo (art.1). La nozione, che si ricava dal disposto ex art.3, per cui: «Per volontariato si intende l'attività di interesse per la Republika Srpska, che contribuisce a migliorare la qualità della vita, la cittadinanza attiva nei processi sociali e lo sviluppo di un società democratica più umana ed equa» e dall'art.4.1: «Il volontariato in termini di disposizioni della presente legge è un investimento personale di tempo, impegno, conoscenze e competenze per perseguire servizi o attività a vantaggio di un'altra persona o per il benessere generale», pone l'accento su un'attività altruistica e liberale[162], che trova fondamento

---

158 Rilevano Zlatiborka Popov - Anne Mette Ofstad, *Religious education* cit., p. 102, e pp. 79-90 che, a fronte di un approccio critico, terzo e aperto all'insegnamento multiconfessionale, conforme alla sensibilità della Chiesa cattolica, si oppone la posizione di chiusura «internalizzante» ed autoreferenziale dei propri valori fideistici, decisamente sostenuta da islamici ed ortodossi. Rilievi sulla manualistica scolastica e sulla riforma del sistema educativo, in vista dell'integrazione europea, sostenuta dalla Comunità internazionale (v. OHR-Office of the High Representative: l'Education Policy in Bosnia-Erzegovina, 2001 e l'Education Reform Agenda, 2002), sono in Zaira Tiziana Lofranco, *L'implosione* cit., p. 437.

159 Rilevante, la pronuncia della Corte Cost. della Bosnia-Erzegovina che ha deciso non sussistere violazione degli «interessi vitali» dello Stato negli istituti scolastici che prevedano l'insegnamento non frammentato e particolaristico di una sola lingua.

160 Jens Woelk, *La transizione costituzionale* cit., p. 197.

161 Le entità hanno in seguito provveduto a delineare discipline difformi nell'ambito delle proprie giurisdizioni. Cfr. la Legge su volontariato (*Zakon o volontiranju*) in *Sl. Novine* FBiH, n.110/12; *Sl. Gl.* RS, n.89/13.

162 Le disposizioni ex artt.16.1 e 16.2 precisano la natura non sinallagmatica e comunque non speculativa del volontariato, in quanto attività di tipo esclusivamente solidaristico. Secondo l'art.16.1: «Il volontariato è un impegno volontariamente libero per motivi di solidarietà, ai sensi dell'articolo

sul contributo spontaneo, individuale e di carattere etico e solidale, per il benessere della società[163].

Il rispetto di norme etiche è la spina dorsale dell'attività di volontariato: ciò va inteso in direzione bilaterale, sia come obbligo incombente sul volontario, sia come criterio a garanzia dello stesso. Nel primo senso, tra i casi di risoluzione del contratto è infatti contemplato quello di violazione di regole etiche, eventualmente vigenti per alcuni tipi di volontariato (art.23, lett.d); nel secondo senso, risponde l'art.24.1, lett. b che prevede come diritto dell'operatore volontario, «l'introduzione di norme etiche rilevanti in casi particolari di volontariato».

Non è un caso, quindi, che la legge subordini l'attività di volontariato, sia verso chi la organizzi, sia verso chi ne benefici, al principio generale della pari opportunità. Tale criterio, da intendere come declinazione del principio di non discriminazione, stabilisce che l'attività di volontariato non subisca alcun tipo di limite dovuto ad «(…) età, razza, colore, lingua, religione, sesso, orientamento sessuale, genere ed espressione di genere, opinioni politiche o di altro, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, istruzione, stato sociale, stato civile, responsabilità familiari, appartenenza o non appartenenza a un partito politico, associazione o unione, difficoltà o malattie fisiche o mentali e le altre caratteristiche personali» salvo la legge medesima non ne prescriva speciali interdizioni (art.9.1 e 9.2).

Un certo interesse suscita il disposto ex art.17, che prevede la figura dei «volontari internazionali», ossia coloro che «non sono cittadini della Republika Srpska e di Bosnia-Erzegovina» (art.17.1), riconoscendone insieme al diritto di esercitare il volontariato nel territorio della RS, uno specifico *status* giuridico (art.17.2) e garantendone l'eguaglianza nei diritti e doveri con i «volontari cittadini», fatte salve le disposizioni di legge (art.17.3).

I comprensibili limiti imposti per esigenze di copertura finanziaria destinata al funzionamento del servizio segnano, per altro verso, l'apertura alle relazioni transnazionali a vantaggio del dialogo e dell'inclusione ed il favore per l'adozione di modelli etnonazionali.

Si è già accennato alla succinta normativa che disciplina la libertà di associazione del fenomeno religioso, ex art.19, legge n.5/2004. Molto dettagliata

---

3 della presente legge». Art.16.2: «Attività o servizi non resi volontariamente o nelle modalità altrimenti previste dalla presente legge non sono considerate volontariato».

[163] La funzione formativa propria di tale legge è ben descritta dall'art.12.1, per il quale, il minore che abbia compiuto i 15 anni può sottoscrivere il contratto di volontariato con il consenso scritto del rappresentante legale. Per lo stesso motivo, la legge si cura che il minore dia prova di quella maturità che giustifichi l'impegno ad assumersi le responsabilità dell'opera di volontariato e che, dall'altra parte «non gli pregiudichi i buoni risultati nell'assolvimento degli impegni scolastici» (art.12.2).

è, invece, la legge sulle associazioni e fondazioni (2010), nella quale risaltano le disposizioni intese a definire l'azione di controllo delle autorità sulle attività delle associazioni e fondazioni[164]. Un significativo spazio è attribuito alle competenze concorrenti tra amministrazione centrale dello Stato (il Ministero Federale di Giustizia della Bosnia-Erzegovina) e le autorità locali cantonali. Una volta esposta la nozione giuridica di cosa intendere per associazioni e fondazioni (art.2) la legge si premunisce di circoscrivere scopi e attività legittimamente perseguibili, con il divieto esplicito di qualsiasi attività: «(…) in contrasto con l'ordine costituzionale della Bosnia-Erzegovina e la Federazione di Bosnia ed Erzegovina, o mirante al suo rovesciamento violento o per incitamento alla guerra nazionale, razziale, religiosa e [per altri motivi] di odio o discriminazione, vietati dalla Costituzione e dalla legge» (art.3).

Per le associazioni, la legge stabilisce garanzie sui soggetti membri che le compongono, ed impone che si tratti di: «(…) cittadini di Erzegovina, o stranieri residenti in modo permanente o per un soggiorno più lungo di un anno nel territorio» (art.11.1 e art.16). Le restanti norme rispondono alla comune disciplina sul fenomeno associativo[165]. Per le fondazioni, la cui disciplina segue le consuete norme civilistiche (artt.20 ss.)[166], è riconosciuta, come per le associazioni, la facoltà di organizzarsi in strutture di ampiezza superiore all'ambito nazionale («La Fondazione può stabilire una o più persone fisiche o giuridiche nazionali o estere», art.20.1) e godere di libertà nello sviluppo della forma organizzativa, conformemente allo statuto (art.20, ult.co.).

Questa libertà organizzativa riconosciuta alle associazioni e fondazioni saggia il reale coordinamento del sistema amministrativo dello Stato (tra centro e periferia), relativamente alle incombenze burocratiche cui sono tenute, a far capo dall'obbligo di iscrizione nei rispettivi registri (artt.26 ss.). La necessaria cooperazione ed il buon coordinamento funzionale tra i due livelli amministrativi è posto in luce dall'ipotesi di associazioni operanti in

---

[164] Cfr. Act on Associations and Foundations in Bosnia and Herzegovina (*Zakon o udruženjima i fondacijama*), 30 november 2001 (in *Sl. Gl.*, 2001-12-28. No.32). Più volte emendate, le istituzioni governative bosniache hanno anche in questo caso disciplinato la materia in modo settoriale (*Sl. Novine* FBiH, n.45/02; *Sl.Gl.* RS, nn.52/01 e 52/05; *Sl. Gl.* BD, nn.12/02 e 19/07; *Sl. Gl.* BiH, nn.31/01, 42/03, 63/08) sino ad un Emend Act, 14 september 2011 (in *Sl.Gl.* BiH, No. 76/11).

[165] Cfr. le norme sull'atto costitutivo (art.13), sullo statuto (art.14), sugli organi delegati e rappresentanti (art.17) e sulla composizione e facoltà dell'assemblea (artt.17-19).

[166] Per rilievi storici sull'istituzione di fondazioni pie nel diritto bosniaco-ottomano, Nazif Ozturk, *Le fondazioni pie delle minoranze*, Altin Kure Yayinlari, Ankara, 2004; Mehmet Dikici, *I pacchetti legislativi di armonizzazione. Il diritto di proprietà degli stranieri e le fondazioni pie delle minoranze*, Cati Kítaplari, Istanbul, 2005.

più cantoni (art.26 co.2)[167]. Una competenza concorrente centro-periferia[168] sottende alle procedure dirette alla domanda di registrazione (art.29), alla decisione sulla stessa (art.30), alle eventuali carenze sui requisiti e ai suggerimenti per porvi rimedio (art.31).

La legge sui registri dello stato civile (2012) che regolamenta il controllo amministrativo e, in genere, la responsabilità per la conservazione dei registri nella Confederazione di Bosnia-Erzegovina (art.1) disciplina anche i dati conservati dalle comunità religiose. La normativa è volta a consolidare il procedimento sull'accertamento dell'identità della comunità confessionale attraverso i dati conservati nei registri, potendo ottenere certezza sull'identità dell'ente, ai fini del «traffico giuridico», tramite il nome della persona fisica che risulti dagli atti «secondo le norme previgenti» e confermato dall'identità risultante dal registro delle nascite (art.50).

In ogni caso è fatto obbligo alla comunità religiosa di consentire l'accesso ai pubblici ufficiali affinché possano prendere visione dei registri da questa conservati, per l'eventuale necessità di inserimento di dati ad integrazione di atti di rilievo pubblico (art.78).

c) *La legislazione sul procedimento amministrativo (2004) a livello centrale e regionale. Cenni. La legge sui giovani (2010)*

La normativa ora esaminata permette di introdurre qualche brevissimo cenno sulla procedura amministrativa generale stante il ruolo di raccordo che, in Bosnia-Erzegovina, l'attività dei pubblici uffici stabilisce tra autorità gerarchicamente ordinate e stante le essenziali funzioni di garanzia assolte dai principi di legalità, di Stato di diritto e di tutela dei diritti e dell'interesse pubblico: principi da cui dipende l'immediata corrispondenza dei servizi pubblici alle attese dei cittadini, tenuto conto dell'ipertrofia burocratica che intorpidisce l'azione pubblica dello Stato balcanico[169].

---

[167] Art.26 co.2: «Il Ministero federale ha competenza sul registro delle associazioni se lo statuto della società prevede che l'associazione operi in due o più cantoni, mentre se lo statuto prevede che l'associazione agisca in un cantone, a registrare l'associazione decideranno le autorità cantonali».

[168] Le regole di cooperazione in sede amministrativa tra autorità cantonali e Ministero federale presiedono ai cambiamenti dei dati relativi alle associazioni e fondazioni, indicati nel registro (art.33), la cancellazione dal registro (art.42), la ripartizione il patrimonio (art.45) il controllo della legalità delle attività svolte (art.47). Nelle articolazioni giurisdizionali il rapporto tra Suprema Corte della Federazione e tribunali cantonali si sviluppa sulla disciplina del contenzioso amministrativo cui associazioni e fondazioni possono accedere avverso una decisione pregiudizievole (art.32); in caso di sentenza definitiva (art.42) e nelle procedure di messa al bando (artt.44 e 45)

[169] Cfr. Act on Administrative procedure 25 june 2002 (Text. N. 227, in *Sl. Gl.*, 2002-10-12, No.29) che rielabora la precedente normativa di settore risalente al 1992. Sui periodici, e talora costruttivi, tentativi di riforma dell'apparato amministrativo in Bosnia-Erzegovina, sin dal 1850, vedi Guido Franzinetti, *I Balcani dal 1878* cit., p. 25.

Entrambe queste evenienze sono ravvisabili nella precorsa legislazione associativa e fondazionale che accoglie la legge sul procedimento amministrativo approvata a Sarajevo il 14 aprile 2004 (l. n.12/04)[170]. È pesino superfluo osservare come la transizione del modello amministrativo pubblico, dal tipo monista a quello pluralista, si sia compiuta sotto la guida vigile dell'UE e che l'approdo normativo riformista si sia orientato verso quei pilastri del liberalismo giuridico occidentale della legalità, della proporzionalità, dell'imparzialità, della trasparenza amministrativa, comprensivi del diritto di accesso ai documenti «sensibili» e coperti dal segreto di Stato. Quest'ultimo aspetto sembrerebbe garantire con più sicure basi l'orientamento di tutela dell'ordinamento giuridico verso le categorie dei diritti fondamentali e delle libertà[171].

Con riferimento all'auspicato adeguamento degli assetti burocratici ai principi europei ispiratori della «buona amministrazione», va qui menzionata la legge sui giovani, votata dal Parlamento della Federazione di Bosnia-Erzegovina nel 2010. La legge possiede un significato pedagogico di grande rilievo quale strumento di prevenzione dell'intolleranza e di lotta alla discriminazione, da attuare nel quadro formativo interessante le nuove generazioni bosniache. I giovani salgono così alla ribalta come attori dei processi decisionali sulla base di un pluralismo partecipativo ed inclusivo (art3.4)[172], che nel contempo rappresenti il volano per l'adeguamento dell'organizzazione dello Stato ai modelli liberali europei (art.1)[173].

L'armonizzazione con i parametri europei della P.A. nell'attuazione delle politiche giovanili (art.3.2) enunciata attraverso i criteri di: «a) l'affidabilità e prevedibilità (certezza del diritto); b) apertura e trasparenza; c) responsabilità e d) efficienza» (ex art.4.12) è prescritta sotto diverse angolazioni, a garanzia degli appalti pubblici per il finanziamento di progetti (art.14.4), e per

---

[170] La legge si inquadra in un ragguardevole fenomeno dinamico di aggiornamento amministrativo avviato anni prima e non ancora concluso. Cfr. *Sl. Novine* FBiH, nn.2/98 e 48/99; *Sl. Gl.* RS, nn. 13/02, 87/07 e 50/10 (*Zakon o opsten upravnom postupku*); *Sl. Gl.* BD, n.48/11; *Sl. Gl.* BiH, nn.29/02, 88/97, 93/09 e 41/13.

[171] Roberto Scarciglia, *Diritto amministrativo nei Balcani e metodologia comparatistica*, in Aa.Vv., (a cura di L. Montanari - Roberto Toniatti - J. Woelk), *Il pluralismo nella transizione* cit., p. 262-264. L'A. puntualmente avverte che tali principi risiedono nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE-Trattato di Lisbona, artt.41, 42 e 47.

[172] Art.3.4: «Gli obiettivi della legge sono (…) rafforzare la partecipazione e l'inclusione (…) a tutti i livelli decisionali della Federazione attraverso ordinati meccanismi di partecipazione».

[173] Art.1: «La legge cura (…) la partecipazione dei giovani a tutti i livelli del processo decisionale sulla base dei principi del rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali, (…) l'ordine costituzionale, e il diritto internazionale e delle istituzioni democratiche [oltre che] sul pluralismo politico e l'istituzione dello stato di diritto, (…) con l'obiettivo di soddisfare le condizioni per l'adesione della Bosnia-Erzegovina all'UE».

la valutazione degli stessi (art.28). La buona amministrazione diviene così la struttura portante di una politica di diritti alla formazione e alla crescita culturale individuale, senza discriminazioni (art.5.1). Il rispetto dei valori di pace e tolleranza si dirigono, in particolare, verso le «minoranze etniche (…) i membri dei popoli costitutivi e di quanti rappresentino una minoranza nella comunità in cui vivono» (art.7.4).

Questi principi si riverberano sulle eventuali associazioni giovanili che la legge incentiva prevedendone la libera costituzione (art.29). Anche in questo caso la normativa ha un'impronta preventiva, nella prescrizione del divieto di quelle attività discriminatorie che contarvverrebbero allo spirito e agli scopi della legge (art.33)[174].

d) *Gli strascichi ideologici della riforma agraria (1946) nella legislazione proprietaria*

I principi che fondano la riforma dei poteri della P.A. nei rapporti con i cittadini sono gli stessi in base ai quali la Bosnia-Erzegovina ha adottato una disciplina ispirata alla libera concorrenza nel 2001[175]: trasparenza, procedura semplificate e, soprattutto, progressivo annullamento dell'invasività di intervento dello Stato[176].

Allargando lo sguardo alla politica di liberalizzazione economica post-Dayton e all'azione di revisione della normativa relativa alla proprietà e degli strumenti idonei ad affrontare la questione degli espropri, il contributo della dottrina è abbondante[177]. L'inquadramento riformista della proprietà rientra infatti in quel settore di riconoscimenti di sintesi che nella garanzia delle libertà personali includono l'iniziativa economica privata, intesa come espressione di una libertà fondamentale: libertà oggi contemplata dalla Cost. di Bosnia-Erzegovina, art. II, §3[178].

---

[174] La legge proibisce le attività associative aventi lo scopo di minare l'ordine costituzionale e in contrasto con la legge, considerando come tali le «(…) attività che in qualsiasi modo alimentino l'odio, l'intolleranza e diffondono la xenofobia o il razzismo, o discriminano chiunque per qualsiasi motivo» (art.33).

[175] Occorre segnalare in materia l'azione di aggiornamento legislativo condotta dalle Entità e dallo Stato centrale. Vedasi la Legge sulla concorrenza (*Zakon o konkurenciji*) in *Sl. Novine* FBiH, n.65/09; *Sl. Gl.* RS, n.93/09; *Sl. Gl.* BD, n. 29/09; *Sl. Gl.* BiH, nn.48/05, 76/07 e 80/09.

[176] Marcello Salerno, *The market Constitutions in the Western Balkans*, in Aa.Vv., *Il pluralismo nella transizione* cit., pp. 297-298.

[177] Sulla questione, si rimanda ai contributi contenuti in Aa.Vv., *Strategies for the future of Bosnia-Erzegovina and Croatia* cit., con speciale riferimento a: Helene Holm-Pedersen, *Property rights* cit., pp. 67-78; Axel Jaenicke, *Repossession of private property* cit., pp. 79-91; Manfred Nowak, *Human rights and refugee returns*, pp. 117 ss., spec. pp. 121ss.

[178] Luca Mezzetti, *Le Costituzioni economiche* cit., p. 122.

I temi della privatizzazione, della restituzione dei beni confiscati durante il regime e la necessità di una riforma fiscale sono stati dalla dottrina concordemente valutati come centrali per la realizzazione di una effettiva transizione economica[179]. Analoghe cure per la riforma del diritto proprietario sono state confermate dalle evidenti intromissioni «impositive» da parte dell'Alto Rappresentante (OHR)[180]. Questi diritti intercettano notevoli punti di contatto con le libertà fondamentali e con le primarie garanzie democratiche dello *status* di cittadinanza. Nello specifico scenario della Bosnia-Erzegovina, questi diritti configuravano però anche uno snodo essenziale verso la soluzione del problema dell'integrazione e della grave questione del «ritorno dei rifugiati»[181]. Anche in questo settore, dunque, l'azione di aggiornamento normativo svolta dal legislatore è particolarmente intensa ed è tuttora in via di svolgimento[182].

Effettivamente, la storia ci avverte che la questione agraria ha costituito un capitolo centrale nella vicenda bosniaca, nel Regno SCS[183] e nei governi precedenti. Ogni approccio riformista si è infatti dovuto confrontare ed interagire con modelli consuetudinari feudali largamente fossilizzati nel sistema turco-ottomano fondato sulla concessione terriera ai sudditi latifondisti (*spahija*)[184]. Ne segue che, quasi per naturale effetto, la crisi e le guerre balcaniche esplose tra il 1875 e i primi del Novecento montarono nelle forme di ricorrenti rivolte agrarie, in cui spinte sociali, motivazioni etniche, rivalse religiose ed aspettative economiche venivano fondendosi in un indistinto[185].

---

[179] Avverte questa connessione insita nei cd. «diritti economici e sociali di prima e seconda generazione [connotanti] libertà fondamentali del mondo classico», Michele Scudiero, *Democratizzazione all'Est* cit., p. 21. Si vedano anche i contributi offerti al Seminario *État de droit et transition vers une économie de marché*, Actes du Séminaire UNIDEM, Università di Blagoevgrad-Comunità Europea, Strasburgo, 1994.

[180] Jens Woelk, *La transizione costituzionale* cit., p. 131.

[181] Jens Woelk, *Ult.loc.cit*., p. 104. Sugli effetti di riscatto, integrazione ed eguaglianza sociale, ma anche di indipendenza dalla manipolazione politica di una società economicamente autonoma, insiste Helene Holm-Pedersen, *Property rights* cit., p. 68.

[182] Cfr. Legge sul diritto di proprietà (*Zakon o stvarnim pravima*). *Sl. Novine* BiH, nn.66/13 (28 agosto 2013) e 100/13 (18 dicembre 2013); *Sl. Gl.* RS, nn.124/08, 3/09, 58/09 e 95/11.

[183] Germana Carobene, *Il basic agreement* cit., pp. 5 e 14.

[184] Il godimento di terre poteva realizzarsi attraverso tre modalità (*timar*, *zijamat* e *has*) a seconda della capacità contributiva del concessionario. Così, Giannantonio Benacchio, *La circolazione* cit., p. 61. La soluzione del latifondo si coniugava con la mancata previsione della persona morale nel diritto ottomano e la necessità di registrare i beni comunitari a favore di persone fisiche. Cfr. Paul Dumont, *Lo status delle minoranze e la nozione di cittadinanza nella Turchia repubblicana*, in Aa.Vv., *Dopo l'impero ottomano* cit., p. 208.

[185] Guido Franzinetti, *I Balcani* cit., pp. 25-26. Neppure può criticarsi il legislatore turco per scarsa attenzione verso la questione: un'importante riforma economico-amministrativa nel 1850

Il regime titino avrebbe poi impresso sul diritto di proprietà i crismi del pensiero socialista nella versione «non allineata», con una legge di riforma agraria per la Bosnia-Erzegovina (1946): una normativa impostata sulla redistribuzione delle grandi proprietà private con assegnazioni «a favore di agricoltori indigenti» (art.1). Il criterio orientativo era l'espropriazione di beni di soggetti e persone giuridiche private con eccezione di quei patrimoni finalizzati a «scopi socialmente utili» (art.7, lett. b). Su questa linea si innestava il disposto ex art.7, lett. c della legge, che si occupava dei patrimoni privati di istituti religiosi, pure inclusi nella lista dei beni espropriabili. La mano pubblica si arrestava solo di fronte ai luoghi di culto, intesi con una certa larghezza tipologica (monasteri, moschee, istituti religiosi, *waquf*, *tekke*), ai quali veniva pur concessa una porzione di terre con funzione pertinenziale (pascoli, estensioni boschive), con ampiezza variabile a seconda del rilevante valore storico attribuibile all'edificio religioso principale[186].

e) *La legislazione sul diritto matrimoniale e di famiglia*

Analogamente alle altre ex Repubbliche della Federazione Socialista di Jugoslavia, anche per la Bosnia-Erzegovina il diritto di famiglia e successorio ha subìto la pressione di una dominante e profonda influenza da parte della dottrina sovietica, tanto da potersi parlare di una vera e propria recezione legislativa di tipo massivo[187].

(cd. *Tanzimat*) non riuscì a spegnere i focolai che avrebbero condotto alla deflagrazione delle rivolte agrarie in Erzegovina (1875) ed in Bosnia (1876). Già l'*Hatt-i-sherif Gülkahaven* (1839), poi consolidato dal *Hatt-i humayun* (decreto imperiale) della cd. «Legge di Ramadan» (1856) ed una successiva Legge sul regime immobiliare (1858), aveva aggredito il vecchio regime della *spahija* ed imposto un modello aconfessionale: la concessione di terre, infatti, sino alla riforma era impostata sul «dualismo giuridico fondato sull'appartenenza religiosa dei cittadini». A segnalare l'evoluzione del diritto proprietario nella Bosnia del XIX secolo avrebbe poi concorso ancora la nuova legge sulle successioni (1867) e la cd. «Legge sulle *tapije*» (o legge sui trasferimenti della proprietà immobiliare). Sul punto, diffusamente, Giannantonio Benacchio, *La circolazione* cit., pp. 98-99, nonché, Daniela Bredi, *Islam e Stato nei territori ottomani nel XIX e XX secolo,* in Aa.Vv. (a cura di Anna Baldinetti e Armando Pitassio), *Dopo l'Impero Ottomano. Stati-nazione e comunità religiose*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2006, pp. 28-29; Sul periodo delle riforme legislative dell'economia nazionale e della questione agraria in Bosnia, Branislav Djurdjev, «*Bosna (Bosnia and Herzegovina)*», in *The encyclopaedia of Islam*, I, E.G. Brill, Leiden, 1986, pp. 1268-1269.

186 In base a questo criterio di massima, lo Stato nazionalizzava i patrimoni religiosi senza alcun indennizzo (art.9.1) anche in parte proporzionale alla costruzione, con l'inventario dei beni (art.9.2). La legge del 1946, dunque, si indirizzava alla confisca della grande proprietà privata, tenendo soprattutto conto della capacità produttiva dei suoli e ammettendo così qualche forma di compensazione e di minor rigore per i proprietari di aree forestali (art.41.1) A stretto rigore sarebbe stata competenza delle istituzioni centrali della Repubblica popolare di Bosnia-Erzegovina (Segreteria di Stato per le Finanze) quella di «determinare quali istituzioni religiose dovessero essere considerate di maggior importanza e di rilevante valore storico» (Capo III, lett. c).

187 Giannantonio Benacchio, *La circolazione* cit., p. 174.

La legge socialista tendeva a rimpiazzare il più complesso quadro giuridico stratificato che, per la Bosnia-Erzegovina si fondava sul diritto sharaitico ultimamente codificato nelle cd. *Mejelle* (1870-1876) e valido per tutti i sudditi della regione balcanico-ottomana: un diritto che, anche a seguito del transito all'amministrazione austroungarica e per la sua speciale natura di «ponte culturale» tra ortodossia e flessibilità[188], l'impero giuseppino aveva inteso non aggredire frontalmente, persino chiudendo un occhio sui precetti poligamici[189] e dichiarando lo stato di continuità delle regole sharaitiche e consuetudinarie slavo-bosniache, salvo il caso di un necessario ricorso analogico all'ABGB, nell'ipotesi di lacuna normativa[190]. Osserva Benacchio che «nel periodo socialista proprio le marcate differenze (tra le variabili aree giuridiche) imposero una priorità nell'unificare (il diritto)»[191], perché segnatamente in quell'ambito giuridico si vennero radicalizzando le antagoniste energie centripete e centrifughe, con l'effetto di mettere a confronto i poteri autonomi locali e centrale. La legislazione successoria, e specialmente quella di famiglia e matrimoniale riflette, più di ogni altra disciplina, lo stato di coesistenza tra regole consuetudinarie e diversificazione di riti tra Serbia, Vojvodina e Bosnia-Erzegovina: in quest'ultima, poi, anche dopo la piena annessione (1908) all'Austria-Ungheria, le tre religioni maggiori non avevano dismesso l'osservanza delle leggi proprie di ciascuna.

La legge fondamentale sul matrimonio (3 aprile 1946) metteva fine agli effetti civili del matrimonio religioso, ora solo tollerato. La Repubblica socialista di Bosnia-Erzegovina si sarebbe poi data una legislazione autonoma di ordine generale (abbracciante il diritto di famiglia il matrimonio e i rapporti familiari) con la legge n.21/79[192].

---

[188] Sulla inedita natura delle *Mejelle*, quale esperimento di contatto giuridico culturale del diritto islamico con la prospettiva giusculturale occidentale, MARIO TEDESCHI, «*Confessioni religiose. VIII) Islam*», in Enciclopedia Giuridica Treccani, IX, Aggiornamento, Roma, 2002, p. 8.

[189] GIUSEPPE PRADER, *Il matrimonio nel mondo*, Cedam, Padova, 1986², pp. 352-358.

[190] GIANNANTONIO BENACCHIO, *La circolazione* cit., p. 102. Sul periodo di interregno pre-socialista in ordine al diritto familiare e sui successivi sviluppi della materia, BERTHOLD EISNER, *Die zivilrechtsprechung der ordentlichen gerichte Jugoslawiens 1945-53*, in *Rabels Zeitschrift fur auslandisches und internationales privatrecht*, vol. XVII (1952), pp. 244 ss. e vol. XIX (1954), pp. 296 ss.

[191] GIANNANTONIO BENACCHIO, *La circolazione* cit., p. 175, nota 25 e p. 176.

[192] Osserva Prader che, con la legge di modifica della Costituzione (30 giugno 1971) la competenza legislativa sulla disciplina del diritto di famiglia e sul matrimonio transitava in capo alle singole Repubbliche. Sebbene la Legge fondamentale sul matrimonio del 1946 fosse stata abrogata, resistevano alcune sue norme (es. art.26, sulla celebrazione del matrimonio davanti alle rappresentanze diplomatiche jugoslave. I principi della citata legge fondamentale del 1946 venivano, così, in larga parte poi accolti nelle leggi regionali. Una legge del febbraio 1979 regolava i conflitti interlocali di leggi. Ex art.13, le condizioni necessarie per contrarre matrimonio e la forma di matrimonio erano sottoposte alla legge della Repubblica o del territorio autonomo di residenza dei nubendi.

Per quanto attiene ai matrimoni confessionali, il principio di separazione sancito dalla Costituzione di Bosnia-Erzegovina del 1995[193] si riflette anche sui rapporti di tipo negoziale, con una sostanziale assenza di normativa[194]. L'attenzione verso una disciplina di diritto di famiglia attualizzata è tuttavia progressivamente emersa in modo equilibrato nelle diverse compagini territoriali dello Stato nell'ultimo quindicennio[195].

Va infine menzionata una legge sull'eguaglianza dei sessi (2003), valida a livello statale, che interviene con strumenti di protezione legislativa avverso le discriminazioni fondate sul genere e l'orientamento sessuale (art. 2), anche se il testo legale è avvolto da una certa dose di indefinitezza[196]. Il maggior spessore normativo concesso dal legislatore bosniaco, sia del centro che perifierico, allo spazio di tutela dagli atti discriminatori ha tuttavia permesso di ricavare importanti parametri di riferimento applicabili alla disciplina in oggetto[197]. Riferimenti che, tuttavia, nulla concedono ad un eventuale riconoscimento legale delle coppie omosessuali.

f) *La tutela della libertà religiosa nelle strutture organizzative «separate» e nell'impiego lavorativo*

La legge sul servizio militare nelle Forze Armate (n.227, del 5 ottobre 2005) contempla il «servizio religioso» tra quelli costituenti la permanenza

---

Al cittadino che non fosse in possesso della residenza nel territorio dello Stato si sarebbe applicata la legge della Repubblica federale di appartenenza. Per altro verso, il principio di conformazione alla legge centrale era derogato da palesi eccezioni. Relativamente alla celebrazione del matrimonio, il divieto della celebrazione del rito religioso senza la presentazione del certificato del previo matrimonio civile, previsto come regola generale nelle Repubbliche jugoslave, non vigeva né in Bosnia-Erzegovina né in Slovenia. Più rigorosa la normativa penale (art.312 c.p.), secondo cui, in tutti gli Stati della Federazione jugoslava i ministri di culto che celebrassero il matrimonio religioso senza preventivo rito civile erano passibili di reclusione. Così, Giuseppe Prader, *Il matrimonio nel mondo* cit., p. 353. Cfr. anche Giovanni Brunelli, *Divorzio e nullità di matrimonio negli Stati d'Europa*, Giuffré, Milano, 1958 e per la disciplina in Jugoslavia, Franz Leske-William Loewenfeld, *Das eherecht der europaischen staaten und ihrer colonie*, C. Heymanns, Berlino, 1932.

193 Si confronti, in proposito, l'art. 36.2 Cost. Republika Srpska, secondo cui: «Marriage and legal relations in marriage and family shall be regulated by law».

194 Cfr. Basic Agreement between Holy See and Bosnia-Hercegovina, 29 settembre 2006, che tace della materia. José T. Martín de Agar, *I Concordati dal 2000 al 2009*, LEV, CdV, 2010, pp. 31 ss.

195 Cfr. Legge sul diritto di famiglia (*Porodični zakon*) in *Sl. Novine* FBiH, nn.35/05, 41/05 e 31/14; in *Sl. Gl.* RS, nn. 54/02, 41/08 e 63/14; in *Sl. Gl.* BD, n.23/07.

196 Infatti, nelle traduzioni della legge nelle lingue locali, il termine «genere» è sostituito da quello di «sesso» cui viene attribuito quel preciso significato semantico, e non viene tracciata una nozione giuridica di «orientamento sessuale».

197 L'interdizione per discriminazione a causa dell'orientamento sessuale è infatti contemplata dalla Costituzione del Distretto di Brčko, e dal diritto del lavoro vigente nello stesso, nonché dall'art.145 del Codice penale di Bosnia-Erzegovina come pure dalle Entità.

nei ruoli delle Forze Armate della Bosnia-Erzegovina (art.5.14). È principio base il riconoscimento della libertà di svolgimento delle pratiche religiose in senso pluralista: «Ogni militare ha il diritto di svolgere attività religiose per soddisfare la libertà religiosa, secondo le particolarità di ogni fede» (art.29.1). A tale criterio si uniforma la concreta modalità di organizzazione delle attività religiose e dei precetti canonici da osservare nelle strutture militari. Ciò si attua in base al principio della libertà individuale (art.29.2); dei «bisogni oggettivi» espressi dal personale militare (art.29.3) e, infine, in base al principio della collaborazione tra lo Stato e le confessioni religiose, purché legalmente riconosciute (art.29.4).

La legge stabilisce anche un diritto al congedo retribuito per esigenze religiose nel rispetto delle festività, nel tetto di quattro giorni per ogni anno di servizio (art.57.3).

Ancora in tema di «comunità separate», occorre menzionare la legge sulle carceri (l. n.12, del 16 febbraio 2010). Nel testo si evidenziano due disposizioni centrali: l'art.52.3, che sancisce il principio del trattamento umano e non discriminatorio verso i detenuti, in base, tra l'altro, alla «origine etnica, razza, lingua religione, origine nazionale o sociale»; l'art.53, norma-cardine sul riconoscimento del diritto di libertà religiosa ai detenuti o prigionieri che prescrive il diritto a «soddisfare le loro esigenze religiose in conformità con la legge e di regolamento delle comunità religiose» (art.53.1) sulla base di un principio di collaborazione tra le Comunità confessionali e l'istituto carcerario (art.53.2). Da questa norma discendono per i detenuti ulteriori garanzie, relative al riconoscimento del diritto al rispetto delle prescrizioni alimentari (art.69.1); al riconoscimento delle abitudini religiose da osservare nella vita quotidiana e da armonizzare con i regolamenti carcerari (art.108.1); al diritto al congedo carcerario per le festività religiose (art.153).

Nel settore relativo alle garanzie avanzabili nelle «comunità separate» è degna di interesse anche la disciplina predisposta dalla legge sulla sanità (l. n.46, del 2 agosto 2010) per la speciale attenzione riservata non solo all'assistenza sanitaria verso i funzionari-ministri di culto (art.12.15) ma anche in favore di quelle minoranze nazionali, più spesso trascurate dalla normativa ordinaria. In tale senso, la legge n.46/2010 prescrive un modello di assistenza sociale pubblica nella prestazione delle cure sanitarie, allargata all'intera popolazione della Federazione, in senso «inclusivo».

Il finanziamento assistenziale è, infatti, a carico del bilancio federale e «a tutela dei diritti delle minoranze nazionali» (art.12.16, co.2), con specifica menzione per le comunità Rom: «persone che a causa del loro stile di vita tradizionale, non hanno residenza permanente o temporanea nella Federazione» (art.12.16). A conferma di questa impostazione integrazionista

l'art.27 co.2 garantisce espressamente ad ogni paziente ricoverato per una prestazione sanitaria gli strumenti ed i mezzi per assicurare il libero svolgimento dei servizi religiosi.

Da ultimo, va menzionata la legge sul lavoro (l. n.41, del 26 aprile 2004)[198] la quale regolamenta l'ambito di applicazione della normativa nel settore pubblico, associativo, fondazionale e societario (art.1), con un succinto e laconico rinvio al diritto alla dispensa dal lavoro con compensazione dello stipendio, per garantire al lavoratore l'assolvimento delle pratiche religiose o di tipo «tradizionale» (art.30.1): diritto «blindato» dal correlativo obbligo ricadente sul datore di lavoro, di «(…) consentire l'assenza dei dipendenti fino a sei giorni lavorativi in un anno solare, per soddisfare le prescrizioni religiose o tradizionali» (art.30.3).

7. *Il quadro dei rapporti interni ed esterni tra le Chiese e Comunità confessionali. a) La Chiesa cattolica e la rinnovata età concordataria; b) La Comunità islamica. Il nuovo corso laicizzante e politicamente moderato; c) La Chiesa Ortodossa Serba in Bosnia-Erzegovina. I nuovi fronti della «custodia» del nazionalismo balcanico*

a) *La Chiesa cattolica e la rinnovata età concordataria*

Il godimento della libertà religiosa, per quanto attiene la Chiesa cattolica, nasce sotto l'egida di una tradizione negoziale di lungo periodo. Regole di garanzia sulla pace religiosa, rese impellenti dallo svolgersi affannoso delle relazioni internazionali del tempo[199], sono state adottate nella regione bosniaca sin dagli anni dell'amministrazione austro-ungarica[200], mentre la suc-

---

[198] Se ne propone qui la versione non ufficiale consolidata, n.60/2010, reperibile al sito on-line www.licodu.cois.it.

[199] Osserva Amedeo Giannini, *I concordati postbellici*, I, "Vita e Pensiero", Milano, 1929, p. 18, che l'assetto concordatario in Bosnia-Erzegovina – come per il Montenegro (Concordato del 18 agosto 1886) – deve ritenersi la conseguenza delle decisioni sottoscritte dai governi europei col Trattato di Berlino. Vanno qui rammentati gli effetti della politica espansionista e di ricomposizione territoriale nell'area balcanica sui concordati vigenti, a seguito della Prima Grande Guerra. Ciò valga, in particolare, per il Concordato serbo (24 giugno 1914) concluso tra Pio X e Pietro I di Serbia, la cui effettiva vigenza mostrerà nell'immediato la sua intrinseca fragilità. L'accordo si rivelerà materialmente inattuabile, a seguito della pace del 1918 e dell'emersione sulla scena internazionale di una «Grande Jugoslavia», Stato successore della «Piccola Serbia» ed inglobante Serbia, Montenegro, Bosnia-Erzegovina e i territori «speciali», come il sangiaccato di Novi-Bazar. Si veda, in proposito, Yves de la Brière, *Concordats postérieurs a la grande guerre*, in *Dict. Droit Can*., Raoul Naz, III, Paris, 1942, coll.1439 ss.

[200] Convenzione fra la Santa Sede e il Governo Austro-ungarico per la Bosnia ed Erzegovina, 8 giugno 1881, in Angelo Mercati, *Raccolta di Concordati in materie ecclesiastiche tra la S. Sede e le*

cessiva attività concordataria serbo-jugoslava espressa tra il 1914 e il 1935 rimase, com'è noto, un'esercitazione che non riuscì a superare lo stadio sperimentale[201].

L'ancor recente Concordato tra la Santa Sede e la Bosnia-Erzegovina nel 2006[202], dunque, si lascia alle spalle una storia nazionale intricata, il cui problematico contesto istituzionale richiede solo in parte, oggi, logiche compromissorie nell'attuazione dei suoi principi. Va infatti ammesso che la ricollocazione dello Stato contraente tra quelli a composizione maggioritaria islamica, abbia significato una notevole concessione, sebbene non un'eccezionalità, alla Chiesa di Roma[203].

---

autorità civili, Vol.I (1098-1914), Tip. Poligl. Vat., CdV, 1953, pp. 1014-1015. L'accordo disponeva il ristabilimento della gerarchia ecclesiastica in Bosnia-Erzegovina, con l'istituzione (per la Bosnia) a Sarajevo di un Arcivescovado e di un Capitolo cattedrale e, a Banja Luka, di una sede vescovile suffraganea; (per l'Erzegovina), un vescovado ed un capitolo a Mostar, mentre ulteriori futuri accordi avrebbero dovuto riorganizzare la diocesi di Trebinje. Il Concordato, inoltre, stabiliva una somma di concessioni all'Imperatore per ingraziarsi il suo intervento (privilegio di nomina episcopale e indulto di nomina alle prebende canonicali). Ciò, secondo le regole vigenti nell'Impero e, quindi, con rinvio al Concordato tra Pio IX e Francesco Giuseppe (18 agosto 1855), spec. artt. IV, XVI e XVIII-XX. Leone XIII avrebbe così dato applicazione a questa normativa con la Bolla di erezione della gerarchia per la Bosnia-Erzegovina «*Ex hac augusta*» (5 luglio 1881).
Per il Concordato cui si rinvia, v. *ibidem*, pp. 821 ss. Per i rilievi di dinamica pattizia conseguenti alla trasformazione della Serbia nello Stato jugoslavo e sul venir meno dei concordati vigenti nella regione balcanica pre-socialista, si vedano le osservazioni sulla conservazione degli stessi in base al principio, valido per i trattati internazionali, *res inter alios acta*, esposte da Gaetano Catalano, *Problematica giuridica dei concordati*, Giuffré, Milano, 1963, pp. 71 ss.

[201] La mancata attuazione del concordato jugoslavo (25 luglio 1935) per difetto di ratifica del parlamento nazionale lasciò immutate le condizioni concordatarie ottocentesche per la Bosnia-Erzegovina e, quindi, la menzionata Bolla leonina del 1881 e la precedente legislazione asburgica nelle province bosniache attratte all'Impero austro-ungherese. Cfr. *Enchiridion dei Concordati. Due secoli di storia dei rapporti Chiesa-Stato* (a cura di Erminio Lora), EDB, Bologna 2003, pp. 1335 ss. È tuttavia sintomatico che il concordato abbia preso vita solo nel nuovo corso istituzionale della Bosnia-Erzegovina: segno che i maggiori impedimenti al suo venire in essere si originavano dal clero ortodosso. Sulla medesima linea, che l'arcivescovo di Belgrado Franc Perko motiva con il timore che «si saldi un'alleanza anti-serba tra cattolici e musulmani», si poneva l'avversione ortodossa per la progettata visita di Giovanni Paolo II a Sarajevo (8 settembre 1994), poi effettivamente rinviata. Così, Luigi Accattoli, *Il papa a Sarajevo. Una sconfitta ecumenica*, in *Il Regno*, EDB, Bologna, 16/'94, p. 453.

[202] Firmato il 19 aprile 2006 e ratificato il 25 ottobre 2007, ne riproduce il testo in lingua croata e vi aggiunge il Protocollo addizionale (firmato il 29 settembre 2006) regolante la questione delle restituzioni dei beni espropriati, José T. Martín de Agar, , *I Concordati dal 2000 al 2009*, LEV, CdV, 2010, rispettivamente a pp. 31-41 e a pp. 42-43 (A.A.S., 99 (2007), pp. 939 ss.). Cfr. anche Roland Minnerath, *L'Église catholique face aux États: deux siècles de pratique concordataire 1801-2010*, Cerf, Paris, 2012, p. 207.

[203] Cfr. Germana Carobene, *Il basic agreement* cit., p. 3. Sulla circostanza di concordati stipulati con Stati a maggioranza confessionale musulmana o Stati costituzionalmente islamici, si vedano però i rilievi di Alberto De La Hera, *El pluralismo y el futuro del sistema concordatario*, in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Canonico. La Chiesa dopo il Concilio,* Roma, 14-19 gennaio 1970, I, Giuffré, Milano, 1972, p. 420 e José T. Martín de Agar, *Passato e presente dei concordati*, in *Ius Ecclesiae*, XII

L'architettura dell'accordo rinvia, per contenuti, organizzazione e tecnica di formulazione, al modello pattizio sperimentato dal pontificato wojtyliano e consolidato nelle forme dell'accordo concordatario[204]: la struttura ricalca, in altri termini, la tipologia dell'accordo normativo per principi generali con rinvio ad un livello normativo secondario per Intese attuative e di dettaglio delegato all'attività negoziale delle Conferenze Episcopali nazionali[205]. Non si condivide, proprio in ragione della prospettiva dialogica aperta del modello concordatario giovanneo-paolino e consolidata nei successivi accordi, la valutazione espressa in dottrina circa l'«anomalia» che susciterebbe inevitabili riserve giuridiche, dovuta all'inserimento di formule di orientamento sistematico del negoziato, quale espressa all'art.1, secondo cui: «(…) the State and the Catholic Church, each in its proper sphere, are independent and autonomous».

L'inserimento del principio di indipendenza ed autonomia tra le Parti contraenti nel testo pattizio, anziché nel corpo costituzionale – stante che tale modalità riflette una consuetudine ormai stabilizzata in sede diplomatica[206] – va riferito al fatto che si tratta di una clausola ad effetto compensativo: clausola, anzi, necessaria se messa in rapporto diretto col principio separatista enunciato nella Costituzione.

Quanto alla struttura, l'Accordo si apre con un preambolo che rinvia, secondo un uso invalso in anni recenti nella tecnica redazionale pattizia, a fonti apicali di diritto internazionale e ai principi del Concilio Vaticano II[207]. Il testo riassume i temi prioritari della regolamentazione concordataria ti-

---

(2000), Giuffré, Milano, p. 627, nonché Damián Nemec, *Concordat agreements between the Holy See and the post-communist countries (1996-2010)*, Leuven, 2012. Sulle ulteriori convenzioni con Stati a tradizione islamica, vedi Silvio Ferrari, *Il modello concordatario post-conciliare*, in www.olir.it (marzo 2004), p. 5, che richiama i Concordati conclusi con Tunisia, Marocco, Kazakistan, OLP, Albania.

[204] Fabio Vecchi, *Aggiornamenti sull'impiego e sull'inquadramento iuris gentium dello strumento concordatario in inizio millennio*, in Diritto e religioni, IV (2009) 2, Pellegrini, Cosenza, pp. 337 ss.

[205] A differenza con soluzioni adottate in altri accordi concordatari, il ruolo della Conferenza Episcopale di Bosnia-Erzegovina (in seguito, CEBE) sembra messo in ombra nell'Accordo basico, sebbene almeno in tre rilevanti settori tematici (assistenza spirituale; enti caritativo-assistenziali; scuola), si faccia esplicito richiamo ad accordi di dettaglio tra le Parti.

[206] Ci basti osservare in prospettiva comparata le fonti giuridiche apicali degli Stati «concordatari» dei Balcani Occidentali che richiamano nel concordato una formula analoga: artt. 1.1 del Concordato sloveno (2001); art.1 dell'Accordo di base con la Croazia (1996); art.1 del Concordato montenegrino (2011). Non si rinviene, invece, una locuzione assimilabile nel Concordato con l'Albania (Accordo sullo Statuto giuridico della Chiesa, 2002). Cfr. José T. Martín de Agar, *I Concordati dal 2000* cit., pp. 9-13. In proposito, occorre anche rilevare la formula inusuale adottata nel Preambolo dell'Accordo, che introduce la «distinzione» tra le due sfere potestative: enunciazione non priva di interesse se ricondotta alla situazione degli equilibri demografici correnti in uno Stato a maggioranza musulmana. Così, Roland Minnerath, *L'Église catholique face aux États* cit., p. 207.

[207] Carlos Corral Salvador, *Derecho internacional* cit., pp. 47-65 e pp. 119 ss.

pica[208]: le persone giuridiche e gli enti della Chiesa (art.2) e le modalità di registrazione (art.2.3); gli uffici ecclesiastici (art.6) e la gestione degli stessi in piena autonomia della Santa Sede (art.6.2); la libertà di comunicazione tra gli organi e gli enti della Chiesa (art.3)[209]; la libertà di organizzazione dei soggetti ecclesiali sul territorio (art.5)[210]; la libertà di esercizio della missione apostolica secondo il rito proprio di ogni comunità e, ex art.13, nelle forme delle attività associative (art.4), nonché la libertà di esercitare il culto nei luoghi a ciò destinati (art.7), compresi eventuali limiti di ordine pubblico assunti per mutuo accordo tra le Parti (art.7.4); le misure di garanzia nel caso di esercizio dell'azione penale verso religiosi (art.8) e l'inviolabilità del segreto confessionale (art.8.1); le festività religiose da considerare alla stregua di giorni non lavorativi (art.9); *status* e diritti patrimoniali accordati alle persone giuridiche ecclesiastiche (art.10); libertà di istituire fondazioni (art.10.2); il riconoscimento del diritto alla restituzione, o all'eventuale compensazione, dei beni espropriati durante il corso socialista (art.10.3)[211]; la disciplina edilizia di culto (art.11.1), con il riconoscimento della facoltà di proposta del vescovo

---

[208] È tuttavia assente qualsiasi riferimento all'istituto del matrimonio, con ciò assimilandosi il concordato bosniaco con quello della Slovenia, che non riconosce effetti civili alla celebrazione religiosa del vincolo. Questa vistosa lacuna ci induce a dissentire dalla dottrina maggiore, secondo la quale saremmo in presenza di un «*concordat complet*». Così, Roland Minnerath, *L'Église catholique face aux États* cit., p. 108.

[209] Libertà della Chiesa e autonomia interna nella sua organizzazione territoriale e personale si stabilisce in forma analoga negli altri accordi danubiani di: Albania, Acc. 2002, art.1; Slovenia, Acc. 2001, art.1; Croazia, AQG 1996. Carlos Corral Salvador, *Derecho internacional* cit., pp. 175-176.

[210] Specificando l'autonomia interna nella sua organizzazione territoriale di circoscrizioni diocesane, parrocchiali e regionali. Specialmente negli Stati un tempo soggetti al regime sovietico, la dichiarazione di tale autonomia risulta fortemente garantita, tanto che si possono evidenziare tre opzioni di orientamento: 1. libertà di organizzazione territoriale; 2. coincidenza di confini nazionali; 3. regolamentazione concordata per le divisioni territoriali. Carlos Corral Salvador, *Derecho internacional* cit., pp. 202-203.

[211] Ad un Protocollo aggiuntivo, che in ogni caso è da considerare «parte integrante dell'Accordo basico» (art.3, cpv.2), è stata affidata la regolamentazione della delicata materia su cui la legislazione ordinaria non sembra ancora aver offerto soluzioni soddisfacenti. Sul punto Tomo Vuksic, *Crkva i Drzava u Bosni i Hercegovini. Zakoni, podzakonski akti, ugovori i komentari* (*Chiesa e Stato in Bosnia ed Erzegovina. Le leggi, i regolamenti, i contratti e i commentari*), Sarajevo, 2007. L'Accordo addizionale, inteso a sciogliere i nodi interpretativi per una sicura applicazione dell'art.10.3 del Concordato precisa che le modalità di restituzione dei beni espropriati seguiranno la legislazione civile vigente (art.1). Una Commissione Mista sovrintenderà le procedure intese al trasferimento o alla compensazione dei beni immobili (art.2) e provvederà alla formulazione di un accordo condiviso (ex art.18 Accordo basico) in caso si rendano necessari aggiornamenti (art.3). In tale disciplina viene sostanzialmente assorbito il tema dei beni culturali ecclesiastici.
In tutti gli Accordi danubiani si dà per implicito presupposto che il patrimonio culturale ecclesiastico costituisca parte significativa dell'eredità culturale nazionale. In particolare, si confronti l'Accordo Croazia, art.13.1 e l'Accordo di Ungheria c.I, art.4.1. Carlos Corral Salvador, *Derecho internacional* cit., p. 373.

diocesano (art.11.2) dietro approvazione scritta (art.11.3); il diritto di associazione (artt.4 e 13) per cui lo Stato garantisce «la piena libertà di azione e di attività pubblica, sia verbale che scritta» (art.13.2); il diritto di avvalersi dei mezzi di comunicazione (art.12)[212]; l'assistenza spirituale nelle comunità separate (art.15.1), con rinvio a specifiche Intese tra le Parti (art.15.2); le attività di tipo caritativo ed assistenziale che saranno regolate da proprio statuto e godranno dello *status* degli omologhi enti pubblici (art.17.2). Stante la compenetrazione pubblico-privata assolta dai detti enti le attività di cooperazione saranno sostenute tramite Intese (art.17.4); il diritto di istruzione scolastica «a tutti i livelli» (art.14) incluso l'eventuale sostegno finanziario «per equivalente livello» e il riconoscimento dei gradi accademici (art.14.1) ed il pari trattamento fra studenti iscritti presso istituti privati e pubblici (art.14.3).

La delicatezza della materia dell'insegnamento della religione nelle scuole pubbliche ha richiesto una più circostanziata disciplina di massima ed il rinvio ad accordi per Intesa tra le Parti sulle modalità di attuazione (art.16.5): quello garantito è infatti un «fondamentale diritto dei genitori» all'educazione dei propri figli (art.16.1) che resta, tuttavia, contemperato dalla libertà di scelta, così da evitare ogni «discriminazione accademica» (art.16.2). La disciplina sugli insegnanti di religione, che sono «membri a pieno titolo del corpo docente» (art.16.4), richiede un mandato del Vescovo (art.16.3)[213], mentre i programmi e i contenuti di insegnamento saranno sorretti dal *placet* della CEBE (art.16.5)[214]. Chiudono il testo le disposizioni interpretative

---

[212] Sottolinea la valenza storica di questa libertà riconosciuta e sistematicamente calpestata in tutti i Paesi «satelliti» sovietici, GERMANA CAROBENE, *Il basic agreement* cit., p. 6. Tra le possibili opzioni (1.servirsi del diritto di accesso con l'assegnazione di spazi di programmazione; 2. usufruire di un'adeguata presenza negli enti televisivi; 3. istituire propri *mass-media*), alla Chiesa cattolica è riconosciuto il diritto di creare proprie stazioni emittenti radio-televisive. Questo diritto è uno strumento giuridico che permette l'esercizio di libertà d'espressione dei gruppi sociali e politici più importanti. Per una comparazione tra gli Accordi con gli Stati danubiani si confronti: Croazia, Accordo 1996, art.12; Slovenia, Accordo 2001, art.7; Slovacchia, Accordo 2000, art.18.3. CARLOS CORRAL SALVADOR, *Derecho internacional* cit., p. 353

[213] L'esigenza del richiamo al mandato del Vescovo diocesano per l'autorizzazione dei docenti all'insegnamento della religione è particolarmente evidente nei Paesi dell'Europa orientale un tempo soggetta alla sfera d'influenza sovietica. Tale concessione trascrive sulla carta una notevole delega di competenze dello Stato alla Chiesa attraverso la *missio canonica* anche tenuto conto del fatto che la proposta del Vescovo designando è rimessa all'esclusiva competenza della Chiesa, al netto da ingerenze dello Stato. D'altra parte, il conferimento del compito di insegnamento si connota per le responsabilità della scelta, giacché il mandato episcopale costituisce una «relazione di confidenza» intercorre tra mandante e mandatario che permette a quest'ultimo di presentare il suo insegnamento come una garanzia di rigore nell'osservanza dei precetti cattolici. Una norma analoga è rinvenibile negli artt.3.2 e 3.3 del Concordato con la Croazia. Cfr. CARLOS CORRAL SALVADOR, *Derecho internacional* cit., pp. 319 e 321.

[214] Croazia e Slovenia, tra gli Stati danubiani (oltre a Cechia, Slovacchia e Ungheria) sono tra quelli che sottolineano l'avvenuto affrancamento dal modello sovietico nel settore dell'insegnamento,

(art.18) e sulla produzione degli effetti giuridici dell'accordo (art.19)[215].

Ai menzionati patti del 2007 va aggiunto l'Accordo per l'assistenza religiosa ai fedeli cattolici membri delle Forze Armate (2010), in attuazione dell'art.15.1 del negoziato basico[216]. Di questa normativa, che riproduce la tipica disciplina sui compiti, diritti e doveri dell'Ordinariato Militare[217], ci si vorrà qui soffermare prendendo in esame due singole disposizioni. Si tratta dell'art.3, secondo il quale: «L'Ordinario Militare è parte integrante del servizio religioso che è inserito nelle strutture del Ministero della difesa e delle Forze Armate, nel quadro dell'esercizio delle libertà religiose che la Bosnia-Erzegovina garantisce ai fedeli di tutte le religioni». La norma introduce una clausola di interconfessionalità in virtù della quale è fatto salvo il principio multiconfessionale della libertà religiosa e, implicitamente, il principio antagonista secondo il quale alla Chiesa cattolica non è riservato un regime privilegiario: principio rafforzato dalla locuzione che individua l'O.M. quale «parte integrante» del complessivo «servizio religioso» inserito nell'amministrazione pubblica.

L'altra norma degna di interesse è l'art.11 che contempla la stipula di una successiva intesa tra la CEBE e le autorità di governo per la redazione di un

---

anche in vista di una futuribile integrazione europea. In particolare la Croazia segue l'esempio spagnolo (Accordo sull'insegnamento e questioni culturali), nel regolare in modo ampio ed aperto la materia. La base dell'Accordo, che ispira la disciplina nel suo complesso, sta nella «insostituibile funzione storica ed attuale e nell'educazione cattolica e morale della Chiesa cattolica» (Preambolo). Invece, diversamente, art.10 dell'Accordo su Questioni Giuridiche con la *Slovenia* (14.12.2001), garantisce alla Chiesa cattolica il diritto di istituire e dirigere scuole di ogni ordine e grado e le finanzia, ma omette dal novero disciplinare l'insegnamento della religione. Carlos Corral Salvador, *Derecho internacional* cit., pp. 307-308 e 310-311.

[215] Quanto all'uso della lingua nazionale delle Parti contraenti, la Santa Sede normalmente redige il testo pattizio in italiano, sicché gli Accordi risultano abitudinariamente bilingue. Tuttavia a seguito della caduta del muro di Berlino si è affermato, specialmente per gli Stati attratti al blocco ex comunista, l'uso della lingua originaria del Paese stipulante, con il conseguente abbandono del latino (o italiano) protocollare. Per il Concordato con l'Albania, (albanese-inglese), con la Croazia (croato-italiano, vedi spec., Acc. 1996 art.19.2), con la Slovenia (sloveno-italiano). Cfr. Carlos Corral Salvador, *Derecho internacional* cit., p. 415.

[216] Accordo firmato l'8 aprile 2010 e ratificato il 14 settembre 2010, in *A.A.S.* (2010), pp. 539 ss. e *L'Osservatore Romano*, 12-13 aprile 2010. Cfr. l'Accordo con la Croazia (19 dicembre 2006).

[217] Erezione dell'Ordinariato Militare, soggetto alle norme della Cost. Ap. *Spirituali Militum Curae* (artt.1.1 e 1.2); nomina dell'O.M. solo previamente notificata alle autorità civili (art.2); disciplina degli organi coadiuvanti del presbiterio (artt.4 e 5); ampiezza della giurisdizione personale dell'O.M. (art.6); inserimento organico dei coadiutori (cappellani e sacerdoti di complemento) e loro soggezione alle leggi canoniche e militari (art.7); libertà di comunicazione tra O.M. e suo presbiterio (art.8); disposizioni finali interpretative (art.12) e di subordinazione alla clausola di aggiornamento *rebus sic stantibus* (art.13). Per rilievi comparati, con speciale attenzione per l'assistenza spirituale nelle strutture militari ed assimilate, Giovanna Giovetti, *L'assistenza religiosa all'interno delle cd. comunità obbliganti nei Concordati di Giovanni Paolo II*, in www.olir.it, agosto 2004, spec. pp. 9-13.

regolamento su questioni più particolareggiate riguardanti il funzionamento dell'O.M.

Segno evidente della capacità di adattamento alle singole realtà in cui si incardini, l'aggiornamento negoziale si pone come uno strumento strategico utile non solo per definire e distinguere l'Ordinariato da altri uffici interni della P.A., ma anche per contribuire ad un'assistenza spirituale che coniughi la vocazione alla difesa con le esigenze del dialogo confessionale tra quanti indossano la divisa[218].

Un sito italiano dedicato al tema della libertà religiosa con specifico riferimento alle regioni dell'Est europeo ha reso nota l'esistenza di uno statuto della CEBE (del 3 dicembre 2003) che si sovrapporrebbe a quelli ufficiali deliberati nel 1999, a Banja Luka, dai Vescovi nazionali[219].

Si trattava di una revisione resa necessaria dagli eventi che hanno trasformato anche l'assetto territoriale bosniaco richiedendo chiarezza ed efficienza nell'esercizio delle funzioni pastorali nelle aree diocesane ricomposte. Lo statuto, insomma, pone al centro il rapporto vescovo-diocesi, in prospettiva localistica. Ai vescovi di Bosnia-Erzegovina che rappresentano e governano un territorio suddiviso in quattro diocesi (Sarajevo-Vrhbosna; Banja Luka; Mostar-Duvno; Trebinje-Mrkan), viene attribuita una configurazione più netta circa il «modo comune di esercitare le funzioni pastorali per conto dei credenti nelle loro aree». Lo statuto, insomma, subordina l'aspetto organizzatorio territoriale dell'essere appartenenti ad una medesima provincia ecclesiastica (Vrhbosna) ad un nuovo protagonismo dei vescovi diocesani, guide pastorali del *populus fidelium* secondo le «varie forme e metodi di apostolato, secondo le circostanze (…)» (art.1.2).

In prospettiva partecipativa è degno di nota il richiamo della presenza alla Conferenza anche dell'Ordinario della diocesi di Krizevacke, che raccoglie sotto la sua autorità pastorale fedeli di rito bizantino (art.3.2), come dell'eventuale invito esteso ai laici (art.13). Le decisioni generali adottate dalla Conferenza Episcopale (ex can.455 §1, CIC) ex art.19 statuto[220], sono

---

218 Pierluigi Consorti, voce «*Ordinario Militare*», in *Enc. Giur*., Treccani, Roma, XXII, 1990.

219 Il sito www.licodu.cois.it ha pubblicato un testo di statuto della CEBE del 2003 (Prot. Br. 5790/03). Vedi, tuttavia, *Annuario Pontificio*, CdV, LEV, 2015, p. 1076, che non fa cenno ad ulteriori innovazioni delle fonti ecclesiali locali. Gli Statuti della *Biskupska Konferencija Bosne i Hercegovine* (B.K.B.i.H.) risalgono alle deliberazioni dell'episcopato nazionale votate il 12-14 luglio 1999 a Banja Luka. Nel corso di quella assemblea fu deciso di riconfermare le norme (vigenti dal 1 gennaio 1985) già deliberate dalla Conferenza Episcopale di Jugoslavia. Cfr. José T. Martín de Agar, - Luis Navarro, *La legislazione delle Conferenze episcopali complementare al CIC*, Coletti a San Pietro, Roma, 2009², pp. 163 ss. Si consulti anche Roland Minnerath, *L'Église catholique face aux États* cit., p. 245.

220 Fuori del perimetro dell'art.19 i poteri di rappresentanza generale del Presidente CEBE sono esclusi, salvo consenso espresso dei vescovi (art.23).

pubblicate in un bollettino congiunto per le quattro diocesi ed in eventuali altre sedi interessate (art.21).

La Conferenza Episcopale si avvale di una serie di organismi (commissioni, comitati, uffici) con competenze di osservazione e monitoraggio funzionali all'approfondimento delle questioni locali, in quanto preposti allo «studio dei problemi attuali delle proprie zone speciali» (art.29). Tra questi, il Segretariato Generale, tra i cui compiti, c'è quello di organizzare ed archiviare i dati statistici e di «raccogliere la documentazione importante per la vita ed il lavoro delle Chiese particolari» (art.32, lett. c, e, f).

b) *La Comunità islamica. Il nuovo corso laicizzante e politicamente moderato*

La politica confessionale austro-ungarica si mostrò accondiscendente nei confronti dell'Islam, accogliendone ampiamente le esigenze di tipo amministrativo e l'autonomia organizzativa sul territorio bosniaco[221]. Nel quadro degli avvenimenti della storia jugoslava recente l'Islam ha giocato, anche in ragione della posizione di allineamento alla politica socialista, un ruolo di stabilizzazione nelle relazioni etno-religiose locali[222]. Questa circostanza ha ampiamente favorito una legislazione attenta alla minoranza islamica la cui identità, priva di miti e di santi, ma capace di assimilare misticismo e

---

[221] Sullo Statuto sul Governo autonomo degli affari religiosi e fondazioni islamiche in Bosnia-Erzegovina (*Wakuf-Mearif*) del 15 aprile 1909, Branislav Djurdjev, «*Bosna (Bosnia and Herzegovina)*», cit., p. 1274. I musulmani bosniaci non hanno potuto contare, in origine, su una gerarchia religiosa separata dalla madre patria ottomana. Nel 1882 fu designato dall'imperatore asburgico il primo *reis ul-ulema* (capo della comunità religiosa) locale ed un collegio di quattro consiglieri (*medzlis*). Solo nel 1909 l'Islam assunse il pieno controllo delle materie concernenti la religione e l'educazione. Sebbene la comunità religiosa, direttamente o indirettamente, eleggesse la sua *leadership*, l'imperatore conservava ancora un diritto di scelta del *reis ul-ulema*, che doveva anche ricevere l'approvazione dello *Sheih-ul-Islam* in Istanbul. Così, Ante Čuvalo, «*Islam in Bosnia Erzegovina*», *Historical Dictionary of Bosnia and Herzegovina,* in *Historical Dictionary of Europe,* n.57, The Scarecrow Press, Toronto 2007², pp. 115 ss.
È indicativo il tono conciliante e benevolo con cui l'imperatore Francesco Giuseppe concede (15 aprile 1909) lo Statuto alla Comunità Islamica: «Persuasi del servizio per il bene e la felicità, rafforzato dalla fedeltà della Nazione islamica in Bosnia-Erzegovina verso di noi e la nostra Casa, con il presente Statuto ci impegniamo alla paterna benevolenza, cura e protezione dei musulmani in Bosnia-Erzegovina». Un paternalismo bonario che si perfezionerà, di lì a poco, con una legge austroungarica di riconoscimento a favore dei fedeli musulmani di rito hanafita del diritto di costituire una comunità religiosa (15 luglio 1912). Si vorrà qui solo riferire degli scopi legittimamente riconosciuti dalla legge (art.5) e del tollerante principio di soggezione delle attività svolte alle leggi sia coraniche che civili per i profili di ordine fiscale e tributario (art.13).

[222] Vjekoslav Perica, *Balkan Idols*, cit., pp. 74-75. Vedi Mehmed Begovic, *Législation relative à l'organisation des affaires réligieuses des musulmans en Yougoslavie*, in *Annuaire de l'association yougosl. droit intern*., Belgrado-Parigi, 1934.

realismo politico[223], ha potuto operare, almeno per un pur breve corso temporale, emancipata dai contrappesi del nazionalismo religioso. Se il ruolo di fiancheggiamento politico ha finito per avvantaggiare, nel lungo periodo, lo *status* giuridico dell'Islam bosniaco, le maggiori lacerazioni scissioniste avevano luogo, al contrario, al suo interno[224].

Lo statuto imperiale rimase in vigore sino al 1930, quando a superarne i contenuti intervenne una legge (9 luglio 1930) della nuova monarchia di Jugoslavia concernente la Comunità religiosa islamica e il suo statuto nel Regno. Questa introduceva un meccanismo di governo confessionale amministrativo binario della Comunità (due presidenti dell'*Ulema Medzlis* e due Consigli *Wakuf-Mearif* con i rispettivi comitati amministrativi con sedi a Sarajevo e Skopje). Il *reis ul-ulema* veniva consacrato, *de facto*, capo supremo e simbolo unitario della Comunità religiosa islamica nello Stato.

Siffatta organizzazione trovava il suo naturale consolidamento normativo, giacché ancora una nuova legge (25 marzo 1936) sulla Comunità religiosa islamica nel Regno di Jugoslavia e la contemporanea Costituzione (24 ottobre 1936) intervenivano senza introdurre modifiche all'impianto dualista di governo combinato con la rappresentanza unitaria del *reis* capo dell'Islam bosniaco.

La posizione di privilegio della Comunità religiosa islamica veniva salvaguardata ancora nella Costituzione jugoslava ed una legge del 27 maggio 1953 sullo *status* delle differenti confessioni religiose confermava questa linea. Le confessioni religiose erano separate dallo Stato, mentre la dimensio-

---

[223] «L'Islam tradizionale sunnita prese piede in Bosnia-Erzegovina nel XV secolo. Ma qui, così come in molte altre parti dell'Impero ottomano, oltre agli ulema sunniti, coesisteva un elevato numero di organizzazioni religiose eterodosse. Erano gli Ordini dervisci che si originavano da diversi movimenti mistici Medio Orientali noti per essere la culla del Sufismo. (…) Gli ordini si raccoglievano in centri religiosi (*tekke*) soggetti alla guida di maestri spirituali (*seyh*). Le più antiche *tekkes* in Bosnia furono fondate a metà del XV secolo a Sarajevo. (…) Questi Ordini ebbero un ruolo centrale nello sviluppo sociale, religioso e culturale nella popolazione islamica della Bosnia-Erzegovina. Molti dei loro membri erano insegnanti, scrittori o educatori religiosi o morali.
Sebbene gli Ordini dervisci fossero ufficialmente vietati e provvedimenti autoritativi già nel 1952 imponessero la chiusura delle *tekke* in Bosnia-Erzegovina, il misticismo islamico non fu completamente annientato. Al contrario, con l'esemplare condotta di vita derviscia in Bosnia ed in altre parti della ex-Jugoslavia gli Ordini ricominciarono a fiorire al principio degli anni '70. Nel 1974 gli Ordini dervisci islamici in Jugoslavia divennero abbastanza forti da stabilire una Alleanza degli Ordini Dervishi Alija nella Repubblica Federale Socialista di Jugoslavia (SFRJ-SIDRA) (…). Si stima che nel 1986 l'Ordine derviscio nell'ex-Jugoslavia contasse oltre cinquantamila seguaci. In ogni caso molti di essi erano musulmani albanesi. *Tekkes* erano diffuse tra Kosovo, Macedonia e Bosnia-Erzegovina». Vedasi Ante Čuvalo, «*Dervish Orders*», in *Historical Dictionary* cit., pp. 59 ss.

[224] Nel febbraio 1968 le autorità comuniste di Bosnia-Erzegovina riconoscevano alla Comunità Islamica per via costituzionale il pieno stato di nazionalità, tanto che la Repubblica Socialista di Bosnia-Erzegovina si configurava quale Stato nazionale di serbi, croati e «islamici per nazionalità». Dall'altro versante, emergevano frizioni tra musulmani laici e nazionalisti che associavano la religione con elementi di identità nazionale. Cfr. Vjekoslav Perica, *Balkan Idols*, cit., pp. 75-76.

ne cultuale e devozionale veniva ridotta alla sfera privata dei singoli fedeli. Funzionari pubblici avrebbero esercitato il controllo sull'attività scolastica che le confessioni avevano il diritto di amministrare.

L'ulteriore Costituzione della Repubblica Federale Socialista di Jugoslavia (1957) avrebbe modificato il complesso legislativo con integrazioni normative volte a corroborare l'unità dell'organizzazione religiosa islamica in Jugoslavia. Il *reis* consolidava la sua autorità come supremo capo confessionale, mentre l'Assemblea (*Wakuf*), composta da quattro membri rappresentanti delle quattro Repubbliche jugoslave, avrebbe rispecchiato in termini statistici la componente numerica della popolazione di fede islamica[225].

In un'atmosfera di fatto enfatizzata dalla fusione tra elemento religioso, statalismo nazionale e un tendenziale pedagogismo sociale con intenti moralizzatori, tra il 1969 e il 1970 si redigevano testi-proclami che larghe ricadute – in termini di ispirazione ideologica – produrranno negli anni della cd. «pulizia etnica»[226]. Allo stato delle cose, certe posizioni di estremismo

---

[225] Nella prima Jugoslavia, fra il 1918 e il 1930, vennero coagulandosi due comunità religiose islamiche separate. L'una era costituita dai musulmani di Bosnia-Erzegovina, Croazia e Slovenia, mentre all'altra appartenevano i musulmani di Serbia, Kosovo, Macedonia e Montenegro. Nel 1930 le due comunità si unificarono e le circoscrizioni regionali (*muftistva*) vennero abolite. Fino al 1936 la sede del *reis ul-ulema* fu in Belgrado, per poi essere trasferita a Sarajevo. Durante gli anni del socialismo jugoslavo l'organizzazione territoriale si venne articolando in quattro parlamenti regionali (*sabors*): Sarajevo, Pristina, Skoplje e Titograd. Il Supremo Consiglio era l'organo apicale che raccoglieva, unendoli, i consigli regionali. Attualmente l'organizzazione territoriale islamica in Bosnia-Erzegovina poggia su strutture amministrative religiose separate. Il Paese è suddiviso in sette regioni (*muftistva*). Il potere decisionale è gestito nell'assemblea di governo (*Sabor*) che ha anche competenza ad eleggere il comitato esecutivo (*ri'aset)*. La più alta autorità religiosa è rappresentata dal *reis ul-ulema* che risiede a Sarajevo. ANTE ČUVALO, «*Islam in Bosnia Erzegovina*», in *Historical Dictionary* cit., p. 116.

[226] Nel novembre 1969 la Suprema Assemblea Islamica di Bosnia-Erzegovina decise il mutamento del nome da «Comunità Religiosa Islamica» in «Comunità Islamica» ed il 5 novembre adottò un nuovo Statuto (della «Comunità Islamica nella Repubblica Federale Socialista di Jugoslavia», in cui si definiva non semplicemente istituzione religiosa, ma istituzione nazionale di tutti i musulmani. Alija Izetbegovic esprimeva la sua posizione ideologica – non solo religiosa – nel documento-manifesto panislamista, poi condannato dalla comunità internazionale, dal titolo «La Dichiarazione Islamica. Programma per l'islamizzazione dei musulmani e del popolo musulmano» (1970). La «ricostruzione morale» della società qui vagheggiata coincideva con un'idea di Stato etno-confessionale intollerante, giacché «(…) Islam e sistemi non islamici sono incompatibili». Durante il conflitto bosniaco (1992-1995) Izetbegovic confermò il suo progetto di Stato islamico incarnato in una Repubblica Islamica di Bosnia-Erzegovina e gli osservatori internazionali constatarono la sostanziale equiparabilità del nazionalismo etnico islamico con quello serbo e croato, con buona pace del dialogo interreligioso. Cfr. XAVIER BOUGAREL, *Bosniaks under the control of panislamists*, I, Dani, Sarajevo, 18 giugno 1999; VJEKOSLAV PERICA, *Balkan Idols*, cit., pp. 168-169. Un giudizio disincantato sulla pratica della «pulizia etnica» come esercizio condiviso tra i gruppi etnici locali, con una conseguente pari distribuzione delle responsabilità morali tra i soggetti attori nel teatro di guerra, è in GUIDO FRANZINETTI, *I Balcani* cit., p. 104. Sullo scatenamento di una guerra di «tutti contro tutti» come effetto del radicalismo etno-religioso propugnato dalle dottrine di Izetbegovic, ANDREA GIANELLI - ANDREA TORNIELLI, *Papi e guerra* cit., pp. 251-252.

dottrinale propugnate nel periodo immediatamente successivo alla guerra e all'indomani del discusso Trattato di Dayton[227] confermavano l'aspirazione a lungo serbata a formalizzare nella dimensione istituzionale dello Stato-ordinamento ciò che, di fatto, sussisteva a livello di relazioni politiche e di organizzazione interna statutaria[228]. Gli antichi afflati consociativi con i quadri politici avrebbero manifestato i primi cedimenti nel 1990, quando il nuovo Statuto della Comunità Islamica sanciva il principio di indipendenza Chiesa-Stato pur nell'osservanza del principio di assoggettamento alle leggi civili[229].

La distinzione separatista in chiave giuridica conserva tuttavia l'antica linea di convergenza politica con le autorità statali nel segno dell'unità jugoslava: il transito dal panislamismo al panjugoslavismo avrebbe così condotto i seguaci di Maometto verso quella moderna visibilità di cui godevano (ed erano al contempo soggette) le Chiese cattolica ed ortodossa[230].

È stata opportunamente proposta, a causa di elaborazioni teoriche istituzionali talvolta estreme, la questione del rapporto oggi sussistente tra i valori etnici e i principi di positivismo statuale. All'indomani di Dayton appare più che realistica la discussione sull'alternativa futura tra islamizzazione delle identità nazionali e/o nazionalizzazione dell'Islam. A dispetto dei teorici della morte delle nazionalità nella forma istituzionale, questa resta in termini giuridici e culturali la cornice tecnico-operativa entro cui il legislatore ha modo di ricomporre gli spazi istituzionali. Un analogo sforzo riorganizzativo, alle medesime condizioni, investe lo spazio giuridico post-jugoslavo di inizio millennio, e ridimensiona il fenomeno transitorio delle leggi.

Siffatte operazioni di ricognizione istituzionale si sono rese impellenti specialmente in quelle regioni che, per via dell'irrisolta questione dei rifugia-

---

[227] Il profilarsi di un Islam intransigente è sintomaticamente espresso dal tenore apologetico dell'era ottomana nei testi scolastici; dal regime di omogeneizzazione culturale tendente alla frammentazione e ad una pericolosa tecnica di segregazione delle minoranze; dalla dichiarazione che i matrimoni misti sono un atto blasfemo e dal rifiuto radicale della cultura occidentale, in quanto «aliena ed ostile». VJEKOSLAV PERICA, *Balkan Idols*, *ibidem*.

[228] Osserva Perica che, a differenza della gerarchia centralizzata delle Chiese cristiane, cattolica ed ortodossa, concatenate strettamente ad un nazionalismo territoriale, la Comunità Islamica si proponeva come panjugoslava, con ciò ritagliandosi un ruolo centrale nel quadro multiconfessionale. VJEKOSLAV PERICA, *Ult.loc.cit*., p. 79.

[229] «La Comunità Islamica agisce secondo i principi islamici e accetta largamente norme e valori della società contemporanea, in accordo con la dottrina religiosa islamica e sotto il sistema legale e costituzionale della Repubblica Federale Socialista Jugoslava».

[230] Il progressivo allontanamento dall'estremismo radicale etno-nazionalista dell'Islam pronosticato da Izetbegovic, coincide con il ritiro dalla scena politica dello stesso (1999) e con l'opzione moderata e laicizzante del nuovo *leader* politico musulmano, Haris Silajdic. Cfr. VJEKOSLAV PERICA, *Ult.loc.cit*., p. 85. Vedi anche XAVIER BOUGAREL, *Nuovi orizzonti, nuove sfide: i musulmani nello spazio jugoslavo dopo il comunismo*, in *Dopo la pioggia* cit., p. 455.

ti, si sono riscoperte come entità demograficamente nuove, a seguito di una deciso fenomeno di scomposizione e ricomposizione di tipo antropologico, in grado di scompaginare le precedenti maggioranze etno-confessionali. Tra esse, la Bosnia-Erzegovina nelle due Entità componenti, ha registrato la tramutazione in Stato a composizione sociale di maggioranza islamica, tanto da indurre il Parlamento di Sarajevo a rielaborare la denominazione identitaria. L'intervento semantico, nella traslazione dell'attributo qualificativo del popolo bosniaco, da «Musulmano» a «Bosgnacco»[231], ha così permesso di rinvigorire i legami tra identità nazionale e religiosa.

In questo quadro di rielaborazione dei nessi di giuntura tra momento confessionale e istituzioni, allargato ad una dimensione sovranazionale, si colloca la «Dichiarazione dei Musulmani Europei» (2005) del *reis ul-ulema* di Bosnia-Erzegovina: un documento apprezzabile per l'intenzione di recuperare nel credente islamico la duplice identità di cittadino e di fedele, nel rispetto armonioso dei principi coranici e delle istituzioni laiche di stampo giuridico europeo occidentale[232]. Un provvedimento che, tuttavia, non sembra aver esorcizzato i preoccupanti segnali di fondamentalismo islamico inoculato attraverso organizzazioni internazionali ispirate al wahabismo saudita[233].

Nel 2006 il Consiglio della Comunità Islamica di Bosnia-Erzegovina ha revisionato il proprio statuto risalente al 1997. Si tratta di un atto normativo che più autenticamente di ogni altra fonte giuridica descrive la consistenza legale, in termini di democrazia organizzativa e di pari rapporti con le istituzioni civili, elaborata dalla Comunità islamica. Lo statuto, sin nei principi generali, manifesta l'impegno a promuovere la coniugazione del precetto coranico con le regole di convivenza dettate in uno Stato multietnico e multiconfessionale, tenuto conto della natura sovranazionale della Comunità

---

[231] Osserva bene XAVIER BOUGAREL, *Bosniaks* cit., p. 455 come questo emendamento indichi «l'affermazione di una nuova identità nazionale al pari passo con la promozione dell'Islam ad elemento fondamentale di questa identità (…) il passato islamico e ottomano è riabilitato, i "turcismi" valorizzati nella lingua scritta e parlata». Effettivamente, quella dizione vuole sottolineare l'origine storica confessionale, perché i bosgnacchi sono slavi albanesi convertiti all'Islam sotto il dominio degli Ottomani, teoricamente aderenti all'Islam sunnita. Cfr. *Central and South-Eastern Europe 2002*, Europa Publications, London 2001², p. 126.

[232] Mustafa Ceric, con tale Dichiarazione, propone l'istituzionalizzazione di un Islam europeo e sollecita i musulmani a ricorrere alternativamente ai due codici, quello religioso e quello civile, mantenendosi così fedeli ai dettami della *shari'a* e alle leggi dello Stato. Tale modello ha inevitabilmente sollevato critiche negli ambienti dell'ortodossia islamica e non senza fondamento, se la prospettiva di legalizzazione di un sistema giurisdizionale binario non poggi su una formalizzazione legale o pattizia. Cfr. MUSTAFA CERIC, *Deklaracija evropskih muslimana*, in www.rijaset.ba.

[233] LUCIANO LARIVERA, *Situazione incerta in Bosnia Erzegovina*, in *La Civiltà Cattolica*, 2010/IV, pp. 408-409.

islamica a cui tale normativa si applica (art.80)[234]. Il Corano è la fonte generale di organizzazione e di ispirazione delle attività della Comunità (art.4) ed è la fonte delle regole etiche di promozione del bene (artt.7.1 e 7.2) in prospettiva di conservazione delle tradizioni ottomane (artt.2 e 13) e di dialogo interreligioso (art.15): un atteggiamento che è rinnovato negli istituti fondanti della società islamica (art.9)[235].

Lo statuto all'art.16 sancisce i principi di buona amministrazione i quali si sorreggono anche sulla condotta individuale degli amministratori in base ad un criterio che non è solo di competenza tecnica ma soprattutto etico: la «buona reputazione», locuzione di indole morale, è richiamata con incredibile frequenza (artt.17; 27.2; 45.2; 56; 65 e 70). Il capo V è dedicato all'organizzazione della Comunità. Vi si definiscono le strutture organiche amministrative di tipo territoriale[236] e le autorità religiose che ne sono alla guida[237]. La Comunità Islamica di Bosnia-Erzegovina è governata da due organi di vertice: il Consiglio, massimo organo rappresentativo e legislativo della Comunità (art.62.1) e la Corte Costituzionale, quale organo giusdicente di tipo confessionale deputato a «controllare la costituzionalità degli organi e delle istituzioni comunitarie» (art.65).

È da notare che la disciplina della Comunità (artt.69-72) dedica una specifica previsione alla creazione di associazioni sulla base di statuti che siano stati approvati dal Consiglio[238]. Degno d'attenzione è anche il disposto ex art.81 che, nel predisporre un meccanismo negoziale aperto all'intervento congiunto dei vertici rappresentativi della confessione, presenta notevoli assonanze con il sistema a contrattazione derivata proprio delle intese quali patti per la regolamentazione di materie di comune interesse tra Stato e entità religiose[239].

---

[234] Art.1.2: «La Comunità islamica di Sangiaccato, la Comunità islamica in Croazia e la Comunità islamica in Slovenia, sono parte integrante della Comunità islamica in Bosnia-Erzegovina»; art.3: «La Comunità islamica in Bosnia-Erzegovina è una parte inseparabile della *Ummah*».

[235] Art.9: «La comunità islamica si prende cura dell'educazione islamica dei suoi membri ed è impegnata a preservare i valori del matrimonio e della vita familiare».

[236] Le *Jamaat* (artt.34-38); le *Majlis* (artt.39-42); il *Riyasat* (artt.49-54).

[237] Il Mufti (artt.43-48); il *reis ul-ulema* (artt.55-61). Si osservi che in Bosnia-Erzegovina i Mufti sovrintendono le otto città cantonali di Sarajevo, Travnik, Zenica, Bihac, Banja-Luka, Mostar, Goradze e Tuzla, mentre un Mufti, quasi ricalcando la struttura dell'Ordinariato militare cattolico, ha competenze militari.

[238] Sul sito web www.licodu.cois.it è consultabile il testo consolidato in lingua serba dello statuto dell'Associazione Ilmiyyah della Comunità islamica in Bosnia-Erzegovina (9 aprile 2008) che si fonda sull'art. 72 dello Statuto nazionale. È da sottolineare il richiamo al criterio della ricorrenza di una condotta individuale integerrima, formulato in termini di «reputazione» goduta dalla persona che ambisca a candidarsi presidente dell'Associazione (art.25).

[239] Art.81: «La Comunità islamica può stipulare contratti che disciplinano il quadro giuridico per

c) *La Chiesa Ortodossa Serba in Bosnia-Erzegovina. I nuovi fronti della «custodia» del nazionalismo balcanico*

La recente storia dell'Europa centro-orientale ci riconsegna un quadro dei rapporti Stato-Chiesa profondamente segnato dalla politica di ateizzazione sistematica della società civile: il fenomeno di secolarizzazione forzata ha espresso una particolare incisività nella regione jugoslava, come attestano i detriti della devastazione spirituale e materiale prodotti dall'ideologia di Stato[240].

La classe politica post-comunista della transizione ha inteso recuperare i valori dell'identità culturale livellati dalla falce ideologica – anche con il preciso scopo di evitare omologazioni con i modelli di costume occidentali – con misure che hanno favorito il ritorno in auge nella sfera pubblica della Chiesa ortodossa[241].

È tuttavia emblematico osservare quanto pesantemente e diffusivamente la parentesi dello Stato-partito abbia inciso sugli equilibri del dialogo interconfessionale ecumenico tra ortodossia e cattolicesimo[242]. Per altro verso, lo Stato jugoslavo ha promosso una politica ecclesiastica intesa a favorire le confessioni che meglio si uniformassero ad una linea di accomodamento e di compromesso.

A scorgere un'evidente analogia con l'Islam balcanico nell'impostazione dei rapporti Stato-Chiesa, basterà qui prendere in considerazione alcuni documenti riconducibili alla fase di transizione a cavallo dell'elaborazione dei trattati di pace del 1995. In una lettera aperta il Patriarca ortodosso Pavle si rivolgeva al presidente americano Clinton, per contestare la miopia degli accordi di Dayton e puntare l'indice sul modello di ricostruzione della geografia politica regionale che consacrava «l'attuale ingiustizia del dopo-Dayton» a proposito dei nuovi confini territoriali che sezionavano chirurgicamente il suolo balcanico. L'autorevole patriarca della Chiesa serba impetrava alle autorità «eterodirigenti» internazionali una rapida revisione delle linee di

---

le relazioni tra questa e lo Stato. Una bozza di contratto, che viene firmato davanti al *reis-ul-ulema* della Comunità islamica, è approvata dal Consiglio della comunità islamica».

240 Amfilohije Risto Radović, *La chiesa ortodossa serba nella società jugoslava contemporanea. Le «croci» del XX secolo e le difficili prospettive*, in Andrea Pacini (a cura), Aa.Vv., *L'ortodossia nella nuova Europa. Dinamiche storiche e prospettive*, Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 2003, p. 345. Per interessanti approfondimenti di carattere storico, Constantinos G. Pitsakis, *Dalla Nuova Roma al Commonwealth bizantino: il modello politico religioso di Costantinopoli e la sua espansione oltre i confini dell'impero*, *ibidem*, pp. 3 ss.

241 Andrea Pacini, *L'ortodossia in Europa e nel mondo: profilo demografico e organizzazione ecclesiale,* in Andrea Pacini (a cura), Aa.Vv., *Ult.loc.cit*., pp. 166-167.

242 Tomo Vuksic, *I rapporti tra i cattolici e gli ortodossi nella Bosnia ed Erzegovina dal 1878 al 1903 : uno studio storico-teologico*, Pontificio collegio croato di San Girolamo, Roma, 1991, pp. 335 ss.

demarcazione tra territori serbi e croato-bosniaci[243]. Con tale proposta a sostegno delle aspettative dei serbi di Bosnia-Erzegovina, Pavle esponeva pienamente il mondo ortodosso alla ribalta del teatro politico.

A chiarire la traiettoria assunta dagli eventi, soccorre un messaggio della Chiesa Ortodossa Serba del maggio 1995, in occasione della ricorrenza dei cinquanta anni dalla fine della Seconda G.M.[244]

I vescovi ortodossi rivendicavano il diritto dei popoli serbi all'autodeterminazione per la soluzione della «questione serba», e affermavano il rifiuto irretrattabile al riconoscimento della Croazia e della Bosnia-Erzegovina «secondo i loro confini artificiali dell'epoca di Tito» in quanto ciò si sarebbe tradotto in una tragica legittimazione *post factum* della secessione. L'agonia del popolo serbo mostrerebbe quindi una progressione di marcia in continuità lungo un cinquantennio. In questo ampio segmento temporale muterebbe solo la natura fenomenica dei genocidi[245]. Contro la minaccia di un definitivo annientamento fisico dei caratteri delle due ex Repubbliche jugoslave i vescovi ortodossi reclamavano che l'autorità internazionale non impedisse il ricorso del popolo serbo al diritto internazionalmente riconosciuto di autodeterminazione, per la costruzione del proprio futuro nazionale.

Solo due anni dopo, l'ortodossia balcanica sembrava aver consolidato un fronte comune tra le città di Belgrado, Bucarest e Sofia, con l'orientamento ad abbandonare i programmi politici della nuova generazione politica postcomunista erede del passato regime: le tensioni etniche si sono così cementate dentro gli spazi di un nuovo nazionalismo che, nel corroborare i valori della religione, ha manifestato tendenze ostili all'Europa dell'Unione.

La Chiesa Ortodossa Serba, memore del tradizionale dialogo «sinfonico» tra Chiesa ed Impero, ha rivendicato il suo storico ruolo politico, in quanto «custode nei secoli dei valori nazionali» proiettandone luci ed ombre nel futuro dell'integrazione europea[246].

---

[243] Il progetto avrebbe sottratto ai serbi una porzione territoriale di 30 kmq., situata nei pressi di Trebinje, nell'Erzegovina Orientale, con la perdita del monastero ortodosso di Zavala. Cfr. Lorenzo Prezzi, *La proposta di Pavle*, in *Il Regno,* EDB, Bologna, 6/'96, p. 143.

[244] «*Il destino della Nazione serba*». Dichiarazione della Santa Assemblea dei Vescovi della Chiesa Ortodossa Serba, per il 50° della II Guerra Mondiale, in *Il Regno*, EDB, Bologna, 15/'95, pp. 512-513. Per la medesima ricorrenza, anche i Vescovi cattolici di Croazia (1 maggio 1995), ed in seguito quelli di Bosnia-Erzegovina (3 maggio 1995), si espressero con una Lettera che si ispirava al messaggio di reciproco perdono postulato da Giovanni Paolo II nell'omelia a Zagabria (11 settembre 1994) e per Sarajevo (8 settembre 1994).

[245] «Un genocidio fisico, dal 1941 al 1945, ed uno morale-spirituale dal 1945 al 1990. Dal 1991 in poi (…) un genocidio parallelo, fisico e spirituale-legale, condotto contro il popolo serbo».

[246] La rottura del vincolo di fedeltà con l'*ancien Régime*, com'è noto, è riconducibile alla firma, giudicata dal mondo ortodosso come un atto di abbandono dei «fratelli» di Bosnia e di tradimento del

8. *Le comuni dichiarazioni interconfessionali di intenti nel dopo-Dayton per la ricostituzione delle istituzioni e del dialogo interreligioso*

La comunità internazionale si è spesa senza riserve per realizzare in Bosnia-Erzegovina un sistema multietnico stabile. Il modello pseudo confederativo posto in essere (RS e Federazione) ha colto le istanze più immediate, connesse a pulsioni nazionalistiche dei gruppi, ma ha relegato in un angolo il tema dell'identità confessionale, ritenendolo, forse, una proposizione sfuggente del tradizionalismo storico, più consona a letture antropologiche e, perciò, subordinabile all'esigenza prioritaria della ricomposizione etnico-territoriale. L'errore di sottovalutazione ha così generato un grave processo di «polarizzazione culturale» che in Bosnia-Erzegovina si è scaricato, appesantito dai retaggi storici, sul già accidentato proposito di imbastire un dialogo interreligioso[247]. Questi rilievi, accettabili, mostrano una verità parziale. Etnia e dialogo interreligioso sono fattori comunicanti, ma affatto sovrapponibili. Ripensamenti sull'esistenza di una soluzione «comprensiva» e univoca dei diversi profili (religioso, etnico, culturale, politico e linguistico) del progetto di una pacifica convivenza tra popoli cominciarono infatti a serpeggiare nell'opinione internazionale successiva a Dayton, sino al punto da porre in dubbio la validità della soluzione delle Entità confederate, in quanto funzionale alla questione della *pax religiosa* nazionale[248].

In linea di fatto, i punti di attrito interconfessionale si sarebbero smorzati seguendo vie alternative a quelle delineate dai «provvisori» progetti costituzionali. Queste soluzioni mediane avrebbero preferito i percorsi più congeniali all'individuazione di luoghi di comune incontro e di condivisione. La soluzione del negoziato e delle dichiarazioni ecumeniche avrebbe garantito una via preferenziale, senz'altro più adatta allo scopo, di quanto non potesse la legge unilaterale dello Stato.

Il letargismo della comunità internazionale, bene denunciato dal modello proposto dagli Accordi di Dayton, ha innescato una reazione endogena che si è espressa con sviluppi nuovi anche nel terreno confessionale. Le comuni dichiarazioni interconfessionali di intenti da parte dei rappresentanti delle Chiese si sono mosse sulla duplice direttrice della ricostruzione del dialogo

---

progetto inteso a ricreare una «Grande Serbia», apposta da Milosevic agli Accordi di Dayton. Così, GIANFRANCO BRUNELLI, *Balcani. Dopoguerra. Un secondo '89?*, in *Il Regno* EDB, Bologna, 2/'97, p. 16.

247 TATJANA SEKULIC, *Violenza etnica. I Balcani tra etnonazionalismo e democrazia*, Carocci, Roma, 2002.

248 VJEKOSLAV PERICA, *Balkan Idols* cit., pp. 235-236.

interreligioso[249] e nella ricostituzione dell'edificio legale, con il riconoscimento comune dei diritti umani fondamentali e delle garanzie giuridiche di libertà confessionale.

In quegli anni la ricerca di un dialogo interreligioso coinvolgeva tutti i protagonisti in campo. All'importante appello per la pace, noto come «Dichiarazione di Sarajevo» (17 maggio 1994), fece eco la defezione del rappresentante islamico: assenza ancor più sentita se rapportata con il *placet* del patriarca moscovita Alessio II, presente all'incontro al fianco di Pavle e di Kuharic[250].

L'affermazione consensuale che «l'attuale tragico conflitto nei Balcani è un peccato contro ogni religione» saldava un asse di contatto ortodosso-cattolico, ma soprattutto segnava senza compromessi la presa di distanza della religione dalle responsabilità della nomenclatura politica, ponendosi contro ogni interpretazione che intendesse rileggere, deformandola, la tragedia bosniaca come guerra di religione[251].

I limiti di Dayton hanno prodotto, nel breve periodo, un effetto di attrazione consensuale impensabile solo qualche anno prima. La «Dichiarazione per un comune impegno morale», del 7 luglio 1997 venne sottoscritta dai

---

[249] Il tentativo di ricucitura di storici *vulnera* ha interessato più specificamente i rapporti tra le Chiese cristiane, cattolica ed ortodossa. Ci basti ricordare che ancora nell'estate dell'89 si registravano caustici scambi di invettive tra i due episcopati. La palese chiusura ai tentativi di unità ecumenica proposti dalla Chiesa cattolica durante gli anni Ottanta è comprovata dalla Lettera della Santa assemblea dei vescovi ortodossi serbi «Precondizioni per un dialogo ecumenico» (giugno 1989) ai vescovi cattolici. Questi sono giudicati come nemici del popolo serbo, con la contestazione dell'appoggio della Santa Sede alla secessione della Chiesa ortodossa di Macedonia e al separatismo albanese in Kosovo. In risposta, il cardinale Kuharic, vescovo di Belgrado, a nome della Conferenza Episcopale di Jugoslavia, sottoscriveva una Lettera (12 novembre 1990) con cui non risparmiava strali verso i vescovi ortodossi, rei di impedire ogni iniziativa di dialogo ecumenico e di essere vittime di un ideologico revisionismo storico inteso a denigrare e distorcere la verità sulla figura del Cardinal Stepinac. La Santa Assemblea, avrebbe poi risposto con tono più morbidi (Sessione del *Sabor* ortodosso del dicembre 1990), dichiarandosi «aperta ad un (futuro) dialogo costruttivo». Tentativi di disgelo poi destinati ad essere bruscamente interrotti dalla voce delle armi nel conflitto serbo-croato del 1991.

[250] Il *reis ul-ulema* Ceric motivò il suo rifiuto con la richiesta di un'esplicita condanna da parte del clero ortodosso dei crimini commessi dai serbi verso il popolo musulmano. L'incontro interconfessionale superava, in ogni caso, le incertezze del precedente tentativo, noto come «Dichiarazione di Pécs» (8-10 dicembre 1993) e nel quale si registrava un medesimo atteggiamento di chiusura della delegazione islamica, per l'appello deciso alle responsabilità della politica, persino nell'uso strumentale ed illegittimo della religione. Cfr. GUIDO MOCELLIN, *Bosnia-Erzegovina. Le riserve dei musulmani*, in *Il Regno*, 12/'94, EDB, Bologna, p. 360 e, circa i lavori svolti nella tavola rotonda organizzata con le Comunità religiose dell'ex Jugoslavia, TONCI ANTE KUZMANOVIC, *Guerra e religioni in Jugoslavia: Dichiarazione di Pécs*, *Ibidem*, 3/'94, pp. 126-128.
Circa le riserve islamiche va ricordato il netto rifiuto al cd. «Piano Owen-Stoltenberg», inteso a dividere la Bosnia-Erzegovina in tre settori territoriali su base etnica. Cfr. *Il Regno*, 16/'93, EDB, Bologna, p. 459.

[251] LUIGI ACCATTOLI, *Il papa a Sarajevo* cit., p. 453.

rappresentanti delle quattro maggiori comunità confessionali di Bosnia-Erzegovina[252], sostanzialmente concordi nelle censure sugli accordi americani del 1995, non foss'altro per la flemma che ne circondava e soffocava gli effetti: «Preoccupati per l'attuazione visibilmente lenta e inefficiente degli accordi di Dayton riguardanti la società civile, e profondamente turbati dai recenti eventi spiacevoli nella zona di separazione (…)». Nella comune ammissione di oggettive differenze, le religioni monoteistiche riconoscevano la sussistenza di comuni valori, tra i quali, la dignità dell'uomo, in quanto «dono di Dio»: una dignità che si caricava di una valenza soprannaturale riconducibile alla categoria universale dei diritti umani fondamentali, la cui offesa corrispondeva, in un quadro interreligioso di gerarchia delle fonti giuridiche e teologiche, ad una violazione delle leggi umane e divine[253]. Nel condannare ogni forma di violenza, i rappresentanti confessionali elencavano quattro tipologie specifiche e chiedevano alla politica la conferma del riconoscimento dell'esercizio di due libertà basali: la libera missione nel Paese e la «libera prestazione di servizi religiosi e di tutte le forme di cura pastorale»[254].

Questa visione accomunante non sanciva, tuttavia, una stabile ed integrale concordia interconfessionale. È stato osservato, anzi, che il post-Dayton ha ulteriormente approfondito il solco del fallimento del dialogo interreligioso in Bosnia-Erzegovina, se è vero che l'unico punto di convergenza tra le diverse sensibilità consisteva nel rifiuto aprioristico dell'insegnamento nella

---

[252] Mustafa Ceric, *reis ul-Ulema*, Jakob Finci, Presidente della Comunità Ebraica di Bosnia-Erzegovina, il Metropolita Nikolaj Dabrobosanski, nel nome e con l'autorizzazione di Sua Santità il Patriarca serbo Pavle, il cardinale Vinko Puljic, arcivescovo di Sarajevo e presidente della Conferenza episcopale bosniaca. La Chiesa cattolica non si lasciò sfuggire l'occasione per guadagnare una posizione di *leadership*. Il card. Puljic si era infatti reso promotore a Sarajevo, nel giugno dello stesso anno 1997, di un «Consiglio Interconfessionale di Bosnia-Erzegovina». Cfr. VJEKOSLAV PERICA, *Balkan Idols*, cit., p. 181.

[253] Dichiarazione, §2: «(…) riconosciamo che le nostre Chiese e Comunità religiose differiscono le une dalle altre, (…). Allo stesso tempo, ci rendiamo conto che le nostre tradizioni religiose e spirituali custodiscono molti valori in comune, e che questi valori condivisi sono in grado di fornire una base autentica per la stima reciproca, la cooperazione e il bene comune in Bosnia-Erzegovina». § 3. «Ciascuna delle nostre Chiese tradizionali e le Comunità religiose riconosce che la dignità dell'uomo e del valore umano sono doni di Dio. Le nostre fedi e religioni, ciascuna a suo modo, ci chiamano a riconoscere i diritti umani fondamentali di ogni persona. La violenza contro le persone o la violazione dei loro diritti fondamentali è, per noi, non solo contro leggi fatte dall'uomo, ma anche una infrazione della legge di Dio».

[254] Dichiarazione, §4: «(…) condanniamo ogni violenza contro persone innocenti e qualsiasi forma di abuso o di violazione dei diritti umani fondamentali. In particolare, condanniamo gli atti di odio su base etnica o differenza religiosa: (…) in particolare l'incendio di case, la profanazione di edifici religiosi e la distruzione di cimiteri; l'impedimento del libero diritto al ritorno; gli atti di vendetta; l'abuso dei mezzi di comunicazione, con l'obiettivo di diffondere odio».

scuola pubblica di un'astratta «cultura religiosa»[255]. Non v'è dubbio che tale perdurante arroccamento sia da ascrivere al ruolo istituzionale storicamente ricoperto dalle confessioni «maggiori»[256], ma è evidente che tale reazione di chiusura dei soggetti confessionali riemerga prepotentemente quando le circostanze richiedano la difesa delle cd. «materie sensibili» per l'immediato snaturamento che la loro revisione eserciterebbe sul legame esistente tra confessione, territorio e popolo dei fedeli.

9. *La Bosnia-Erzegovina nella prospettiva dell'integrazione europea*

Rimane ora da sondare lo stato dell'arte della riforma bosniaca, per completare l'armonizzazione interna agli *standards* europei, e rivedere il modello costituzionale *pro-quota* etnico di Dayton. I rilievi sin qui condotti prospettano nell'emendamento della Costituzione l'esercizio di un vero atto di forza: un passaggio necessario che aprirebbe al Paese la via all'emancipazione dalla condizione di instabilità tuttora dominante negli «Stati deboli» (*weak States*) – il Kosovo e la Macedonia – che nel sud dei Balcani Occidentali rendono ancora necessario il ricorso allo strumento del protettorato[257].

Per la Bosnia, la comunità internazionale puntava il dito sulle concrete garanzie di funzionamento democratico, affidate al modello di Dayton, e sentenziava, accomunandola alla situazione al tempo vigente per l'Unione serbo-montenegrina, che «l'architettura costituzionale del Paese non è funzionale»[258].

---

[255] Vjekoslav Perica, *Balkan Idols*, cit., p. 236.

[256] Il contributo costruttivo di soggetti-entità confessionali «minori» alla pace e al dialogo interreligioso è riscontrabile già nel corso della Jugoslavia socialista e riguarda i soggetti non direttamente coinvolti dal conflitto etnico: la Comunità ebraica, la Chiesa pentecostale ed in generale, il mondo protestante, non meno che la presenza localizzata dei francescani. Cfr. Vjekoslav Perica, *Ult.loc. cit*., p. 221.

[257] Cfr. il Rapporto della Commissione Internazionale per i Balcani presieduta da Giuliano Amato, «I Balcani nel futuro dell'Europa», 12 aprile 2005. Vi si sosteneva la necessità dell'attuazione rapida della politica di integrazione dei Paesi d'area balcanica nell'UE, specialmente di Bosnia-Erzegovina, Kosovo e Macedonia: sistemi accomunati da Costituzioni deficitarie, nate orfane del consenso elettorale, affette da una opacità «sistematica delle responsabilità a tutti i livelli di governo», fondate su criteri etnici, etero dirette, in quanto «guidate» dalla comunità internazionale attraverso una serie di accordi stipulati tra il 1994 e il 2002 (Accordo di Washington, Dayton, Ocrida e la cd. «cornice costituzionale» per il Kosovo).

[258] Per sostenere la politica di integrazione in Europa il Rapporto auspicava anche la rimodulazione della figura dell'Alto Rappresentante, in forma di Ufficio di rappresentanza (con funzione di negoziatore) dell'UE, con il definitivo abbandono dei cd. «poteri di Bonn» (un pacchetto di poteri speciali per mezzo dei quali, tra l'altro, l'OHR ha facoltà di annullare leggi e destituire personaggi di dubbia identità dagli incarichi politici). Ciò è effettivamente avvenuto nel luglio 2007, con l'istituzione di un Rappresentante Speciale per l'Unione Europea (RSUE) che combina assieme le

Il rapporto interlocutorio tra Sarajevo e Unione Europea si è gradualmente posizionato su due linee di avanzamento, segnalate dalla firma dell'Accordo di Stabilizzazione e Associazione (ASA), stesa il 16 giugno 2008[259]: all'atteggiamento di buona volontà dell'Europa[260], si opponeva l'inerzia della politica di riforma bosniaca, i cui risultati si esaurivano nella pur ragguardevole attività di rinnovamento dell'arsenale legislativo nazionale. Le condizioni di chiusura del procedimento volto all'adesione europea – previo ottenimento dello *status* di potenziale candidato (2003)[261] – e avviate con la sottoscrizione dell'ASA, non sono state soddisfatte[262].

---

competenze dell'Alto Rappresentante e il mandato di consulenza e sostegno al processo politico di armonizzazione.
Interessanti osservazioni sul tema del protettorato UE in Bosnia-Erzegovina in rapporto al problema dei conflitti etnici è in Stefan Wolff – Annemarie Peen Rodt, *The UE and the management of ethnic conflict*, London Routledge, 2012, pp. 133 ss.

[259] La Bosnia è l'ultimo tra gli Stati dei Balcani Occidentali ad aver siglato questo strumento pattizio. L'ASA è una tipologia negoziale di recente formulazione e introduce accordi internazionali vincolanti tra gli Stati firmatari, una volta intervenuta la ratifica del Parlamento dello Stato aderente e della totalità dei Parlamenti degli Stati membri (evenienza compiuta tra il 2008, con la firma dell'Estonia e, il 2011, con la ratifica finale della Francia). Detti negoziati impongono l'uniformazione legislativa agli *standards* europei ed il rispetto dei diritti fondamentali vigenti negli Stati a democrazia compiuta (diritti umani; Stato di diritto) e dei criteri del libero mercato vigenti in Europa, ai fini dell'armonizzazione con l'*acquis* comunitario e dell'integrazione nell'UE. Detti accordi concorrono dunque a dar vita ad una più complessa procedura, di cui rivestono il preliminare necessario requisito alla presentazione per la candidatura all'adesione europea.
Cfr. la Decision 6 november 2008 on ratification of the Stabilisation and Association Agreement between the European Communities and their Member States and Bosnia and Herzegovina (Text. N.149, in *Sl. Gl.*, 2008-12-05, N.10) il cui contenuto contempla, tra l'altro, riferimenti al dialogo politico, alla cooperazione regionale, alle regole di armonizzazione legale e sul controllo legale delle migrazioni.

[260] La politica integrazionista dell'UE verso gli Stati dei Balcani Occidentali è di lungo periodo: il Consiglio Europeo di Colonia (10 giugno 1999) adottava un Patto di Stabilità per l'Europa Sudorientale, poi rafforzato con l'avvio del progetto del cd. Processo di Stabilizzazione e Associazione (PSA), del 1999, rivolto a detti Paesi. L'importanza di tale strumento a vocazione regionale risiede nella finalità di promuovere l'accrescimento e consolidamento di relazioni di buon vicinato tra Stati confinanti. Il CE di Feira (giugno 2000) e di Nizza (dicembre 2000), hanno riaffermato la necessità di sostenere la potenziale candidatura di tali Paesi per l'adesione all'UE, una volta soddisfatte le «condizionalità». Lo sviluppo di tali relazioni è stato riassunto nell'incontro UE-Paesi dei Balcani Occidentali (cd. Agenda di Salonicco, 2003) e più recentemente, con la Dichiarazione di Salisburgo (giugno 2008). In questo quadro volto all'integrazione dei Balcani occidentali nell'UE, l'Italia si è resa promotrice della cd. «iniziativa adriatico-ionica», nell'ottobre 1999, con il proposito di dar luogo ad una macro-regione europea (comprendente Italia Croazia, Slovenia, Montenegro, Serbia, Bosnia-Erzegovina e Grecia). Così, Luciano Larivera, *Situazione incerta*, cit., p. 406. nota 11.

[261] L'Incaricato europeo per l'integrazione della Bosnia-Erzegovina, Peter Sørensen, si lasciò andare ad un ottimistico vaticinio, poi sconfessato dagli eventi, nell'indicare nel 2014, già precedentemente preconizzato da Giuliano Amato, l'anno simbolico, ad un secolo dallo scoppio della Grande Guerra, per l'ottenimento della candidatura. Vedi anche Franco Frattini, *L'Ostpolitik dell'Italia. Per superare divisioni antiche e recenti*, in *L'Osservatore Romano*, 30 ottobre 2009, p. 1.

[262] Contatto Stampa. Consiglio d'Europa, n.199/15. Una volta chiusa la procedura ASA, con entrata

Eloquente effetto di ciò è nell'ulteriore allungamento della data di entrata in vigore dell'ASA, al 1 giugno 2015, a seguito della ratifica del Parlamento bosniaco. Viziata di opacità si dimostra anche la motivazione dell'evento, dettato non da criteri premiali ma dal tentativo delle istituzioni europee di infondere ulteriore fiducia verso uno Stato che versa in una crisi politica ed economica dall'esito incerto.

Lo stallo delle riforme risiede nel Giano bifronte generato da Dayton: la soluzione delle due Entità[263] che poteva apparire, venti anni fa, come il compromesso ideale alla stabilizzazione e alla ricostruzione materiale e morale di un intero Paese, denuncia oggi le falle di una formula istituzionale datata e logora, incompatibile con una società di Stati organizzati su criteri sovranazionali e interconnessi per dialogo diretto e per un reticolo di diritti e doveri condivisi.

La decisione emessa nel 2012 a Strasburgo dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sul caso Sejdic-Finci (22 dicembre 2009) riassume eloquentemente l'attualità e l'ampiezza delle implicazioni della questione[264]. La Grand Chamber punta il dito sull'insostenibilità del modello di Dayton nel contesto europeo. La formula delle quote etno-nazionali di mandati e rappresentanze istituzionali cozza con i principi giuridici di equità ispiratori

---

in vigore il 1 giugno 2015, l'UE ha raccomandato alla Bosnia di insistere sul programma di riforma «(…) incentrato in particolare sulle questioni che interessano direttamente i cittadini. Questo primo programma dovrebbe comprendere riforme pertinenti ai settori dell'economia, dello Stato di diritto e della buona *governance*, nonché affrontare questioni di funzionalità», puntualizzando che affinché possa «prendere in considerazione una [sua] domanda di adesione sono necessari progressi significativi in merito all'attuazione del programma di riforme».

[263] La posizione di antagonismo istituzionale e l'influenza esercitata sullo Stato centrale bosniaco dalle Entità, hanno finito per ingessare le riforme costituzionali e persino frenare quelle già *in itinere*. Esemplare, il rifiuto (giugno 2015) opposto dal governo della Republika Srpska alla firma della bozza di riforme economiche precedentemente concordata tra le Parti.

[264] I cittadini bosniaci di etnia minoritaria non inclusa nella categoria costituzionale dei cd. «popoli costitutivi», Dervo Sejdic (di etnia Rom e osservatore OSCE sulla condizione dei Rom in Bosnia) e Jakob Finci (ambasciatore della Bosnia in Svizzera, di etnia ebraica e presidente della comunità ebraica di Sarajevo), hanno ricorso alla Corte Europea nel 2006, la quale ha rinviato alla Grand Chamber. La Corte ha accolto le ragioni sostenute dalle parti lese le quali sostenevano l'avvenuta violazione dell'art.14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (sul libero godimento dei diritti sanciti da quella Carta) e dell'art.1 Protocollo 12 (sul principio del libero godimento dei diritti posti da leggi vigenti, conformemente al divieto generale di discriminazione), in rapporto all'art.3, Prot. 1 CEDU (sul diritto alle libere elezioni).
I ricorrenti lamentavano l'impedimento a potersi candidare alla Camera dei Popoli e di poter concorrere nell'elezione alla carica di Presidente della Repubblica, stante il principio di riserva costituzionale ai soli appartenenti ai «popoli costitutivi». Nel secondo caso i ricorrenti hanno invocato l'attuazione di un principio più generale, con l'art.1 del Prot. 12, introdotto nel 2005 e applicato per la prima volta in questa causa, stante l'inapplicabilità dell'art.3 Prot., relativo al caso di eleggibilità presso gli organi legislativi. Cfr. Luciano Larivera, *Situazione incerta*, cit., p. 401.

dell'UE. La decisione della Corte è ancor oggi lettera morta all'orecchio del riformatore, pur muovendosi su un terreno ambiguo, orientato all'aggiustamento compromissorio dello *status quo*[265]. Appare in ogni caso significativo che tra le conclusioni elaborate nel Rapporto del Consiglio UE sulla Bosnia-Erzegovina del 2014, l'organismo europeo esplicitamente richiami nella «*reform Agenda*» – oltre ai cd. «criteri di Copenhagen» (sulla riforma socio economica, sullo Stato di diritto e sulla buona amministrazione) e ai principi volti a sostenere i meccanismi di coordinazione nell'UE – i contenuti della precitata sentenza Sejdic-Finci, quali criteri ispiratori per dar seguito alle ormai improcrastinabili riforme istituzionali preliminari all'ingresso dello Stato balcanico in Europa[266].

[265] La Corte riafferma il giudizio di «non funzionalità» del sistema costituzionale vigente, superato dai fatti e reso obsoleto dagli impegni internazionali che la Bosnia si è assunta con la firma di ingresso e ratifica e l'acquisizione di Stato membro presso le Organizzazioni internazionali (ONU, CE, OSCE). Contestualmente ammette, tuttavia, che una via mediana utile al mantenimento del meccanismo di compartecipazione rappresentativa dei tre popoli costituenti e al rispetto del principio di non discriminazione sia «possibile» (da leggersi come «via obbligata»): ciò, in quanto quel Giudice si ritiene convinto che l'ordinamento giuridico bosniaco non sia ancora maturo per un abbandono del sistema delle quote.

[266] «(…)The Council agreed on a renewed EU approach towards Bosnia and Herzegovina on its EU accession path throughout which all conditions, including the implementation of the Sejdic-Finci ruling will have to be met. The Council calls on BiH political leadership to anchor the reforms necessary for EU integration in the work of all relevant institutions» (Conclusioni, n.3). Ed ancora: «Meaningful progress on the implementation of the agenda for reforms (…). When requesting the Commission's Opinion on the membership application, the Council will ask the Commission to pay particular attention to the implementation of the Sejdic-Finci ruling» (Conclusioni, n.7). In *Council conclusions on Bosnia and Herzegovina. Foreign Affairs Council meeting*. Brussels, 15 December 2014.

È possibile per un musulmano risiedere in occidente? La risposta salafita

Carlo De Angelo

Introduzione

La domanda alla quale cercherò di rispondere in questo articolo è la seguente: è possibile per il musulmano vivere e/o emigrare in/verso un territorio non islamico (occidente)? Il tentativo è quello di verificare quanto la presenza di milioni di musulmani che hanno scelto, più o meno liberamente, di risiedere nel Vecchio e nel Nuovo Continente possa considerarsi lecita dal punto di vista del sistema giuridico che deriva dalla religione che essi professano, vale a dire secondo il diritto islamico. La letteratura esistente rivela che la maggior parte degli studi prodotti sul tema si è focalizzata sulla dottrina elaborata da quei giuristi, singoli o riuniti in organi collegiali[1], che propendono per l'ammissibilità di tale fattispecie, ravvisando nella presenza islamica in occidente lo strumento migliore per diffondervi l'islam[2]. Scarsa attenzione, invece, è stata data all'opinione di quei giuristi, principalmente appartenenti al movimento salafita, che si sono espressi a sfavore dell'emigrazione dei musulmani verso l'occidente, un diniego che viene giustificato dalle conseguenze che la corruzione morale lì dilagante potrebbe avere per la fede dei seguaci di Allah.

Benché di recente la giurisprudenza salafita in materia di minoranze mu-

---

[1] Si pensi per esempio al Consiglio europeo per le *fatāwā* e le ricerche, per un'introduzione al quale si rimanda, tra gli altri, a Uriya Shavit - Iyad Zahalka, *A religious law for Muslims in the West: the European Council for Fatwa and Research and the evolution of the* fiqh al-aqalliyyat al-muslima, in Roberto Tottoli (edited by), *Routdlege Handbook of Islam in the West*, Routdlege, London - New York, 2015, pp. 365-377

[2] Su questo punto mi permetto di rinviare a Carlo De Angelo, *L'adattamento del diritto islamico alle realtà occidentali. La nascita e i primi sviluppi del diritto delle minoranze musulmane*, in *Studi Maġrebini* IX (2011), pp. 65-111; Id., *The Image of Europe and the Role of its Muslims, as Portrayed in the Contemporary Islamic Debate on Muslim Minorities*, in *Journal of Muslims in Europe* (2013), n. 2, 2, pp. 186-207.

sulmane sia stata oggetto di attenzione da parte di alcuni studiosi[3], non mi pare che le ricerche fin qui condotte sul tema si siano soffermate sulla specifica questione dell'obbligo di non risiedere in occidente, obbligo che, almeno per la corrente pietista del salafismo[4], incombe su tutti i musulmani: "*cette tendance demande aux fidèles musulmans de quitter l'Europe et l'Amérique du Nord pour des terres musulmanes*"[5]. Le pagine che seguono sono dedicate all'analisi di quest'obbligo. Esse vanno ad aggiungersi e a completare un lavoro pubblicato nel 2013[6]; a differenza di quest'ultimo, che ha per oggetto l'esame della dottrina prodotta da alcuni singoli giuristi appartenenti alla corrente pietista del salafismo, il lavoro che qui si propone mira a passare in rassegna i responsi (*fatāwā*, sing. *fatwā*: parere non vincolante)[7] emessi da un organo collegiale che

---

[3] Said Fares Hassan, *Fiqh al-Aqalliyyāt. History, Development and Progress*, Palgrave, MacMillan, New York, 2013, pp. 19-35; Uriya Shavit, *Sharī'a and Muslim Minorities. The wasaṭī and salafī approaches to fiqh al-aqalliyyāt al-Muslima*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

[4] "*S'attachant à corriger la croyance et les pratiques religieuses des musulmans, ce salafisme est convaincu que la seule solution aux problèmes de ces derniers réside dans […] la purification et l'éducation : purifier la religion des innovations entachant ses préceptes et ses dogmes pour revenir à la religion transmise par le Prophète ; éduque les musulmans pour qu'ils se conforment à cette religion et délaissent leurs mauvaises coutumes, tout autre solution (politique ou révolutionnaire) que les détourner du droit chemin. Il s'agit bien d'insuffler aux musulmans une coscience islamique par un retour à une pratique religieuse délivrée de tout ajout postérieur à la révélation coranique et à l'apostolat prophétique. La prédication permettra de créer un mouvement social aboutissant à une nouvelle organisation du monde qui accordera à l'islam la prééminence. Ce salafisme refuse tout engagement au nom de l'islam autre que religieux*". Samir Amghar, *Le salafisme d'aujourd'hui. Muovements sectaires en Occident*, Michalon Éditions, Paris, 2011, p. 36. Sul salafismo e sulle diverse correnti che lo animano si vedano, oltre il testo appena citato: Olivier Roy, *L'Islam mondialisé*, Éditions du Seuil, Paris, 2004, pp. 145-178; Quintan. Wiktorowicz, "Anatomy of the Salafi Movement", in *Studies in Conflict & Terrorism* 29 (April-May 2006), n. 3, pp. 207-239; Bernard Rougier (sous la direction de), *Qu'est-ce que le salafisme?*, Presses Universitaires de France, Paris, 2008; Roel Meijer (edited by), *Global Salafism. Islam's New Religious Movement*, Hurst & Company, London, 2009; Ahmad Mousalli, *Wahhabism, Salafism and Islamism: Who is the Enemy?* Conflicts Forum, Beirut - London - Washington, 2009; Massimo Campanini, "Salafismo e islamismo nel pensiero politico islamico contemporaneo", in Laura Guazzone (a cura di), *Storia ed evoluzione dell'islamismo arabo. I Fratelli Musulmani e gli altri*, Mondadori, Milano, 2015, pp. 35-63; quest'ultimo saggio è stato ripubblicato con un titolo diverso ("Il salafismo e le sue ideologie") in Massimo Campanini, *Quale Islam? Jihadismo, radicalismo, riformismo*, Editrice La Scuola, Brescia, 2015, pp. 61-100.

[5] Samir Amghar, *Le salafisme d'aujourd'hui*, cit., p. 45.

[6] Carlo De Angelo, *From* dār al-islām *to* dār al-kufr*: Muslim emigration to the West according to Salafi jurisprudence*, in *Studi Maġrebini*, XI, 2013, pp. 95-120.

[7] Per una sintetica ed esaustiva disamina del concetto di *fatwā*, si rimanda all'omonima voce contenuta in *al-Mawsū'a al-fiqhiyya*, Wizārat al-awqāf wa'l-šu'ūn al-islāmiyya/Dār al-Ṣafwa, Kuwayt, 1995, 45 voll., vol. 32, pp. 20-50. Per una trattazione approfondita si veda, invece, Muhammad Ǧamāl al-Dīn al-Qāsimī, *al-Fatwā fī'l-islām*, Dār al-kutub al-'ilmiyya, Bayrūt, 1986. Tra i testi in inglese si segnala, fra gli altri, Muhammad Khalid Masud, Brinkley Messick, David Powers, *Muftis, Fatwas, and Islamic Legal Interpretation*, in Muhammad Khalid Masud, Brinkley Messick, David Powers (edited by), *Islamic Legal Interpretation. Muftis and Their Fatwas*, Harvard University Press, Cambridge/London, 1996, pp. 3-31; Wael Hallaq, *Ifta' and Ijtihad in Sunni Legal Theory: A Development Account*, in

a quella corrente ugualmente si richiama, ovvero la Commissione permanente per le ricerche scientifiche e le *fatāwā*[8], attiva in Arabia Saudita. I pareri espressi da tale ente sono stati raccolti in un'opera, suddivisa in più volumi, intitolata *Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*[9]; è a quest'opera che ho principalmente fatto riferimento per la redazione di questo articolo.

La regola: i musulmani devono risiedere nei Paesi islamici

In questo paragrafo tenterò di individuare quale sia, secondo la narrazione della Commissione, la categoria di territorio cui appartiene l'occidente (principalmente il Vecchio Continente e l'America settentrionale), per poi descrivere le conseguenze che da tale individuazione discendono, ovvero se è possibile o meno per il musulmano risiedere in quella zona del mondo.

Al fine di conseguire tali obiettivi è parso utile, in prima battuta, analizzare il testo con il quale la Laǧna ha risposto al quesito che la sollecitava a indicare quali fossero le condizioni in presenza delle quali un territorio poteva essere considerato non islamico. Nel responso emesso, il n. 2635[10], la Commissione ha innanzi tutto fornito la definizione di territorio islamico (*dār al-islām*): con questa espressione deve intendersi l'insieme di quei Paesi (*bilād*, sing. *balad*) e territori (*diyār*, sing. *dār*) nei quali le autorità preposte al potere esercitano la loro azione nel rispetto (*yuqīm*) dei limiti (*ḥudūd*, sing. *ḥadd*) posti da Allah e attenendosi alla *šarī'a*, e nei quali la popolazione (*ra'iyya*) si trova nelle condizioni di poter adempiere (*taqūm*) agli obblighi statuiti dalla legge islamica. Per converso, sono considerati non islamici quei Paesi e quei territori i cui governanti (*ḥukkām*) e le cui autorità (*sulṭān*) governano violando (*lā yuqīm*) i limiti posti da Allah e mancano di attenersi alle regole dell'islam ("*lā yaḥkumūn […] bi-ḥukm al-islām*"); inoltre, al musulmano che vi risiede non viene riconosciuta la possibilità di osservare (*lā yaqwā*) gli atti di culto che

---

ivi, pp. 33-43; Aharon Layish, *The Fatwa as an Instrument of Accomodation*, in ivi, pp. 270-277; Zulfiqar Alishah (edited by), *Iftā' and Fatwa in the Muslim world and the west*, The International Institute of Islamic Thought, London-Washington, 2014.

[8] In arabo: al-Laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'. Da ora in poi alternativamente Commissione o Laǧna.

[9] I volumi nei quali sono state raccolte le *fatāwā* non sono stati tutti pubblicati nello stesso anno e dallo stesso editore. Pertanto, la prima volta che verrà citato il volume che è stato consultato se ne riporterà l'editore e la data di pubblicazione. Alcuni responsi, poi, sono stati tratti direttamente dal sito della Commissione (http://www.alifta.com/Search/FatwaNumSrchDisplay.aspx?languagename=ar&lang=ar); una volta digitato l'URL, basterà inserire il numero della *fatwā*, di volta in volta indicato, per risalirne al testo. Tutti i responsi sono stati consultati in arabo.

[10] Cfr. *Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, Dār al-'Āṣima li'l-Našr wa'l-Tawzī', Riyāḍ, 1998/1419, vol. 12, pp. 51-54.

gli sono prescritti dalla religione di appartenenza ("*wāǧib 'alayhi min ša'ā'ir al-islām*")[11]. Tali località vengono definite territorio della miscredenza (*dār al-kufr*)[12]. Da queste definizioni sembra emergere la volontà della Commissione di ancorare il carattere islamico del territorio all'effettiva applicazione nei suoi confini della *šarī'a*, nonché alla possibilità per i credenti che vi risiedono di rispettare le prescrizioni cultuali islamiche. Al contrario, il numero dei musulmani che abitano in un dato territorio non sembra, da solo, influire sullo *status* di quest'ultimo[13]. La Laǧna, infatti, ha affermato che sono da considerarsi *dār al-kufr* anche quei Paesi (*bilād*) che hanno una popolazione che si professa musulmana ma che viene governata da uomini che nell'esercizio delle loro funzioni non si attengono alla rivelazione divina ("*bi-ġayr mā anzal Allāh*")[14], e alla quale non viene riconosciuta la libertà di culto[15]. Complessivamente è possibile affermare che i criteri accolti dalla Commissione per definire lo *status* di un territorio non divergono da quelli adottati dai giuristi ḥanbaliti. Secondo questi ultimi, infatti, è da considerarsi *dār al-islām* il territorio sottoposto all'autorità dei musulmani, nel quale vengono rispettate le regole dell'islam e la cui popolazione è composta a maggioranza da seguaci

---

[11] Sulle pratiche di culto la letteratura disponibile in arabo è sterminata. Per una trattazione sintetica si veda Yūsuf al-Qaraḍāwī, *Al-'ibāda fī-l-islām*, Maktaba Wahba, al-Qāhira, 1995, pp. 211-310; per una trattazione sistematica, invece, si veda Wahba al-Zuḥaylī, *Mawsū'at al-fiqh al-islāmī wa'l-qaḍāyā al-mu'aṣira*, Dār al-fikr, Dimašq, 2010/1433, 14 voll., vol. 1, pp. 201-848, vol. 2 (per intero), vol. 3, pp. 19-499. Tra i titoli in italiano si veda, tra gli altri, Alessandro Bausani, *L'Islam*, Garzanti, Milano, 1995, pp. 43-61; Alberto Ventura, *L'islām sunnita nel periodo classico (VII-XVI secolo)*, in Giovanni Filoramo (a cura di), *Islam*, Editori Laterza, Roma-Bari, 1999, in part. pp. 119-147; Massimo Campanini, *Islam*, Editrice La Scuola, Brescia, 2013, pp. 84-94.

[12] Cfr. *Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 12, p. 52.

[13] Questa idea è condivisa anche da alcuni salafiti che sono vicini alla corrente pietista, ma che non disdegnano l'approccio ǧihadista. Si pensi per esempio ad al-Maqdisī, secondo cui: *"this term* [dār al-kufr] *is applied to the abode if the rulings of the kufr are uppermost, even if the majority of its people are Muslims just as the term* dār al-islām *is applied upon the abode in which the laws of Islam are uppermost, even if the majority of its inhabitants are* kuffar *as long as they are submitting to the rule of Islam*". Abū Muḥammad 'Āṣim al-Maqdisī, *This is our 'aqīda*, s.e., s.l., s.d., p. 62. Questo testo può essere letto al seguente URL: https://ia802605.us.archive.org/26/items/ThisIsOuraqidah-AbiMu-hammadAl-maqdisi/our_aqeedah.pdf. Per una disamina del pensiero di al-Maqdisī si veda Joas Wagemakers, *A Quietist Jihadi. The Ideology and Influence of Abu Muhammad al-Maqdisi*, Cambridge University Press, New York, 2012.

[14] Secondo la Commissione, le autorità che operano con le modalità sopra descritte meritano l'appellativo di governo non islamico. Cfr. *Fatwā* n. 7796, in http://www.alifta.com/Search/FatwaNumSrchDisplay.aspx?languagename=ar&lang=ar.

[15] Cfr. *Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 12, p. 52. La Commissione ha sottolineato, però, che i musulmani che si trovano a essere governati da un regime che non si attiene alla *šarī'a* non possono essere considerati miscredenti, purché essi, nei limiti delle loro possibilità, adempiano gli obblighi imposti da Allah. Cfr. *Fatwā* n. 19378, in http://www.alifta.com/Search/Fat-waNumSrchDisplay.aspx?lan-guagename=ar&lang=ar.

di Allah[16]. La *dār al-kufr* è formata, invece, da quei territori nei quali si applicano le regole dei miscredenti, a prescindere dal fatto che nei suoi confini vi risiedano molti musulmani.[17] Sulla base di queste precisazioni è possibile affermare che l'occidente, principalmente l'Europa e l'America, è da considerarsi territorio della miscredenza.

La distinzione fra *dār al-islām* e *dār al-kufr* operata dalla Commissione rileva ai fini dell'individuazione del territorio che può essere scelto dal credente quale luogo presso il quale fissare, temporaneamente o definitivamente, la propria residenza. In effetti, la *dār al-islām*, per le caratteristiche che la connotano, costituisce il luogo per eccellenza nel quale i musulmani sono tenuti a vivere ("*la-hum an ya'īšū fī-hā*")[18]. Per questi ultimi, quindi, vige la regola di risiedere nei Paesi islamici ("*al-aṣl anna-hu yağibu 'alā al-muslim an yaqīm fī bilād islāmiyya*")[19], anche nel caso in cui la loro madrepatria non sia annoverabile fra di essi[20]. La *dār al-kufr*, all'opposto, rappresenta, per le peculiarità che la caratterizzano, il territorio dal quale i seguaci di Allah devono emigrare ("*yağib 'alā al-muslim an yuhāğir min diyār al-kufr ilā diyār al-islām*")[21] e verso il quale non devono recarsi, diversamente essi commetterebbero un atto che i dotti concordano nel ritenere un illecito ("*al-iqāma fī bilād al-kuffār muḥarrama fī'l-šarī'a al-islāmiyya*"[22], "*murtakib ḥarām bi'l-iğmā'*"), per la commissione del quale essi incorrerebbero nella punizione e nell'ira divina[23]. Invero, i musulmani che, per il fatto di essersi adattati alle consuetudini praticate nel territorio non islamico nel quale si trovano o per il fatto di apprezzarne il tipo di vita che lì si conduce, decidono di non emigrare dalla *dār al-kufr*,

---

[16] Cfr. Mulfī bin Ḥasan al-Šahrī, *Ḥaqīqat al-darāyn. Dār al-islām wa'l-dār al-kufr*, Dār al-Murābiṭīn, s.l., 2010, p. 89.

[17] Cfr. Ivi, p. 119.

[18] Cfr. *Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 12, p. 52.

[19] Cfr. *Fatwā* n. 5512 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, Dār al-Mu'ayyid li'l-Našr wa'l-Tawzī', Riyāḍ, 2003, vol. 19, p. 348). In un altro responso, il n. 2301, viene adoperata l'espressione "*yanbaġī li'l-muslim an ya'īš bayna aẓhur al-muslimīn*" ("*è necessario che il musulmano viva in mezzo ai musulmani*"). Cfr. Ivi, p. 344.

[20] Cfr. *Fatwā* n. 19581, in http://www.alifta.com/Search/FatwaNumSrchDisplay.aspx?languagename=ar&lang=ar. In questo responso, infatti, la Commissione esorta un credente nato e cresciuto in Francia a emigrare in uno Stato islamico.

[21] "*È fatto obbligo al musulmano di emigrare dai territori della miscredenza verso i territori islamici*". Cfr. *Fatwā* n. 3859 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, Dār al-Mu'ayyid li'l-Našr wa'l-Tawzī', Riyāḍ, s.d., vol. 14, p. 475).

[22] Cfr. *Fatwā* n. 19581, in http://www.alifta.com/Search/FatwaNumSrchDisplay.aspx?languagename=ar&lang=ar.

[23] Cfr. *Fatwā* n. 21676, in http://www.alifta.com/Search/FatwaNumSrchDisplay.aspx?languagename=ar&lang=ar.

pur avendone i mezzi, sono da considerarsi peccatori. Tale *status* è riservato anche a quei credenti che, pur non avendone la necessità, lasciano la *dār al-islām* per dirigersi verso le terre della miscredenza[24].

La *ratio* del divieto di risiedere nella *dār al-kufr* è da rintracciare nella necessità di proteggere la fede, la religione e la morale del credente dalla corruzione che gliene deriverebbe trovandosi a risiedere in un territorio che non è governato dai musulmani e nel quale non vengono applicare le regole islamiche[25], dove è destinato a risultare represso o servile ("*maktūb aw muğāmil*")[26]. Per questo motivo, la Lağna, fondandosi sui versetti 97-99 della IV *sūra* del Corano[27], ha esplicitamente e ripetutamente affermato che tutti i musulmani che risiedono fra i miscredenti (*kuffār*) e che non possono praticare la propria religione hanno l'obbligo (*wāğib*) di compiere la *hiğra* (emigrazione)[28], sono tenuti cioè a lasciare il territorio della miscredenza (*dār al-kufr*) o del politesimo (*dār al-širk*) per dirigersi verso quello islamico (*dār al-islām*)[29], in analogia a quanto fecero i musulmani della prima ora. Invero, questi ultimi, nel 622 d.C./1 H., lasciarono Mecca, quando era ancora una città pagana

---

[24] Cfr. *Fatwā* n. 1659 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 12, p. 217). Non sono considerati peccatori, invece, coloro che organizzano lo spostamento di quanti desiderano recarsi all'estero. Cfr. *Fatwā* n. 7306 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, Dār al-Mu'ayyid li'l-Našr wa'l-Tawzī', Riyāḍ, s.d., vol. 15, pp. 67-68).

[25] "*Limā fī'l-safar ilā bilād al-kufr min al-ḫaṭar alā al-'aqīda wa'l-dīn wa'l-aḫlāq*". Cfr. *Fatwā* n. 19685 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 12, p. 58); "*muḥāfaẓa 'alā dīnihi*". Cfr. *Fatwā* n. 3859 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 14, p. 475); "*li-anna ḥukm fī tilka al-bilād ġayr islāmī*" Cfr. *Fatwā* n. 1659 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 12, p. 217).

[26] Cfr. *Fatwā* n. 1177 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, Dār al-Mu'ayyid li'l-Našr wa'l-Tawzī', Riyāḍ, s.d., vol. 2, p. 45).

[27] "[97]*Quanto a coloro che saranno richiamati dagli angeli mentre facevano torto a se stessi, gli angeli chiederanno loro: «Qual era la vostra condizione?». Risponderanno: «Eravamo deboli sulla terra». E gli angeli risponderanno: «La terra di Dio non era abbastanza grande perché voi emigraste?». Il loro rifugio sarà la Genna, che orrendo cammino,* [98]*eccetto i deboli, uomini, donne e bambini che non potranno impiegare espedienti e non saranno guidati sul cammino diritto,* [99]*forse Dio li perdonerà, Egli è Colui che perdona, pieno di indulgenza*". Salvo diversamente indicato, tutte le traduzioni dei versetti coranici che verranno riportate sono tratte da *Il Corano* (a cura di Alberto Ventura), Mondadori, Milano 2010 (trad. it. di Ida Zilio-Grandi). Questi versetti sono stati analizzati da diversi salafiti pietisti; si veda, per tutti, Muḥammad bin Ṣāliḥ al-Uṯaymīn, *Tafsīr al-qur'ān al-karīm: sūrat al-nisā'*, Dār Ibn al-Ǧawzī, Riyāḍ, 1991, 2 voll., vol. 2, pp. 109-122.

[28] L'obbligo di emigrare è stato espressamente statuito dalla Commissione nella seguenti *fatāwā*: n. 7150 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 12, p. 48), n. 19670 (ivi, p. 57), n. 2635 (ivi, p. 52), n. 3859 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 14, p. 475).

[29] Le locuzioni arabe che vengono utilizzate per definire tale emigrazione sono: "*al-ḫurūǧ min balad al-kufr ilā balad al-islām*", *fatwā* n. 7150 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 12, p. 48); "*al-intiqāl min bilād al-širk ilā bilād al-islām*", *fatwā* n. 9501 (ivi, p. 50).

(*dār al-kufr*)[30], per recarsi a Medina (dall'arabo *madīnat al-nabī*, "città del Profeta")[31], che, a seguito del giuramento di fedeltà (*mubāya'a*) prestato dalla sua Gente al profeta Muḥammad, aveva acquisito lo *status* di territorio islamico (*dār al-islām*)[32]. L'obbligo specifico di emigrare da Mecca a Medina venne abrogato quando la prima fu conquistata dai musulmani (630 d.C./H.), divenendo quindi *dār al-islām*[33]. Tale abrogazione è sancita da una tradizione (*ḥadīṯ*, pl. *aḥādīṯ*) del Profeta, secondo cui "*non c'è emigrazione dopo la conquista [di Mecca]*" ("*lā hiğra ba'ad al-fatḥ*")[34]. Questo *ḥadīṯ*, che viene riportato da tutti i *kutub al-sitta*[35], abroga però solo l'obbligo specifico di emigrare da Mecca a Medina, rimanendo invece in vigore quello generale di lasciare il territorio non islamico a favore di quello islamico: "*fa'l-ḥadīṯ ḫaṣṣ bi'l-hiğra min makka; li-annahā ṣārat dār al-islām, wa ammā al-hiğra min bilād al-kufr ilā bilād al-muslimīn fa-hiya bāqiyya ilā qiyām al-sā'a*"[36]. L'emigrazione può avere come destinazione anche un altro territorio della miscredenza o del politeismo purché quest'ultimo risulti, rispetto a quello di partenza, meno nocivo (*šarr*) e pericoloso (*ḫaṭar*) per il musulmano. Un esempio concreto di tale tipo di emigrazione è rinvenibile nel trasferimento di alcuni seguaci di Allah, quelli più deboli, da Mecca verso l'Abissinia (in arabo Ḥabaša), ordinato da

---

[30] "*Hiya dār kufr, wa ḏālika miṯl makka al-mukarrama qabl al-fatḥ*". Cfr. *Fatwā* n. 2635 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 12, p. 52)

[31] Prima dell'emigrazione la città di Medina era nota col nome di Yaṯrib.

[32] Cfr. *Fatwā* n. 9501, (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 12, p. 50). L'emigrazione da Mecca a Medina viene ricordata come "grande *hiğra*" o "vera *hiğra*". Claudio Lo Jacono, *Storia del mondo islamico (VII-XVI secolo)*, Einaudi, Torino, 2003, pp. 17-18.

[33] Cfr. *Fatwā* n. 2635 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 12, p. 52).

[34] Cfr. *Fatwā* n. 5413 (ivi, pp. 49-50). Per l'analisi della tradizione sopra citata si veda, tra gli altri, Ḥusayn bin 'Awda al-'Awāyš, *Al-faṣl al-mubīn fī mas'alat al-hiğra wa mufāraqat al-mušrikīn*, Dār Ibn Ḥazm, Bayrūt, 1984, pp. 99-108.

[35] Si tratta delle le sei raccolte canoniche delle tradizioni, rispettivamente di al-Buḫārī, Muslim, Abū Dāwūd, al-Tirmiḏī, al-Nasā'ī, Ibn Māgah.

[36] Cfr. *Fatwā* n. 18612 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 12, p. 260). In questo responso i membri della Commissione hanno accennato anche ad altre motivazioni che possono indurre il credente a separarsi (*al-mufāra*) dal territorio nel quale si trova, ovvero per il compimento del *ǧihād* (*bi-sababi al-ǧihād*), per l'acquisizione del sapere (*al-ḫurūǧ fī ṭalab al-'ilm*), e, infine, per mettere la religione al riparo dalla sedizione (*al-firār bi'l-dīn min al-fitna*). In merito a quest'ultima motivazione si veda anche la *fatwā* n. 7485 (ivi, p. 51). Con riferimento all'emigrazione per l'acquisizione del sapere, la Commissione ha osservato che tutti i musulmani sono tenuti (*wāǧib*) a dedicarsi allo studio della loro religione affinché apprendano ciò che Allah ha imposto loro e ciò da cui devono astenersi. L'importanza di apprendere l'islam è tale che al credente viene ingiunto di recarsi in un altro Paese (*bi'l-safar min balad ilà balad*) qualora nel suo non ci sia un musulmano che possa guidarlo nell'assunzione di tale bagaglio cognitivo. Cfr. *Fatwā* n. 6575 (ivi, p. 85). Sull'obbligo per il musulmano di conoscere i fondamenti della sua religione si veda anche la *fatwā* n. 8849 (ivi, pp. 89-90).

Muḥammad nel 614[37]. Di fatti, i musulmani che furono protagonisti di questo trasferimento videro migliorare le proprie condizioni, nella misura in cui il Sovrano abissino riconobbe loro sia la libertà di religione sia quella di culto, ovvero la libertà di vivere nel rispetto delle regole dell'islam (almeno quelle fino a quel momento rivelate), nel rispetto cioè di quella religione per la quale a Mecca essi venivano osteggiati.

2. *Le deroghe alla regola*

Se da un lato, come si è visto, la Commissione esorta vivamente il credente a fare del suo meglio per lasciare il territorio non islamico nel quale si trova[38], dall'altro lato essa riconosce una deroga sia all'obbligo di emigrare dalla *dār al-kufr* sia al divieto di recarvisi. In particolare, a essere dispensati dal dovere di compiere la *hiğra* sono tutti quei credenti che si trovano nelle condizioni di non potervi adempiere (difficoltà economiche, malattia, ecc.). Per questi musulmani è dunque giustificata la residenza fra i miscredenti; sui loro fratelli di fede, però, ricade l'obbligo di aiutarli (per es. supportandoli finanziariamente) a emigrare verso un Paese che, sul piano della religione, risulti per loro più sicuro[39]. Un'esenzione al divieto di dirigersi verso i territori non islamici, invece, è prevista in presenza di una lecita giustificazione (*musawwiġ šar'ī*), oppure per soddisfare un bisogno (*ḥāğa*) o una necessità (*ḍarūra*). In questa sede si è deciso di analizzare tre specifici casi per i quali la Commissione ha ritenuto possibile emigrare verso la *dār al-kufr*, ovvero: per invitare i non musulmani all'islam (*da'wa*), per cercare un lavoro e, infine, per ragioni di studio[40].

---

[37] Cfr. *Fatwā* n. 9501 (ivi, pp. 50-51). L'emigrazione dalla città di Mecca verso l'Abissinia viene ricordata come "piccola *hiğra*". Cfr. Claudio Lo Jacono, *Storia del mondo islamico (VII-XVI secolo)*, cit., pp. 12-14.

[38] "*Wa 'alayka bi'l-iğtihād wa baḏl al-asbāb allatī taḥallaṣuka min al-baqā' fī bilād al-kuffār wa'l-intiqāl ilā bilād al-muslimīn*" (*"ti è fatto obbligo di cercare e utilizzare tutti i mezzi che ti consentano di lasciare i Paesi della miscredenza per trasferirti in quelli islamici"*), *fatwā* n. 19581, in http://www.alifta.com/Search/Fat-waNumSrchDisplay.aspx?lan-guagename=ar&lang=ar.

[39] Cfr. *Fatwā* n. 3859 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 14, p. 476).

[40] Naturalmente esistono anche altri casi per i quali la Laǧna riconosce la possibilità di emigrare; uno fra questi è senza dubbio quello relativo alla necessità per il credente di dirigersi in occidente per sottoporsi a un trattamento medico, non disponibile nei Paesi islamici, indispensabile per la cura della malattia da cui è affetto. Cfr. *Fatwā* nn. 19581 e 20968, in http://www.alifta.com/Search/FatwaNumSrchDisplay.aspx?languagename=ar&lang=ar. Un ulteriore caso di bisogno è stato individuato dalla Commissione nel responso n. 21676 nel quale ha affermato che è lecito per il musulmano recarsi in viaggio (*yaǧūz la-hu al-safar*) verso la *dār al-kufr* (nel caso concreto in Italia) per assolvere all'obbligo di mantenere i rapporti con i propri parenti (*ṣilat raḥm wāǧiba*). La liceità di tale fattispecie è sottoposta però al

2.1 *L'emigrazione finalizzata alla* da'wa *(invito all'islam)*

Tra le necessità per il soddisfacimento delle quali la Commissione ammette che il musulmano si rechi nei territori non islamici vi è innanzi tutto la *da'wa*, ovvero l'obbligo per tutti i credenti di invitare il non musulmano all'islam[41]. Essa lo dichiara apertamente nella *fatwā* n. 2292, nel corpo della quale si legge "*chi si trova nei Paesi della miscredenza deve uscirne, chi non vi si trova non deve entrarvici se non per necessità […] come per esempio l'esercizio della da'wa*"[42]. Analogamente, nel responso n. 3859, essa ha statuito che al musulmano è permesso stare fra i *kuffār* quando egli, nell'esercizio della funzione di *dā'ī* (sorta di «predicatore» che invita all'islam), crede di poter influenzare i miscredenti, convincendoli ad avvicinarsi alla sua religione[43]. Dirigersi verso la *dār al-kufr* per diffondere l'islam non rende quindi un musulmano miscredente.[44] La diffusione dell'islam nei Paesi miscredenti è, infatti, considerato un atto nobile (*al-'amal al-ğalīl*), e gli sforzi fisici ed economici che il credente sostiene per porlo in essere sono da considerarsi una sorta di *ğihād*, per il quale egli sarà ricompensato[45]. A questa forma di *ğihād* devono partecipare anche le donne, purché tale attività non le distragga dal loro dovere principale, cioè la cura della famiglia. Con il corpo adeguatamente coperto, la donna può assolvere all'obbligo della *da'wa* sia fra le pareti domestiche, rivolgendosi all'eventuale marito, alle parenti femmine e a quelli maschi con i quali le è precluso il matrimonio[46], sia fuori dalla propria casa, in questo caso rivolgendosi solo alle donne. Nell'eventualità in cui l'attività di proselitismo le implichi la necessità

---

soddisfacimento di tre condizioni: la residenza temporanea nel territorio della miscredenza non deve costituire per il credente una fonte di tentazioni; al *musāfir* (viaggiatore) deve essere riconosciuta la libertà di manifestare apertamente la sua religione; infine, la permanenza nel territorio non islamico di destinazione deve avere una durata non superiore a quella che risulti funzionale all'assolvimento dell'obbligo per il quale essa è ammessa. Cfr. *Fatwā* n. 21676, in http://www.alifta.com/Search/FatwaNumSrchDisplay.aspx?languagename=ar&lang=ar.

[41] A essere destinatari della *da'wa* sono in realtà anche i musulmani che non rispettano le regole islamiche e quelli che, invece, lo fanno, ma intendono intensificare la loro fede. In merito al primo caso un riferimento utile può essere quello dei musulmani che, essendo stati sottoposti a lungo a un governo comunista, hanno finito con l'abbandonare completamente ogni pratica religiosa. Sul punto si veda la *fatwā* n. 3778 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 12, pp. 247-248) relativa ai russi.

[42] Cfr. *Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, Dār al-Mu'ayyid li'l-Našr wa'l-Tawzī', Riyāḍ, 2003, vol. 20, p. 380.

[43] Cfr. *Fatwā* n. 3859 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 14, p. 476).

[44] Cfr. *Fatwā* n. 9601 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 2, p. 47).

[45] Cfr. *Fatwā* n. 18612 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 12, pp. 260-261).

[46] Si pensi, per esempio, al caso della convertita i cui parenti restano miscredenti.

di viaggiare, dovrà chiedere il consenso al marito e dovrà essere accompagnato da questi, o, in alternativa, da un parente con cui le è precluso il matrimonio[47]. La pratica della *da'wa*, che a seconda dei casi può essere svolta pubblicamente o in segreto[48], costituisce del resto una di quelle necessità che giustifica l'interazione verbale del *dā'ī* con il miscredente, maschio o femmina che sia[49].

La Commissione, poi, fornisce una serie di indicazioni al «predicatore» affinché la sua azione risulti fruttuosa. Innanzi tutto chiarisce che il *dā'ī* deve avere un'adeguata conoscenza di ciò a cui invita, cioè dell'islam; il musulmano che manca di quest'ultima non è titolato a esercitare la *da'wa*; il *dā'ī* deve mantenere un comportamento che risulti coerente con quello che predica; deve essere estremamente paziente nello svolgimento della sua attività e trattare con gentilezza i miscredenti cui egli si rivolge; infine, nell'avvicinare il non musulmano all'islam deve cominciare dalle questioni essenziali, *in primis* quelle che riguardano il credo[50].

L'esercizio della *da'wa* ha il fine ultimo di indurre il non musulmano ad abbracciare volontariamente l'islam. L'avvenuta conversione, in Europa, viene attestata, in certi casi, da un certificato scritto che viene rilasciato dalle moschee o dai centri islamici. Alcuni credenti, aderendo all'idea predominante secondo cui per attestare un'avvenuta conversione sia sufficiente la testimonianza resa in tal senso da due musulmani che a quell'atto hanno presenziato, hanno chiesto alla Commissione di pronunciarsi sulla necessità di emettere un tale certificato. Essa, dopo aver chiarito che un credente non ha bisogno di alcun documento per provare la sua fede dinanzi ad Allah, ha affermato che l'emissione di un attestato che dimostri la conversione all'islam costituisce senza dubbio un utile strumento d'identificazione della religione di appartenenza del credente, soprattutto per quei casi nei quali può essere difficile dimostrare di essere musulmano. A tal proposito viene citato l'ipotesi del credente che si reca in un Paese dove nessuno lo conosce e vi deceda; in questo caso, infatti, la mancata conoscenza della fede professata dal defunto costituirebbe un ostacolo all'applicazione delle regole islamiche che riguardano le pratiche funerarie[51].

---

[47] Cfr. *Fatwā* nn. 9533, 4996 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 12, pp. 34-35, pp. 249-250).

[48] Cfr. *Fatwā* n. 21768 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, Dār al-'Āṣima li'l-Našr wa'l-Tawzī', Riyāḍ, s.d., vol. 11, p. 29).

[49] Cfr. *Fatwā* n. 19146, in http://www.alifta.com/Search/FatwaNumSrchDisplay.aspx?languagename=ar&lang=ar.

[50] Cfr. *Fatwā* n. 16024 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 12, pp. 245-257).

[51] Cfr. *Fatwā* n. 7212 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, s.e., s.l., s.d., vol. 3, p. 389).

2.2 *L'emigrazione per ragioni di lavoro*

Alla Commissione è stato chiesto esplicitamente se per il musulmano, che si trovi alla ricerca di un lavoro, sia possibile recarsi (*al-safar*) nei Paesi non islamici, occidentali od orientali che siano, in alternativa a quelli islamici (soprattutto quelli che attuano politiche migratorie restrittive o risultino particolarmente insicuri). Essa ha risposto positivamente, purché il credente possa praticare apertamente la religione (*yastaṭī' iẓhār dīnihi*) e non tema tentazioni; soddisfatte tali condizioni, sarà lo stesso musulmano a dover valutare l'opportunità di dirigervisi o meno[52]. Questa posizione è stata ribadita anche in un'altra *fatwā*, la n. 9272, nella quale la Commissione ha chiaramente sostenuto che al musulmano è permesso (*ǧā'iz*) lavorare (*'amal*) nei Paesi miscredenti (*al-duwal al-kāfira*)[53]. Analogamente, nel responso n. 5488, la Laǧna ha dichiarato che nulla vieta (*lā māni'*) al musulmano di lavorare in un Paese non islamico (*dawla ġayr muslima*), purché svolga un impiego che non implichi la disobbedienza ad Allah (*laysa ma'ṣiyat Allāh*) o un'induzione a quest'ultima[54]. Nella giurisprudenza della Laǧna relativa alla fattispecie di cui si discute non manca, però, una certa ambiguità; sono diversi, infatti, i responsi nei quali essa si è dichiarata sfavorevole all'emigrazione verso la *dār al-kufr* motivata da ragioni economiche[55]. Nella *fatwā* n. 19685, per esempio, la Commissione ha dichiarato che il musulmano alla ricerca di un lavoro e dei mezzi di sussistenza deve dirigersi verso i Paesi dei musulmani (*bilād al-muslimīn*), anziché verso quelli miscredenti, in ragione dei pericoli che dalla residenza in questi ultimi ne discenderebbero per la sua fede, la sua morale e l'attaccamento alla sua religione[56]. Analogamente, essa, rispondendo a un credente che le chiedeva se, per ovviare alle precarie condizioni economiche nelle quali versava, poteva andare a lavorare in un Paese straniero, ha affermato che l'emigrazione finalizzata alla ricerca di un'occupazione è da ritenersi ammissibile purché essa abbia come destinazione i Paesi islamici (*al-bilād al-islāmiyya*)[57]. Infine, nel responso n. 3859, la Laǧna ha statuito che

---

[52] Cfr. *Fatwā* n. 6287, in http://www.alifta.com/Search/FatwaNumSrchDisplay.aspx?languagename=ar&lang=ar.

[53] Cfr. *Fatwā* n. 9272 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 2, p. 75).

[54] Cfr. *Fatwā* n. 5488 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 14, p. 479).

[55] Come di seguito si vedrà, questa posizione si scontra con quella, assunta dalla stessa Commissione, secondo cui il musulmano può prestare la propria opera per un datore di lavoro non musulmano. Cfr. *infra*.

[56] Cfr. *Fatwā* n. 19685 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 12, p. 58).

[57] Cfr. *Fatwā* n. 16221 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 15, pp. 76-77).

al musulmano, che si trovi nella condizione di potersi trasferire in un territorio islamico, non è permesso di rimanere nella *dār al-kufr* per ragioni di lavoro, a prescindere dalla circostanza che quel credente sia alle dipendenze di un fratello di fede o di un miscredente[58].

Dunque, anche se con qualche zona d'ombra, la Lağna ammette che il seguace di Allah si rechi, per ragioni di lavoro, nella *dār al-kufr*, dove, essendo la maggioranza della popolazione composta da miscredenti, egli è verosimilmente destinato a lavorare per i non musulmani, fattispecie quest'ultima ritenuta ammissibile. Da questo punto di vista, infatti, la Commissione ha affermato che nulla osta a che un credente venga assunto alle dipendenze di un non musulmano, a patto però che il lavoro chiamato a svolgere sia permesso (*mubāḥ*)[59], vale a dire compatibile con le prescrizioni islamiche[60], e che gli venga garantito il diritto di praticare l'islam. Da questo punto di vista, per esempio, rileva la *fatwā* n. 1832, nella quale la Lağna, rispondendo a un lavoratore musulmano che la interrogava in merito alla liceità o meno (*ḥalāl am ḥarām*) della paga (*kasb*) ottenuta in Germania come corrispettivo per il lavoro svolto, ha dichiarato che per regola (*aṣl*) è consentito (*ḥill*) assumere un lavoratore e retribuirlo per l'incarico portato a termine. Invero, nel ragionamento della Commissione ciò che rende lecito il compenso ottenuto dal lavoratore per l'opera prestata dipende dalla natura di quest'ultima e non dalla religione del datore di lavoro[61]; il seguace di Allah, pertanto, può accettare solo la retribuzione ricevuta per aver svolto un'attività lecita[62], indipendentemente dall'averla espletata per un musulmano o un non musulmano[63], e a prescindere dal fatto che il datore di lavoro operi nel settore pubblico (*al-a'māl al-ḥukūmiyya*) o in quello privato[64]. Il grado di consapevolezza del musulmano

---

[58] Cfr. *Fatwā* n. 3859 (*Fatāwā al-lağna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 14, pp. 475-476).

[59] Cfr. *Fatwā* n. 15921 (ivi, pp. 485-486).

[60] Cfr. *Fatwā* n. 5512 (*Fatāwā al-lağna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 19, p. 348).

[61] Il musulmano non può appropriarsi, invece, dei soldi che ritrova in un Paese islamico; egli, infatti, dovrà provvederne alla denuncia. Se, però, tale ritrovamento è avvenuto in un Paese non islamico in conflitto con i musulmani, allora egli si potrà appropriare del denaro trovato. Cfr. *Fatwā* n. 5512, in http://www.alifta.com/Search/FatwaNumSrchDisplay.aspx?languagename=ar&lang=ar.

[62] Per analogia, il musulmano può riscuotere la pensione eventualmente maturata per lo svolgimento di un'attività solo se quest'ultima è lecita. La Commissione si è espressa in questo senso in relazione, per esempio, alla pensione che un marocchino riceveva dal governo francese per aver lavorato alcuni anni in Francia. Cfr. *Fatwā* n. 21534, in http://www.alifta.com/Search/FatwaNumSrchDisplay.aspx?languagename=ar&lang=ar.

[63] Cfr. *Fatwā* nn. 1832 e 18871 (*Fatāwā al-lağna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 14, pp. 477-478, 437-438).

[64] Cfr. *Fatwā* n. 5488 (ivi, p. 479).

circa la natura illecita dell'attività svolta incide sulla sorte della retribuzione ottenuta per l'espletamento di quest'ultima: in caso di inconsapevolezza essa può essere trattenuta[65], diversamente il musulmano dovrà liberarsene, possibilmente donandola in beneficenza (la stessa sorte deve essere riservata a ciò che eventualmente è stato comprato con quei soldi)[66]. Di rilievo è anche il responso n. 4047, avente a che fare con il dovere del datore di lavoro di riconoscere al lavoratore musulmano il diritto di rispettare gli obblighi che discendono dalla sua religione. Nel caso di specie, la Lağna ha dichiarato che al credente non è permesso lavorare per un datore di lavoro non musulmano che gli impedisca di compiere le preghiere quotidiane – o che gli impedisca di compierle negli specifici momenti della giornata in corrispondenza dei quali ne è prescritta l'esecuzione – e/o la preghiera congregazionale del venerdì, trattandosi di prescrizioni al rispetto delle quali non è possibile sottrarsi se non nei casi giuridicamente ammessi (malattia, viaggio, ecc.), fra i quali non rientra la permanenza nella *dār al-kufr*; per questa ragione il credente deve lasciare il suo impiego, sapendo che Allah lo compenserà facendogliene trovare uno migliore[67]. Allo stesso modo, la Commissione ha proibito alla credente di lavorare in occidente (*diyār al-ġarb*), quando tale circostanza le richieda, per esempio, di non rispettare il dovere di indossare il velo (*ḥiğāb*)[68] o di compiere le preghiere negli orari prescritti[69]; le ha altresì interdetto (*ġayr ğā'iz*), qualora lavori nei Paesi non islamici (*al-duwal ġayr al-islāmiyya*), di impiegarsi presso quelle fabbriche o quegli uffici in cui vi sia promiscuità (*iḫtilāṭ*), senza cioè che vi sia una divisone degli spazi in base al sesso dei lavoratori[70]. La Commissione ha confermato questo parere anche in un'altra

---

[65] Così è stato statuito dalla Commissione con riferimento, per esempio, a un credente che si era dimesso dal suo impiego, presso una banca saudita-olandese, subito dopo averne appreso la natura illecita. Cfr. *Fatwā* n. 4331 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 15, pp. 50-51).

[66] La Lağna si è espressa in questo senso relativamente, per esempio, al caso di una donna somala che, in Svezia, aveva prestato servizio come cameriera presso una famiglia cristiana, alla cui tavola serviva del vino. Cfr. *Fatwā* n. 18909 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 14, pp. 484-485). Lo stesso parere è stato pronunciato anche con riferimento al caso di un musulmano che era emigrato in Francia dove gestiva un bar nel quale venivano venduti alcolici. Cfr. *Fatwā* n. 4047 (ivi, pp. 65-68),

[67] Cfr. *Fatāwā* nn. 4047 e 9850 (ivi, p. 478, pp. 467-468) e n. 18100, in http://www.alifta.com/Search/FatwaNumSrchDisplay.aspx?languagename=ar&lang=ar.

[68] Sono molti i responsi nei quali la Commissione ha statuito l'obbligo per le donne di indossare il velo. Per tutti si veda la *fatwā* n. 5168 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, Dār al-Mu'ayyid li'l-Našr wa'l-Tawzī', Riyāḍ, 2003, vol. 17, pp. 248-255). È interessante sottolineare che, a parere della Lağna, un marito può chiedere lo scioglimento del vincolo nuziale se la moglie, anche cristiana, si rifiuta di indossare il velo, cfr. *Fatwā* 5089 (ivi, pp. 108-109).

[69] Cfr. *Fatwā* n. 5512 (ivi, p. 235).

[70] Cfr. *Fatwā* n. 2768 (ivi, p. 232).

fatwā, la n. 19504, emessa in risposta a un quesito col quale era stata chiamata a esprimersi in merito alla condizione di una musulmana americana (*muslima amrīkiyya*) che, per mantenersi, era obbligata (*taḍṭarr*) a lavorare in un luogo dove donne e uomini operavano nello stesso ambiente, e dove era costretta a togliersi il velo. A questa credente la Lağna, dopo aver ricordato che alle donne musulmane non è permesso lavorare in un contesto promiscuo e che esse hanno l'obbligo di indossare il *ḥiğāb*, ha suggerito di cercare un impiego permesso (*mubāḥ*), nell'esercizio del quale non vi sia nulla di proibito (*ḥarām*)[71].

Molti sono i responsi nei quali la Commissione ha espresso il proprio parere in merito alle diverse tipologie di lavoro che sono da considerarsi vietate, e che di conseguenza non possono essere svolte dal credente. Essa, per esempio, ha dichiarato illecite tutte quelle attività che riguardano la produzione, la vendita e la distribuzione delle bevande alcoliche e della carne di maiale[72]. Per questo motivo essa ha ingiunto a due credenti, uno che lavorava in qualità di cuoco in un ristorante degli Stati Uniti e l'altro che lavorava in una fabbrica in Francia, di lasciare il loro lavoro perché, in entrambi i casi, esso aveva a che fare con la carne di maiale[73]. Allo stesso modo sono interdetti tutti i lavori che sono direttamente o indirettamente riconducibili alle banche che operano in base al sistema di interessi[74]. Nella *fatwā* n. 19479 la Commissione ha statuito che un seguace di Allah, maschio o femmina che sia, non può lavorare nelle fabbriche dei miscredenti che producono munizioni, divenire un membro del loro esercito, e, in generale, svolgere qualunque tipo di attività che ne potenzi la forza. Compiere delle simili attività, infatti, equivale a prestare fedeltà ai *kuffār*, a supportarli, divenendo, inconsapevolmente, uno di loro[75]. Al musulmano è altresì proibito (*lā tağūz*) di lavorare negli alberghi *gay friendly*, diversamente egli si renderebbe complice di un atto che costituisce un peccato (*iṯm*) e una trasgressione (*'udwān*, nel senso di eccedere). Questo è quello che la Commissione, con la *fatwā* n. 11728, ha risposto a un musulmano che, trovandosi temporaneamente in Olanda, aveva trovato lavoro in un hotel, dove si occupava della pulizia delle camere. Dopo aver scoperto la politica *gay*

---

[71] Cfr. *Fatwā* n. 19504 (ivi, p. 231).

[72] Sulle prescrizioni alimentari islamiche si veda ERSILIA FRANCESCA, *Introduzione alle regole alimentari islamiche*, Istituto per l'Oriente "C.A. Nallino", Roma, 1995.

[73] Cfr. *Fatwā* n. 4047 (*Fatāwā al-lağna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, Dār al-Mu'ayyid li'l-Našr wa'l-Tawzī', Riyāḍ, 2003, vol. 22, pp. 287-288), n. 17687 (*Fatāwā al-lağna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 14, pp. 436-437), n. 6364 (ivi, p. 421)

[74] Cfr. *Fatwā* n. 3546 (*Fatāwā al-lağna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 15, pp. 47-48); *fatwā* n. 5317 (ivi, pp. 55-56).

[75] Cfr. *Fatwā* n. 19479, in http://www.alifta.com/Search/FatwaNumSrchDisplay.aspx?languagename=ar&lang=ar.

friendly dell'albergo, il credente si è rivolto alla Laǧna per sapere se, data la difficoltà di trovare un'occupazione, poteva continuare a lavorarci; la risposta è stata negativa[76].

Il tema del rapporto fra emigrazione per lavoro e legami familiari è stato oggetto di diversi responsi della Commissione. Di seguito ne vengono analizzati alcuni.

Quando, per motivi di lavoro, il credente si reca all'estero restando a lungo lontano dalla moglie, necessita del consenso di quest'ultima, in caso contrario sarà considerato un peccatore (*āṯim*) per averne trascurato i diritti coniugali; non sarà considerato *āṯim*, invece, il musulmano che sia partito con il benestare della coniuge o per il conseguimento di un obiettivo che si riveli benefico per lui e per la sua famiglia o per la *umma*[77]. In alcuni casi, poi, il musulmano che, trascorrendo lunghi periodi all'estero per ragioni di lavoro, intenda farsi raggiungere dalla consorte, dovrà a tal fine ottenere il consenso dei suoceri. In alcuni Paesi islamici, infatti, esiste l'uso (*'āda*) di sottoscrivere, al momento del matrimonio, un atto (*dakk*) col quale ci si impegna a vivere non lontano dalla famiglia della sposa. Interrogata sul punto, la Commissione ha risposto che il musulmano non può obbligare i genitori della moglie a lasciarla partire, può soltanto cercare di convincerli, spiegando loro che trovandosi per lunghi periodi lontano da casa necessita della presenza della coniuge, e che per quest'ultima il trasferimento non comporterà alcun danno, sia in termini morali sia in termini materiali[78].

La Laǧna è stata chiamata «a pronunciarsi» anche in merito a un caso nel quale il padre aveva rifiutato al figlio il permesso di lasciare il Paese (islamico) per dirigersi verso il Vecchio Continente, allo scopo di trovare un lavoro che gli consentisse di guadagnarsi da vivere. La Commissione ravvisa nell'indigenza, in cui versano il giovane e la sua famiglia, quello stato di necessità che rende lecita l'emigrazione (*lā ḥarraǧa 'alā al-walad fī ḏalika li-ḍarūra*), anche contro il volere dei genitori. Il figlio emigrato, però, proporzionalmente alle sue possibilità, dovrà aiutare i genitori, fornendo loro del denaro (*māl*) oppure mettendo a loro disposizione un domestico (*ḫādim*)[79].

Alcuni musulmani che vivono in Europa per lavoro si trovano a trascorrere

---

[76] Cfr. *Fatwā* n. 11728 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 14, pp. 430-431).

[77] Cfr. *Fatwā* n. 606 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 19, p. 338); *fatwā* n. 2301 (ivi, p. 344); *fatwā* n. 5512 (ivi, p. 348).

[78] Cfr. *Fatwā* n. 6159 (ivi, p. 346).

[79] Cfr. *Fatwā* n. 6582, in http://www.alifta.com/Search/FatwaNumSrchDisplay.aspx?languagename=ar&lang=ar.

lunghissimi periodi lontano dalle mogli, trovandosi quindi nella condizione di non poter soddisfare le proprie esigenze sessuali. Per questo motivo essi si sono rivolti alla Laǧna, chiedendole se la condizione nella quale versano possa giustificare l'eventuale ricorso a rapporti extra-matrimoniali, normalmente considerati illeciti. La Commissione ha risposto che è assolutamente proibito intrattenere tali tipi di relazioni, anche quando un uomo si trova per anni lontano dalla moglie. Per ovviare a tale situazione egli dovrà raggiungere/farsi raggiungere la/dalla moglie o, se questo non sia possibile, sposarne una seconda (musulmana o ebrea o cristiana) in loco. Nel caso in cui questa soluzione non sia realizzabile, al musulmano non resta che praticare la castità. A tal fine, un utile strumento può essere il ricorso al digiuno, che, tra gli effetti collaterali ha, notoriamente, quello di ridurre il desiderio sessuale[80].

Il soddisfacimento sessuale del musulmano emigrato per lavoro è stato trattato anche in un altro responso, il n. 9387. La Commissione è stata chiamata a esprimersi in relazione al caso di uomo che, dopo aver viaggiato per un lungo periodo di tempo per motivi professionali, ritorna a casa per una vacanza di due giorni e vorrebbe avere un rapporto sessuale con la moglie, che in quel periodo però ha le mestruazioni o ha partorito da poco. Essa ha risposto che la situazione in cui si trova il musulmano in questione non lo sottrae dall'obbligo di rispettare le regole previste per il caso di specie, ovvero egli può intrattenere con la moglie un rapporto sessuale, a patto però che non vi sia penetrazione vaginale. Infatti, in base al versetto 222 della *sūra* II[81], non è ammessa penetrazione se non alla definitiva cessazione del fluire del sangue, in seguito alla quale la donna dovrà eseguire la necessaria abluzione che la riporta allo stato di purità[82].

2.3 *L'emigrazione per ragioni di studio*

La Commissione si è pronunciata anche in merito alla possibilità per il credente di recarsi nei Paesi della miscredenza (*diyār al-kufr*) per ragioni di studio, stabilendo che si tratta di una fattispecie da ammettere solo quando risponda a un effettivo bisogno (*lā taḥull illa li'l-ḥāǧa*), e a patto che il grado

---

[80] Cfr. *Fatwā* n. 4765 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 22, pp. 22-23).

[81] "*Ti chiederanno delle mestruazioni. Rispondi: «È una sozzura. Astenetevi dalle donne durante le mestruazioni e non accostatevi a loro finché siano purificate, e quando sono purificate vi accosterete a loro nel modo che Dio vi ha ordinato, Dio ama chi si pente, ama chi è puro»*".

[82] Cfr. *Fatwā* n. 9387 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 19, pp. 287-288).

di devozione dello studente sia tale da consentirgli di far fronte a tutti i pericoli che, sul piano della religione e della morale, discendono dal risiedere in un territorio non islamico[83]. In merito alla tipologia di studi per intraprendere i quali è possibile recarsi nei Paesi non islamici, la Laǧna, nella *fatwā* n. 2358[84], rispondendo alla domanda "*È permesso recarsi in America per ragioni di studio?*"[85], ha operato una distinzione fra lo studio delle discipline arabo-islamiche[86] (*al-'ulūm al-dīniyya wa'l-arabiyya*) da un lato, e quelle non islamiche (*al-'ulūm al-dunyawiyya*) dall'altro, statuendo che per l'assimilazione del primo non è possibile recarsi nei Paesi della miscredenza (*al-duwal al-kāfira*) in quanto si tratta di un sapere che può essere acquisito solo attraverso persone qualificate e fidate ("*ahl al-ṯiqāt al-ma'amūnūn*") di cui c'è abbondanza nei Paesi islamici ("*wa ḏalika mutawaffir […] fī'l-duwal al-islāmiyya*"). Relativamente allo studio delle discipline non islamiche (medicina, ingegneria, ecc.), invece, la Laǧna riconosce al credente la liceità di recarsi verso la *dār al-kufr*, inclusa l'America, purché risultino soddisfatte tre condizioni. La prima di queste è che deve trattarsi di un sapere che gli studenti musulmani non possono acquisire nei Paesi islamici, a causa dell'assenza di docenti di fede islamica che siano in grado di impartire loro e dell'impossibilità di far arrivare specialisti dall'estero che possano assolvere tale compito. La necessità di soddisfare questa prima condizione, ovvero che l'offerta formativa del Paese di residenza non contempli quei corsi che il musulmano è interessato a seguire e per i quali intende emigrare verso uno Stato non islamico, è stata ribadita dalla Commissione anche in un'altra *fatwā*, la n. 20968, con la quale essa ha risposto al quesito di un giovane saudita che aveva ottenuto una borsa di studio da un'università americana per seguire un percorso formativo disponibile anche nei Paesi islamici. A questo studente la Laǧna ha negato la possibilità di rimanere negli USA non ravvisando quella necessità, ovvero un tipo di studi non disponibile nei Paesi islamici, che giustificasse l'emigrazione[87]. La

---

[83] Cfr. *Fatwā* n. 17813 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, Dār al-Mu'ayyid li'l-Našr wa'l-Tawzī', Riyāḍ, 2003, vol. 16, p. 220).

[84] Cfr. *Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 12, pp. 137-138.

[85] In arabo "*Hal yaǧūz al-safar ilā bilād amrīkā li'l-dirasāt?*".

[86] L'apprendimento delle lingue diverse dall'arabo, in particolare di quelle parlate dai cristiani occidentali (inglese, tedesco, ecc.) è lecito (*ǧā'iz*) solo quando risulti funzionale al soddisfacimento di un bisogno religioso (*ḥāǧa dīniyya*), ovvero invitare i non musulmani all'islam (*da'wa*), o di un bisogno materiale (*ḥāǧa dunyawiyya*), per esempio per ragioni lavorative; diversamente esso è considerato riprovevole (*makrūh*). Responsi nn. 4967 e 8864 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 12, pp. 133-134).

[87] Cfr. *Fatwā* n. 20968, in http://www.alifta.com/Search/FatwaNumSrchDisplay.aspx?languagename=ar&lang=ar.

seconda condizione al soddisfacimento della quale è subordinata la possibilità per il credente di recarsi all'estero per ragioni di studio è legata all'utilità del sapere che intende conseguire, nella misura in cui esso deve risultare funzionale alle esigenze del Paese cui egli appartiene; infatti, la formazione di personale specializzato composto da musulmani libererà lo Stato di cui essi sono cittadini dalla necessità di ricorrere al supporto di specialisti miscredenti chiamati dall'estero[88]. La terza condizione, infine, subordina la partenza del credente al possesso di un forte attaccamento alla sua religione e alla cultura islamica, nonché alla convinzione di non temere, durante il periodo della sua permanenza nel Paese non islamico nel quale andrà a studiare, di cedere ad alcuna tentazione. Analogamente, in un altro responso, la Commissione ha affermato che il credente, che per ragioni di studio si trovi costretto a recarsi nei Paesi non islamici ("*inna iḍṭarr li-ẓurūf aḥāṭat bi-hi […] ilā […] ṭalab al-'ilm fī bilād ġayr islāmiyya raḫḫaṣa la-hu*"), ha l'obbligo di adempiere gli atti di culto ("*wağib 'alayhi an yuḥāfaẓ 'alā ša'ā'ir dīnhi*") e di rispettare la morale islamica, nonché di assolvere tutti i doveri di cui Allah gli ha fatto carico[89]. A ben vedere, la libertà di praticare liberamente gli atti di culto costituisce la condizione al rispetto della quale è subordinata la residenza del musulmano nella *dār al-kufr*, qualunque siano le ragioni che abbiano indotto il credente a vivere in quel territorio. Questo principio è stato costantemente ribadito dalla Commissione; lo ha fatto, per esempio, in un responso, la *fatwā* n. 2922, con la quale ha risposto a un musulmano, residente in Gran Bretagna, che le aveva chiesto se fosse peccato vivere in un Paese nel quale non è possibile effettuare il richiamo alla preghiera[90] con un volume alto[91]. La Laǧna ha risposto che il musulmano non può risiedere in un Paese nel quale non può praticare apertamente gli atti di culto previsti dalla sua religione; egli dovrà, pertanto, abbandonare lo Stato in cui vive per dirigersi verso un Paese nel quale gli venga garantita la libertà di religione. L'obbligo di emigrare ricade però solo sui credenti che abbiano i mezzi necessari per potervi provvedere; il mancato

---

[88] In nome di tale funzionalità, la Commissione ammette che lo studente possa rimanere all'estero per ragioni di studio anche quando il percorso formativo che lì ha intrapreso lo obbliga a studiare alcune teorie (per esempio quella di Darwin) che mal si conciliano con i principi islamici. Cfr. *Fatwā* n. 8152 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 12, pp. 139-140).

[89] Cfr. *Fatwā* n. 2301 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 19, p. 344).

[90] Al musulmano deve essere consentito il richiamo alla preghiera (*al-aḏān*) e quello che ne indica l'inizio dell'esecuzione (*al-iqāma*) ovunque egli si trovi, nei Paesi islamici come nella *dār al-kufr*. Cfr. *Fatwā* n. 12260 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, Dār al-'Āṣima, li'l-Našr wa'l-Tawzī', s.l., s.d., vol. 6, pp. 55-56)

[91] Anche in Italia si è verificato un caso nel quale la magistratura è intervenuta per imporre a una moschea di abbassare il volume con cui veniva effettuato il richiamo alla preghiera, http://www.ilmattinodiparma.it/?p=85455.

assolvimento di tale dovere conferisce loro lo status di peccatori[92]. Il dovere per il credente di rispettare gli atti di culto ovunque si trovi è stato pronunciato dalla Commissione anche nel responso n. 2635, nel quale ha stabilito che il musulmano è tenuto all'esecuzione della preghiera congregazionale del venerdì (*ṣalāt al-ǧum'a*) anche quando risieda nella *dār al-kufr*[93].

In molti casi gli studenti musulmani che si recano nei Paesi non islamici per ragioni di studio non hanno i mezzi necessari per sostenerne le spese (tasse scolastiche/universitarie, acquisto di libri, vitto, alloggio, ecc.), essi si trovano pertanto a dover cercare un finanziamento utile a farvi fronte. Tale finanziamento dovrà essere però *šarī'a compliant*, conforme cioè alle regole islamiche[94], di conseguenza essi non potranno accettare, per esempio, eventuali donazioni o borse di studio provenienti da banche che operano ricorrendo agli interessi[95].

La violazione delle regole del diritto islamico costituisce, poi, la ragione per cui non è ammessa la possibilità per i musulmani che studino in America di sottoscrivere l'assicurazione medica indispensabile a coprire i costi legati alla cura delle eventuali patologie nelle quali essi possono incorrere. La Commissione, infatti, ritiene che tale assicurazione, costituendo un tipo di *commercial insurance* (*al-ta'mīn al-tiǧārī*), risulta connotata da un'eccessiva alea ("*al-ġarar al-fāḥiš wa'l-muqāmara*"), che di fatto la rende *ḥarām* (proibita)[96].

Come molti altri studenti, anche quelli musulmani talvolta si trovano costretti, per ragioni economiche, a non poter vivere da soli, ritrovandosi pertan-

---

92 Cfr. *Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 12, pp. 54-55.

93 Cfr. *Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, Dār al-'Āṣima, li'l-Našr wa'l-Tawzī', Riyāḍ, 1996, vol. 8, p. 186.

94 Da questo punto di vista è interessante notare come la necessità per gli studenti musulmani di finanziare i propri studi ricorrendo a un prestito conforme alle regole islamiche (*šarī'a compliant*) abbia indotto il governo inglese ad avvalersi della consulenza di esperti di finanza islamica per individuare un'alternativa al tradizionale sistema di concessione dei prestiti, un'opzione che "*meet the needs of students who believed that a traditional student loan was incompatible with their beliefs*". A tal proposito, esso ha voluto "*to hear from Muslims about the acceptability of the finance product, since it is important that any Sharia-compliant finance product is transparent, understandable and acceptable to the majority of students who might wish to apply for a finance of this type*". Cfr. Department for Business Innovation & Skills, *Shariah-Compliant Student Finance. Consultation on a Sharia-compliant alternative finance product*, April, 2014, p. 5, disponibile all'URL https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/303423/bis-13-1311-consultation-on-a-sharia-compliant-alternative-finance-product.pdf.

95 Cfr. *Fatwā* n. 16184 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 12, pp. 151-152).

96 Cfr. *Fatwā* n. 7723 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 15, pp. 296-297); *fatwa* 16048 (ivi, pp. 307-310). Sulla possibilità per i musulmani in occidente di stipulare un contratto di assicurazione, si veda: Jamaal al-Din Zarabozo, *The Question of Insurance Outside of the "Lands of Islam"*, http://www.jamaalzarabozo.com/audio/insurance.pdf.

to a condividere l'alloggio con altri colleghi, spesso appartenenti a confessioni religiose diverse dalla loro o atei. Questa convivenza forzata è stata oggetto di un chiarimento che alcuni studenti hanno richiesto alla Lağna, la quale ha statuito che essi, in generale, non devono risiedere con i non musulmani ("*lā yaḥull la-ka an yuqīm ma'a ġayr al-muslimīn*"). Tuttavia, nel caso in cui questo non sia possibile ne è ammessa la convivenza, purché i credenti si impegnino a invitare i loro colleghi non musulmani all'islam, sia verbalmente sia praticamente, e per questa ragione li esorta a mantenere un comportamento incentrato sulla gentilezza (non ricambiare le eventuali offese che vengono mosse all'islam) e sulla socievolezza (per esempio accettando e ricambiando eventuali inviti a condividere un pasto insieme)[97]. Proprio con riferimento alla possibilità di offrire del cibo ai non musulmani, la Commissione ha chiarito un principio di diritto islamico di notevole importanza: la qualifica di un'azione dipende da quella dell'obiettivo che con essa si intende realizzare, e viceversa; detto più chiaramente, se il conseguimento di un determinato scopo è considerato obbligatorio, sarà tale anche l'azione posta in essere per realizzare quel risultato ("*iḏā kānat al-ġāya wāğiba waǧibat al-wasīla, iḏā kānat al-ġāya muḥarrama ḥarramat al-wasīla*"). Nel caso di cui sopra, offrire del cibo ai non musulmani è considerato lecito perché è tale il fine (la *da'wa*) che si intende perseguire con quel comportamento; ovviamente le pietanze offerte devono essere *ḥalāl* e, durante il mese di *ramaḍān*, possono essere servite solo negli orari in cui è permesso mangiare[98]. Il vitto, poi, è l'oggetto di un altro quesito che alcuni musulmani che studiano in America hanno posto alla Commissione, interpellandola in merito alla liceità di mangiare la carne (*laḥm*, pl. *luḥum*) che lì viene prodotta. Basandosi sul versetto 5 della V *sūra* del Corano[99], la Lağna ha affermato che, secondo la regola generale, è possibile per il musulmano mangiare la carne degli animali macellati dai cristiani e dagli ebrei (Genti del Libro), a patto però che si tratti di animali di cui, secondo la *šarī'a*, sia lecito cibarsi (cammelli, mucche, pecore, galline ecc.); viceversa, la carne ricavata da un animale macellato dagli altri miscredenti (*kuffār*), per esempio i pagani (*waṯaniyyūn*), gli atei (*man lā dīn lahum*), i comunisti (*šuyū'iyyūn*), non può essere mangiata. Malgrado la regola generale richiamata, la Commissione sconsiglia al credente di mangiare la carne venduta in America, soprattutto in quei casi nei quali egli nutra dei dubbi che riguardino, fra le altre cose, l'effettivo rispetto delle regole islamiche concer-

---

97 Cfr. *Fatāwā* nn. 14091 e 2165, in http://www.alifta.com/Search/FatwaNumSrchDisplay.aspx?languagename=ar&lang=ar.

98 Cfr. *Fatwā* n. 1850 (*Fatāwā al-lağna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 14, p. 474).

99 "*[…] vi è lecito il cibo di coloro cui fu dato il Libro, così come il vostro cibo è lecito a loro*".

nenti la macellazione[100]. In un altro responso, però, la Laǧna ha sfumato la sua posizione. Essa, infatti, ha affermato che è vietato mangiare la carne e il formaggio ai quali siano stati aggiunti del grasso e/o del sangue di maiale, purché il musulmano sia a conoscenza di tale aggiunta; in caso di dubbio invece quegli alimenti possono essere mangiati[101]. La regola è, infatti, che il cibo è da considerarsi lecito fino a quando non esista una prova concreta dalla quale sia possibile desumerne l'illiceità[102].

La Laǧna, poi, si è espressa anche in merito al caso in cui la necessità degli studenti musulmani di vivere con i miscredenti non sia riconducibile a ragioni di carattere economico, quanto al desiderio dei primi di perfezionare l'apprendimento della lingua dei secondi. La Commissione, infatti, è stata chiamata a pronunciarsi sulla possibilità per il musulmano di vivere con le famiglie americane, considerato il vantaggio che da tale convivenza ne deriverebbe sul piano della pratica della lingua inglese. Essa ha risposto che è meglio per il musulmano vivere con altri seguaci di Allah, e tenersi quanto più lontano è possibile dai miscredenti, a qualunque cittadinanza questi ultimi appartengano, solo così egli potrà preservare la propria religione e la propria morale. In effetti, la vicinanza con i non musulmani viene considerata come una fonte di tentazione, che può indurre il credente ad abbandonare la retta via. Per questo motivo, per esempio, la Commissione ha stabilito che non è possibile per il musulmano vivere in una famiglia di miscredenti soprattutto quando fra i membri di quest'ultima vi siano delle donne, in quanto esse, in ragione del loro scarso senso del pudore, costituiscono un serio attentato alla moralità del musulmano. In conclusione, la pratica della lingua non costituisce per la Laǧna una necessità il cui soddisfacimento giustifichi e renda possibile la convivenza con i miscredenti[103].

Per gli studenti musulmani che si recano nei Paesi occidentali per ragioni di studio rileva anche un'altra *fatwā*, emessa dalla Commissione, la n. 21052, relativa alla toga (*rūb*) che in alcune università europee e americane viene indossata dai laureati in occasione del cosiddetto *graduation day*, ovvero du-

---

[100] Cfr. *Fatwā* n. 19658 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit. vol. 22, pp. 411-412); *fatwā* n. 18941 (ivi, pp. 417-418); *fatwā* n. 21341 (ivi, pp. 451-452). In un altro responso, il n. 3262, la Commissione ha affermato che è permesso mangiare il cibo offerto dai cristiani purché sia lecito e se ne "*conosca lo statuto*". (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 2, p. 75).

[101] Cfr. *Fatwā* n. 3448 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 22, pp. 117-118).

[102] Cfr. *Fatwā* n. 3262 (ivi, pp. 399-400).

[103] Cfr. *Fatwā* n. 2358 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, cit., vol. 12, pp. 139).

rante la cerimonia nel corso della quale viene loro consegnato il diploma. Secondo la Laǧna una simile pratica non è ammissibile (*lā taǧūz*) in quanto gli studenti, indossando la toga, un capo di abbigliamento che essa considera tipico dei cristiani (*min albisa al-naṣārā*), finirebbero col violare il precetto islamico che impone loro di non imitare i miscredenti (cristiani, ebrei, ecc.)[104].

Conclusioni

L'analisi dei responsi emessi dalla Commissione conferma i risultati già emersi in altra sede[105], ovvero che, secondo il salafismo pietista, al musulmano è preclusa la possibilità di risiedere in un Paese non islamico, discendendo da tale fattispecie una serie di pericoli che ne minacciano la fede, la religione e la morale. L'evenienza di vivere nei territori della miscredenza è, infatti, un'ipotesi prevista in chiave esclusivamente residuale, riconosciuta qualora sussista un caso di concreta ed effettiva necessità (curare una malattia, lavoro, studio, ecc.). La permanenza nella *dār al-kufr* finalizzata al soddisfacimento di tali bisogni è comunque sottoposta a una serie di condizioni, vale a dire, tra le altre cose: libertà di praticare liberamente le pratiche cultuali islamiche; limitare l'interazione con i miscredenti a quanto risulti funzionale all'esercizio della *da'wa*, senza mai arrivare a stringere rapporti amicali; criticare apertamente le pratiche dei miscredenti, senza però che questo implichi il ricorso alle offese.

Tutte queste circostanze contribuiscono a spiegare la propensione al separatismo che si riscontra nelle comunità musulmane in occidente che fanno riferimento alla dottrina dei salafiti pietisti.

---

[104] Cfr. *Fatāwā* nn. 21052, 1620, 2301, 2358, in http://www.alifta.com/Search/FatwaNumSrchDisplay.aspx?languagena-me=ar&lang=ar. Per alcuni esempi di atti che vengono compiuti dai miscredenti e che non devono essere imitati dai musulmani, si veda il responso n. 4566, in http://www.alifta.com/Search/FatwaNumSrchDisplay.aspx?languagename=ar&lang=ar. Per esempio, la Commissione, tenendo conto del freddo che caratterizza gli inverni inglesi, ha riconosciuto la necessità delle musulmane che risiedono in Gran Bretagna di accorciare talvolta i capelli, sì da lavarli e asciugarli meglio e in minor tempo. La stessa possibilità, invece, non deve essere accordata a quelle credenti che vogliano ridurre la lunghezza dei loro capelli al solo scopo di emulare le acconciature delle miscredenti locali. Cfr. *Fatwā* n. 2922 (*Fatāwā al-laǧna al-dā'ima li'l-buḥūṯ al-'ilmiyya wa'l-iftā'*, s.e., s.l., s.d., vol. 5, p. 182).

[105] Carlo De Angelo, *From* dār al-islām *to* dār al-kufr*: Muslim emigration to the West according to Salafi jurisprudence*, cit., *passim*.

Dialogo interculturale, mediazione giuridica e integrazione sociale

Maria d'Arienzo

1. *Premessa*

La mediazione tra culture diverse, come indicato efficacemente nel titolo del Convegno[1], costituisce un metodo per favorire il dialogo e l'interazione tra identità differenti finalizzato alla costruzione di una società inclusiva e coesa. Costruzione che può essere intesa in diverse prospettive e a più livelli di analisi e contesti, dal campo educativo a quello delle politiche di integrazione, fino all'ambito più specificamente giuridico. Sono proprio questi tre aspetti – pedagogico, politico e giuridico – a costituire le angolazioni prospettiche su cui appare incentrarsi il Convegno. Aspetti che non sono tra loro disgiunti, ma appunto interconnessi.

Di particolare importanza appare l'aspetto della formazione fondato sulla conoscenza dell'altro e sulla pedagogia dell'approccio interculturale alla diversità[2]. Non è un caso che lo stesso termine «intercultura» sia stato usato inizialmente proprio in ambito pedagogico per indicare uno specifico per-

---

[1] Il presente contributo rielabora, con l'aggiunta di note bibliografiche e qualche aggiornamento, la relazione tenuta al Convegno «*Mediazione culturale per costruire un'inclusione sociale*», organizzato dal SDS Lingue e letterature straniere dell'Università di Catania, sede di Ragusa, 20-21 gennaio 2015 i cui atti sono in corso di pubblicazione per i tipi della casa editrice Agorà di Catania.

[2] Sulla nuova frontiera pedagogica nella prospettiva dell'intercultura, cfr. Franco Cambi, *Storia della pedagogia*, Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 535-536; Id., *Intercultura: fondamenti pedagogici*, Carocci, Roma, 2001, p. 15: «l'intercultura è una *sfida radicale* alla mentalità corrente e comune, radicata nelle convinzioni della tradizione e diventata un *habitus* mentale dell'uomo occidentale»; Id., *Incontro e dialogo. Prospettive dell'educazione interculturale,* Carocci, Roma, 2006; Antonio Genovese, *Per una pedagogia interculturale. Dalla stereotipia del pregiudizio all'impegno dell'incontro*, Bononia University Press, Bologna, 2006; Franca Pinto Minerva, *L'intercultura*, Laterza, Roma-Bari, 2007[6]; Francesco Bossio, *Fondamenti di pedagogia interculturale. Itinerari educativi tra identità, alterità e riconoscimento*, Armando editore, Roma, 2013; Agostino Portera, Alessandra La Marca, Marco Catarci, *Pedagogia interculturale*, La Scuola, Brescia, 2015.

corso formativo degli insegnanti al fine di favorire l'inserimento nelle classi degli alunni immigrati[3].

La mediazione tra culture diverse può essere analizzata, peraltro, anche nell'ambito delle politiche immigratorie miranti a favorire la coesione sociale e la gestione preventiva dei possibili conflitti interculturali.

Infine, nel campo strettamente giuridico la mediazione culturale costituisce una sfida con cui il diritto è chiamato a confrontarsi in misura sempre più crescente.

Declinata in termini giuridici, difatti, l'inclusione sociale si realizza attraverso la sostanziale applicazione delle garanzie previste dagli ordinamenti democratici e pluralisti a tutela dei diritti di libertà individuali e delle identità specifiche, contro qualsiasi imposizione di modelli assiologici cui omologarsi. Dal punto di vista storico-giuridico, l'affermazione del diritto di libertà in materia religiosa costituisce il parametro di riferimento per l'analisi delle dinamiche tra eguaglianza nei diritti e tutela della diversità, o per meglio dire, per la verifica di una reale e concreta garanzia di pluralismo culturale.

Le problematiche emergenti dal confronto con culture, spesso di matrice religiosa, diverse dalla tradizione occidentale rappresentano, tuttavia, le

---

[3] Manuela Gallerani, *La pedagogia interculturale fra scelta, progetto e impegno*, nel vol. Dario Costantino (a cura di), *Contaminazioni. Studi sull'intercultura*, Franco Angeli, Milano, 2007, p. 99. Sul rapporto tra pedagogia interculturale, educazione interculturale e integrazione scolastica, *ex plurimis*, Hiang-Chu Ausilia Chang, Marta Checchin, *L'educazione interculturale. Prospettive pedagogico-didattiche degli Organismi internazionali e della Scuola italiana*, Las, Roma, 1996; Susan Shaw (ed.), *Intercultural Education in European Classroom*, Trentham, Stoke on Trent (UK), 2000; Agostino Portera, *Pedagogia interculturale in Italia e in Europa. Aspetti epistemologici e didattici,* Vita e Pensiero, Milano, 2003; Id., *Competenze interculturali. Teoria e pratica nei settori scolastico-educativo, giuridico, aziendale, sanitario e della mediazione culturale*, Franco Angeli, Milano, 2013; Massimiliano Tarozzi, *Cittadinanza interculturale. Esperienza educativa come agire politico*, La Nuova Italia, Firenze, 2005; Milena Santerini, Piergiorgio Reggio, *Formazione interculturale. Teoria e pratica*, Unicopli, Milano, 2007; Milena Santerini (a cura di), *La qualità della scuola interculturale. Nuovi modelli per l'integrazione*, Erickson, Trento, 2010; Ead., *Competenze interculturali e pluralismo sociale*, in *Studi Emigrazione*, 2012, pp. 263-277; Massimiliano Fiorucci, *Gli altri siamo noi. La formazione interculturale degli operatori dell'educazione*, Armando editore, Roma, 2011; Mariangela Giusti, *L'educazione interculturale nella scuola*, Rizzoli Etas editore, Milano, 2012; Rosita Deluigi (a cura di), *Formazione professionale e intercultura. Sfide pedagogiche tra pratica e riflessività*, Franco Angeli, Milano, 2013; Andrea Canevaro, *Scuola inclusiva e mondo più giusto*, Erickson, Trento, 2013; Paola Gelormini, *Noi e gli altri. Dalla teoria alla prassi politica ed educativa*, Armando editore, Roma, 2014; Elisabetta Nigris (a cura di), *Pedagogia e didattica interculturale*, Pearson Italia, Torino, 2015; Anja Baukloh, Alfredo Panerai, *Il dialogo e la mediazione dei conflitti nella scuola interculturale*, Edizioni Junior Spaggiari, Parma, 2015; Elisa Palomba, Angela Perucca (a cura di), *Laboratoriointercultura.it. Esperienze formative in ambiente virtuale*, Armando editore, Roma, 2015; Milena Santerini, Piergiorgio Reggio (a cura di), *Le competenze interculturali nel lavoro educativo*, Carocci, Roma, 2014; Massimiliano Fiorucci, Marco Catarci, *Il mondo a scuola. Per un'educazione interculturale*, Edizioni Conoscenza, Roma, 2015.

nuove sfide rispetto alle quali si parametra il rapporto tra libertà e laicità, o meglio il contemperamento tra la tutela delle diversità culturali e religiose e la salvaguardia dei valori comuni sui quali gli ordinamenti giuridici occidentali sono strutturati.

La mediazione interculturale dal punto di vista giuridico sollecita, pertanto, una riflessione più approfondita sulla necessità di superamento dell'autoreferenzialità del diritto nella prospettazione delle soluzioni giuridiche più consone a quel fenomeno di ibridazione sociale che deriva proprio dal fenomeno migratorio.

Un secondo spunto di riflessione nasce dal titolo della sessione: «L'emigrazione tra diritto ed etica religiosa».

Significativamente l'uso consapevole del termine «emigrazione» evoca la centralità dell'esperienza del migrante più che quella della società di accoglienza, sottesa, invece, nel termine immigrazione, e dunque propone implicitamente un approccio metodologico di analisi non etnocentrico della diversità[4].

Ma è soprattutto la connessione tra la «dimensione giuridica» e l'«etica religiosa» ad apparire particolarmente significativa proprio perché consente di porre in rilievo la cifra inconfondibile che contraddistingue il sapere giuridico – e di conseguenza la stessa formazione di un giurista – in una società sempre più multireligiosa e multiculturale. Sapere giuridico che non è un'arida conoscenza tecnico-pratica dell'apparato normativo che connota la realtà ordinamentale in cui si opera, ma uno strumento di mediazione o, se vogliamo, di risoluzione anche preventiva dei possibili conflitti che, prima di essere normativi, sono essenzialmente conflitti tra istanze identitarie, culturali e religiose, diversificate.

In altri termini, il percorso di riflessione proposto consente di analizzare più specificamente il rapporto tra diritto e cultura di matrice religiosa. Per molti versi, infatti, la nostra società è multiculturale proprio perché multireligiosa, in quanto è proprio la religione, intesa come elemento strutturale delle pratiche di vita e degli abiti mentali che connotano l'appartenenza di

---

[4] Sul pericolo di assimilazionismo ad un «modello di integrazione» proposto da una prospettiva etnocentrica della società di approdo, cfr. Abdelmalek Sayad, *La doppia assenza. Dalle illusioni dell'emigrato alle sofferenze dell'immigrato*, Raffaello Cortina, Milano, 2002 (I ed. Seuil, Paris, 1999); Alessandro Dal Lago, *Non persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Feltrinelli, Milano, 2004; Salvatore Palidda, *Mobilità umane: introduzione alla sociologia delle migrazioni*, Raffaello Cortina, Milano, 2008. Sull'esigenza di un approccio metodologico di analisi della migrazione che «integri la dimensione strutturale (fattori di spinta e fattori di attrazione) con quella individuale» (p. 23) e sulla problematica definizione dell'immigrato, cfr. Claudio Marra, *Le migrazioni contemporanee*, in *XXIV Rapporto Immigrazione 2014 Caritas e Migrantes. Migranti, attori di sviluppo*, Tau edizioni, Todi (PG), 2015, p. 20 ss.

ciascuno ad una comunità sociale, a costituire il fattore principale di identità culturale.

Ed è proprio al fine di promuovere un reale e pieno pluralismo fondato sul diritto alla differenza di ognuno rispetto alle istanze omologanti della cultura giuridica di accoglienza, che è sempre più avvertita anche nel campo della formazione dell'operatore del diritto la necessità di un approccio giuridicamente interculturale.

2. *Il dialogo interculturale nei documenti sovranazionali*

Nei testi normativi l'intercultura è presente nelle forme del «dialogo interculturale» e dell'«educazione interculturale». Nel *Libro bianco sul dialogo interculturale* pubblicato dal Consiglio d'Europa nel 2008[5], la interculturalità è proposta come modello di riferimento delle politiche europee al fine di prevenire eventuali discriminazioni nel bilanciamento dei diritti fondamentali in concorrenza e favorire la partecipazione responsabile di tutte le persone, compresi i migranti, alla vita sociale e al benessere del paese d'accoglienza.

Come precisa il documento, il dialogo interculturale è uno strumento per «gestire la pluriappartenenza culturale in un contesto multiculturale»[6]. In tal senso costituisce un metodo al fine di «evitare gli scogli delle politiche identitarie»[7], ovvero sia la discriminazione dell'alterità fondata sulle «regole della "cultura dominante"»[8] – e dunque sul sistema di valori della maggioranza della società di accoglienza a cui può condurre un approccio di tipo assimilazionista – sia il pericolo di tensioni derivanti dalla «stigmatizzazione» delle identità culturali[9] insite nel «differenzialismo culturale» spesso sotteso all'approccio multiculturalista che considera le culture «come totalità chiuse

---

[5] *Libro bianco sul dialogo interculturale. "Vivere insieme in pari dignità"*, ed. Consiglio d'Europa, Strasburgo, 2008, disponibile sul sito *http://www.coe.int/dialogue*.

[6] *Libro Bianco sul dialogo interculturale*, cit., p. 10.

[7] *Ibidem.* Sui rischi di ripiego identitario o di omologazione culturale derivanti da una mancanza di dialogo, cfr. Luigi Bonanate, Roberto Papini, *Presentazione,* in Id. (a cura di), *Dialogo interculturale e diritti umani. La dichiarazione universale dei diritti umani. Genesi, evoluzione e problemi odierni (1948-2008)*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 15.

[8] *Libro Bianco sul dialogo interculturale*, cit., pp. 20-21.

[9] *Ivi,* p. 22: «L'uguaglianza e il rispetto reciproco sono elementi costitutivi importanti del dialogo interculturale, indispensabili per superare gli ostacoli alla su attuazione. Senza progressi sulla strada verso la parità, è possibile che le tensioni sociali si manifestino nel campo culturale, anche se i fattori che le hanno causate hanno origine in altri contesti. In questo caso, le identità culturali possono essere sfruttate come strumenti di stigmatizzazione».

e autosufficienti, come una serie di monadi che possono al limite tollerarsi, viversi accanto, ma che difficilmente possono comunicare tra loro»[10].

Il concetto di identità multipla e non cristallizzata nella cultura di appartenenza, ma che si definisce sulla base di un'esperienza relazionale con l'altro[11], costituisce l'assunto implicito nel modello interculturale di coesione sociale e *governance* della diversità. In altri termini, il fulcro del nuovo paradigma di integrazione delle diversità è il riconoscimento dell'alterità come soggetto di diritti[12] che struttura la propria identità nel dialogo costruttivo con se stesso e la comunità a cui appartiene o lo accoglie[13].

Come è sottolineato nel *Libro bianco sul dialogo interculturale*, importante è il ruolo di promozione di una cultura istituzionale inclusiva svolto dal Consiglio d'Europa anche in ambito internazionale attraverso l'incoraggiamento degli accordi di cooperazione interistituzionali con organizzazioni anch'esse attive nel campo del dialogo interculturale, come l'Unione europea, l'Unesco, l'Osce, l' Organizzazione araba per l'educazione, la cultura e le scienze (ALESCO); l'Organizzazione islamica per l'educazione, la scienza e la cultura (ISESCO), il Centro di Ricerche sulla Storia, l'Arte e la Cultura islamiche (IRCICA)[14].

---

[10] Pierluigi Consorti, *Conflitti, mediazione e diritto interculturale*, Pisa University Press, Pisa, 2013, p. 66. Il differenzialismo culturalista può assumere le forme o di un multiculturalismo tollerante, ma senza interazione tra i diversi sistemi culturali, o addirittura, sul presupposto di una loro incolmabile diversità ontologica, costituire una forma di neorazzismo culturale. Efficacemente l'A. rappresenta l'assunto insito nel differenzialismo culturalista – fondato sull'idea delle culture come totalità chiuse e autosufficienti – con l'immagine di un tavolo da biliardo «sul quale le culture si agitano come palle lisce e assolutamente non porose, destinate comunque a scontrarsi finché qualcuna cade in buca ed esce dal gioco», p. 67.

[11] *Libro bianco sul dialogo interculturale*, cit., p. 18 ss. Sulla dinamica relazionale tra individui e gruppi con identità differenti quale caratteristica per valutare il livello di democraticità pluralista della società, si veda la sentenza n. 44158/98 del 17 febbraio 2004, *Gorzelik e altri c. Polonia*, della Corte europea dei diritti dell'uomo.

[12] Sul tema, cfr. Martha C. Nussbaum, *Le nuove frontiere della giustizia. Disabilità, nazionalità, appartenenza di specie*, Il Mulino, Bologna, 2007.

[13] Sulla giuridicità come capacità umana fondamentale di «essere e diventare "ugualmente differenti" attraverso la cifra e la "misura" del riconoscimento giuridico», cfr. Pier Francesco Savona, *Tre risposte della teoria gius-filosofica ai problemi del multiculturalismo*, nel vol. Fulvia Abbondante, Salvatore Prisco, *Diritto e pluralismo culturale. I mille volti della convivenza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, pp. 376-399, in particolare, p. 399; Id., *Giustizia sociale e misconoscimento*, nel vol. Ulderico Pomarici (a cura di), *Il diritto come prassi. I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, p. 223 ss.

[14] Stefano Valenti, *L'integrazione del dialogo interculturale nelle attività del Consiglio d'Europa, dell'Osce e dell'Unesco*, nel vol. Marco Mascia (a cura di), *Dialogo interculturale, diritti umani e cittadinanza plurale*, Marsilio, Padova, 2007, pp. 99-116; Delia Ferri, *La Convenzione UNESCO sulla diversità culturale: sviluppi e prospettive della sua attuazione nell'Unione europea*, nel vol. Maria Caterina Baruffi (a cura di), *Cittadinanza e diversità culturale nello spazio giuridico europeo*, Cedam, Padova, 2010, p. 163 ss.

Altro documento rilevante ai fini della promozione di una cultura politico-istituzionale inclusiva è la recentissima *Risoluzione* del Parlamento europeo del 19 gennaio 2016 *sul ruolo del dialogo interculturale, della diversità culturale e dell'istruzione al fine di promuovere i valori fondamentali dell'UE*[15].

In tale documento si specifica che il dialogo interculturale non è un concetto giuridico e dunque non è suscettibile di una definizione normativa ricavabile dalla disciplina dei diritti nazionali, o del diritto sovranazionale o internazionale, ma indica al contrario un metodo relazionale e dunque un processo in divenire di interazione e comunicazione aperta e rispettosa tra persone, gruppi e organizzazioni che hanno un patrimonio culturale o una visione del mondo differenti[16], al fine di una concreta tutela dell'identità specifica di ciascuno.

Importanza in tal senso è data alla promozione e sostegno nelle scuole, università e altri luoghi di formazione alla «educazione interculturale», intesa come conoscenza reciproca e comprensione tra le diverse culture e religioni, che consente un confronto dialettico e promuove il rispetto reciproco così da raggiungere un maggior grado di inclusione sociale e di cittadinanza attiva.

L'interculturalità si propone, pertanto, quale metodologia per la realizzazione di un processo relazionale dinamico tra le diverse parti sociali e istituzionali al fine di promuovere la costruzione di una società non solo «di accoglienza», ma «accogliente» in senso pieno, ossia capace di favorire una «comunicazione interattiva»[17] tra le culture e garantire la libertà di espressione alle diverse narrazioni delle esperienze identitarie individuali.

In tal senso, l'interculturalità rappresenta un obiettivo forte delle politiche di integrazione e coesione sociale[18] in quanto non solo è uno strumento di partecipazione democratica inclusiva, ma soprattutto, e conseguentemente, costituisce un antidoto, o se si preferisce, uno strumento di contrasto alle forme di radicalizzazione e di estremismo anche violento alle quali potrebbe condurre la marginalizzazione, la disuguaglianza e la discriminazione della diversità culturale e religiosa.

Rispetto alle politiche di *governance* delle diversità culturali e religiose

---

[15] Parlamento europeo*, Risoluzione sul ruolo del dialogo interculturale, della diversità culturale e dell'istruzione al fine di promuovere i valori fondamentali dell'UE*, 19 gennaio 2016, consultabile all'indirizzo: *www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//…2016.*

[16] *Ivi, punto C*, p. 3.

[17] *Ivi*, punto 35, p. 8.

[18] *Ivi,* punto 41, p. 9.

improntate all'assimilazionismo o al multiculturalismo, che hanno caratterizzato gli ordinamenti occidentali fino a pochi decenni fa, la maggiore complessità sociale dal punto di vista etnico, culturale e religioso derivante dall'incremento dei flussi migratori induce ad una diversa politica di coesione e integrazione fondata su un processo comunicazionale attivo, ma soprattutto interattivo, e pertanto dialogico, tra le diverse tradizioni culturali e religiose, e tra queste e le istituzioni, nel rispetto del pluralismo dei valori.

3. *Il Dialogo interculturale nella normativa italiana*

Il dialogo istituzionale con specifiche comunità, soprattutto di natura confessionale, è previsto anche nei diritti nazionali.

Con particolare riferimento all'ordinamento italiano, è possibile evidenziarne tre tipologie: la legislazione sulla base di Concordati e Intese prevista dalla Costituzione per la regolamentazione giuridica dei rapporti tra Stato e confessioni religiose; gli organismi consultivi sulle questioni relative all' integrazione delle comunità islamiche in Italia istituiti dal Governo; le previsioni normative regionali e le pratiche di dialogo interreligioso avviate dalle amministrazioni locali.

Il sistema pattizio previsto dagli articoli 7 e 8 della Costituzione come base della legislazione che regola i rapporti tra lo Stato e la Chiesa cattolica e con le confessioni religiose diverse dalla cattolica costituisce indubbiamente espressione di un dialogo istituzionale per la promozione delle specificità e tutela delle diversità religiose o del pluralismo confessionale. Tuttavia, proprio l'incompleta attuazione dell'art. 8, 3^{0} comma, della Costituzione evidenzia le problematiche attinenti alla dimensione giuridica della multireligiosità[19]. Se a partire dal 1984 furono in pochi anni sottoscritte e approvate con legge le intese con quasi tutte le confessioni appartenenti all'alveo del cristianesimo, con l'eccezione di quella siglata con l'Unione delle comunità ebraiche[20], solamente negli ultimi anni, dopo un periodo di arresto della

---

[19] Barbara Randazzo, *Diversi ed eguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, Giuffrè, Milano, 2008; Giuseppe Casuscelli, *Il pluralismo in materia religiosa nell'attuazione della Costituzione ad opera del legislatore repubblicano*, nel vol. Sara Domianello, *Diritto e religione in Italia. Rapporto nazionale sulla salvaguardia della libertà religiosa in regime di pluralismo confessionale e culturale*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 23 ss.; Francesco Alicino, *La legislazione sulla base di Intese. I test delle religioni "altre" e degli ateismi*, Cacucci, Bari, 2013, p. 109 ss.

[20] Intesa tra lo Stato e le Chiese rappresentate dalla Tavola valdese, approvata con l. 11 agosto 1984 n. 449; Intese con l'Unione italiana delle Chiese avventiste del settimo giorno e con le Assemblee di Dio in Italia (ADI), entrate in vigore con le leggi 22 novembre 1988 n. 516 e n. 517; Intesa con l'Unione delle Comunità ebraiche italiane (UCEI), approvata con l. 8 marzo 1989 n. 101; Intese

proliferazione delle intese[21], ne sono state approvate altre tra cui quelle con la Unione buddista italiana, l'Unione induista italiana e con la Sacra Arcidiocesi ortodossa d'Italia ed Esarcato per l'Europa meridionale[22], ma non con le comunità islamiche, pur rappresentando l'Islam numericamente la religione più diffusa in Italia dopo quella cattolica.

Il condizionamento derivante dal preconcetto diffuso che l'immigrazione di cultura musulmana costituisca un pericolo per la sicurezza pubblica, soprattutto dopo gli attentati di estremisti islamici nei Paesi occidentali, e l'esigenza di promuovere un Islam «moderato» – ossia non integralista, ma capace di «inserirsi in un accettato quadro di regole nostrane di convivenza»[23] – hanno contrassegnato l'*iter* percorso negli ultimi anni dai Governi italiani attraverso l'istituzione di organismi di dialogo con l'Islam al fine di favorire l'individuazione di una rappresentanza unitaria e condivisa dalle diverse comunità musulmane presenti in Italia con cui intraprendere relazioni istituzionali.

La prima iniziativa di dialogo istituzionale con le diverse componenti dell'Islam italiano risale al 2005 su impulso del Ministro dell'Interno Pisanu che, con decreto n. 19630, istituisce presso il Viminale la *Consulta per l'Islam*

---

con l'Unione cristiana evangelica battista d'Italia (UCEBI) e la Chiesa evangelica luterana italiana (CELI) a cui è stata data applicazione rispettivamente con l. 12 aprile 1995 n. 116 e con l. 29 novembre 1995 n. 520.

[21] Nel 2007 sono state sottoscritte, ma non approvate con legge, altre Intese con le seguenti confessioni: Sacra Arcidiocesi ortodossa d'Italia ed Esarcato per l'Europa meridionale, Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli Ultimi Giorni, Chiesa Apostolica in Italia, Unione Induista italiana, Congregazione cristiana dei Testimoni di Geova e Unione Buddista italiana. Le ultime due confessioni erano già addivenute alla stipula delle Intese nel 2000 la cui approvazione venne interrotta dalla fine della legislatura. Sulla mancata approvazione delle Intese del 2007, cfr. 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. Evidenzia la situazione di «limbo normativo» delle intese del 2007 non approvate con legge Alessandro Albisetti, *Le intese fantasma*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it),* 5 marzo 2012; Id., *Le intese fantasma (a metà)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it),* 24 settembre 2012.

[22] Con le leggi 30 luglio 2012, n. 126, n. 127, n. 128, sono state approvate le Intese con la Sacra Arcidiocesi ortodossa d'Italia ed Esarcato per l'Europa meridionale, con la Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli Ultimi Giorni e la Chiesa Apostolica in Italia. Le intese con l'Unione Buddista italiana (UBI) e con l'Unione Induista italiana sono entrate in vigore con le leggi nn. 245 e 246 del 2012. Il 13 gennaio 2016 è stata presentato al Parlamento il disegno di legge di approvazione dell'Intesa con l'Istituto buddista italiano Soka Gakkai (IBISG). In argomento cfr. Jlia Pasquali Cerioli, *L'approvazione delle intese ex art. 8, 3^{0} comma Cost. nella XVI legislatura: luci e ombre di una nuova «stagione»*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 2013, p. 395 ss.

[23] Maria Cristina Folliero, *Dialogo interreligioso e sistema italiano delle Intese: il principio di cooperazione al tempo della post-democrazia*, in *Diritto e Religioni*, 2, 2010, pp. 162-176, specificamente p. 174 ss..

italiano, composta da membri selezionati dal Ministero tra esperti ed esponenti ritenuti autorevoli espressioni del variegato associazionismo islamico, con funzione consultiva sui problemi della integrazione dell'Islam nella società italiana[24]. Nel 2006, il Ministro dell'Interno Amato crea un Consiglio scientifico con il compito di redigere una *Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione*[25] al fine di agevolare l'armonica convivenza delle comunità degli immigrati e delle comunità religiose nella società italiana, nel rispetto della Costituzione e delle leggi della Repubblica, che è stata poi pubblicata nel 2007[26]. Nel 2010 viene istituito dal Ministro dell'Interno Maroni un nuovo *Comitato per l'Islam Italiano*, composto da esperti di diritto islamico con il preciso compito di consulenza su temi concreti quali la formazione degli imam, il porto del velo integrale, i matrimoni misti, la costruzione di moschee. Nel 2012, su impulso del Ministro per la cooperazione internazio-

---

[24] L'istituzione della *Consulta per l'Islam* è stata fortemente criticata dalla dottrina ecclesiasticistica in quanto percorso alternativo alla negoziazione bilaterale prevista dall'art. 8, 3° comma, della Costituzione italiana ed espressione di neogiurisdizionalismo. Cfr. Nicola Colaianni, *Musulmani italiani e Costituzione: il caso della Consulta islamica*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2006, p. 261 ss.; Id., *La Consulta per l'Islam italiano: un caso di revisione strisciante della Costituzione*, in *www.olir.it*, gennaio 2006; Alessandro Ferrari, *L'intesa con l'Islam e la consulta: osservazioni minime su alcune questioni preliminari*, nel vol. Ida Zilio Grandi (a cura di), *Il dialogo delle leggi. Ordinamento giuridico italiano e tradizione giuridica islamica*, Marsilio, Venezia, 2006, p. 33; Gianfranco Macrì, *Immigrazione e presenze islamiche in Italia: la Consulta per l'Islam italiano*, nel vol. Valerio Tozzi, Marco Parisi (a cura di), *Immigrazione e soluzioni legislative in Italia e Spagna. Istanze autonomistiche, società multiculturali, diritti civili e di cittadinanza*, AGR srl editrice, Campobasso, 2007, p. 213 ss.; Giovanni Battista Varnier, *La ricerca di una legge generale sulla libertà religiosa tra silenzi e rinnovate vecchie proposte*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1-2, 2007, pp. 198-200; Giuseppe Rivetti, *Islam-Occidente. Nuove identità religiose*, nel vol. Paolo Picozza, Giuseppe Rivetti (a cura di), *Religione, cultura e diritto tra globale e locale,* Giuffrè, Milano, 2007, pp. 93-97; Pierluigi Consorti, *Diritto e Religione*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 176.

[25] Decreto del Ministero degli Interni del 13 ottobre 2006.

[26] Decreto del Ministero degli Interni del 23 aprile 2007 in G. U. 15 giugno 2007, n. 137. Il Consiglio scientifico istituito dall'on. Amato per diffondere e promuovere la Carta dei valori ha pubblicato nel 2008 una *Relazione sull'Islam in Italia* e ha elaborato una *Dichiarazione di intenti per la costituzione di una Federazione dell'Islam* Italiano in vista di un riconoscimento giuridico a cui tuttavia non hanno aderito tutti i componenti, evidenziando le divisioni interne. I testi della *Carta dei valori, della cittadinanza e dell'integrazione*, della *Relazione sull'Islam in Italia* – elaborata dal Prof. Carlo Cardia, dal prefetto Franco Testa e dalla Dott.ssa Maria Patrizia Paba –, della *Dichiarazione di intenti* e dei pareri formulati dal *Comitato per l'Islam italiano* sono ora pubblicati nella Documentazione con *Introduzione* di Carlo Cardia, Presidente del Consiglio Scientifico istituito dal Ministro Giuliano Amato, in appendice al vol. Carlo Cardia, Giuseppe Dalla Torre (a cura di), *Comunità islamiche in Italia. Identità e forme giuridiche*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 618 ss.; p. 660 ss.; p. 663 ss. Sul punto, cfr. Andrea Pin, *Laicità e Islam nell'ordinamento italiano. Una questione di metodo*, Cedam, Padova, 2010, p. 98; Paola Fantelli, *La «Dichiarazione di intenti per la federazione dell'Islam italiano»: un primo commento*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it),* luglio 2008; Nicola Colaianni, *Alla ricerca di una politica del diritto sui rapporti con l'Islam. (Carta dei valori e Dichiarazione di intenti*), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, gennaio 2009.

nale e l'integrazione Andrea Riccardi, viene istituita la *Conferenza nazionale permanente "Religioni, cultura e integrazione*", a cui sono chiamati a partecipare gli esponenti delle diverse religioni, e dunque non solo delle comunità islamiche, nonché tra queste ultime anche la componente più radicale che invece era stata esclusa dal *Comitato per l'Islam Italiano*. Il dialogo con le comunità religiose viene proseguito anche dal successivo Ministro dell'integrazione, Cécile Kyenge, che nel 2014 dà vita all'*Incontro delle religioni per l'integrazione* di cui fanno parte tutte le rappresentanze religiose. Nel 2016 è stato istituito un nuovo organismo di dialogo, il *Consiglio per le relazioni con l'Islam,* composto da studiosi e rappresentanti delle diverse comunità religiose, nonché dai prefetti che operano nelle province maggiormente interessate dal fenomeno dell'immigrazione, con il compito di fornire pareri e formulare proposte in ordine alle questioni riguardanti l'integrazione della popolazione di cultura e religione islamica in Italia.

Il dialogo interculturale è previsto, infine, anche nella produzione normativa regionale. Negli statuti di molte Regioni italiane si rinvengono sia norme dirette alla promozione di iniziative finalizzate a diffondere la cultura del rispetto reciproco e del confronto, sia l'istituzione di *Consulte regionali per la mediazione interculturale*, quali organi di concertazione e soluzione preventiva ai problemi riscontrabili nella vita quotidiana determinati anche dall'appartenenza confessionale[27].

Piattaforme istituzionali di dialogo con le diverse componenti religiose presenti sul territorio sono riscontrabili anche in molte amministrazioni co-

---

[27] In seguito alla Riforma del Titolo V della Costituzione italiana, che ha disegnato nuovi criteri di distribuzione della potestà legislativa tra Stato e Regioni, sono state introdotte negli statuti regionali disposizioni dirette a promuovere il dialogo interreligioso e interculturale al fine di favorire l'integrazione sociale degli immigrati. Cfr. Raffaele Santoro, *Il dialogo interculturale nel diritto regionale*, nel vol. Antonio Fuccillo (a cura di), *Esercizi di laicità interculturale e pluralismo religioso*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 23-46.
Sui profili di tutela del pluralismo religioso negli statuti regionali, cfr. Giovanni Cimbalo (a cura di), *Europa delle regioni e confessioni religiose. Leggi e provvedimenti regionali di interesse ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2002; Marco Parisi, *Autonomia, decentramento e sussidiarietà: i rapporti tra pubblici poteri e gruppi religiosi nella nuova organizzazione statale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003; Maria Luisa Lo Giacco, *Le competenze delle Regioni in materia ecclesiastica*, Cacucci, Bari, 2004; Daniela Milani, *La tutela degli interessi religiosi delle comunità locali tra riforma della Costituzione e nuovi statuti regionali*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2005, p. 201 ss.; Romeo Astorri, *La libertà religiosa tra Costituzione e statuti regionali*, in *Il diritto ecclesiastico*, 3-4, 2010, p. 551 ss.; Pierluigi Consorti, *Diritto e Religione*, cit., p. 169 ss.; Pierangela Floris, *Il pluralismo in materia religiosa nelle prospettive di attuazione del federalismo*, nel vol. Sara Domianello (a cura di), *Diritto e religione in Italia. Rapporto nazionale sulla salvaguardia della libertà religiosa in regime di pluralismo confessionale e culturale*, cit., p. 43 ss.; Isabella Bolgiani, *Regioni e fattore religioso. Analisi e prospettive normative*, Vita e Pensiero, Milano, 2012; Jacopo Pacini, *Le relazioni dei centri islamici con enti ed istituzioni locali*, nel vol. Carlo Cardia, Giuseppe Dalla Torre (a cura di), *Comunità islamiche in Italia*, cit., p. 245 ss.

munali e città metropolitane dove è maggiore la presenza di immigrati di diverse tradizioni culturali e religiose, al fine di favorirne l'integrazione nel tessuto sociale locale[28]. Oltre ai Consigli Territoriali per l'immigrazione previsti presso le prefetture e coordinati dal Ministro degli Interni[29] con l'obiettivo di risolvere le problematiche di ordine pubblico derivanti da esigenze confessionali, diverse sono le iniziative avviate dalle amministrazioni locali per la promozione delle pratiche di dialogo con le comunità religiose, come l'istituzione di *Tavoli permanenti per il dialogo interreligioso* e di organismi consultivi finalizzati al confronto e alla conoscenza reciproca e ad una riflessione condivisa e dialogante con le istituzioni pubbliche sulle specifiche esigenze connesse all'esercizio della libertà religiosa e al rispetto della identità culturale[30].

4. *Il giurista interculturale quale mediatore tra diritto oggettivo e identità culturale del soggetto*

Come già sottolineato precedentemente, appare possibile affermare che la stessa regolamentazione giuridica dei rapporti tra Stato e confessioni at-

---

[28] Sulle pratiche di democrazia partecipativa volte alla tutela delle esigenze religiose in ambito locale, cfr. i contributi di Giovanni Cimbalo, *I poteri locali e il ruolo delle città nella costruzione dell'unità europea (per una migliore ed effettiva fruizione dei diritti e lo sviluppo della persona umana)*; Pierangela Floris, *La tutela delle esigenze religiose in ambito locale tra regole giuridiche e buone pratiche. Il contesto italiano*, nel vol. Adoración Castro Jovier, *Diversidad religiosa y gobierno local. Marco jurídico y modelos de intervención en España e Italia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, rispettivamente p. 13 ss. e p. 175 ss.; Antonio Giuseppe Chizzoniti, *Religione e autonomie locali. Il senso di una ricerca*, nel vol. Id. (a cura di), *Religione e autonomie locali. La tutela della libertà religiosa nei territori di Cremona, Lodi e Piacenza*, Libellula edizioni, Tricase (Le), 2014, p.19: «L'azione degli enti locali ed in particolare dei Comuni rispetto alla tutela della libertà religiosa può fornire risultati positivi anche relativamente al superamento dei conflitti culturali e religiosi che possono riscontrarsi sempre più frequentemente in una società a pluralismo religioso diffuso e poco omogeneo».
Per una prima mappatura delle esperienze di dialogo interculturale a livello nazionale e locale, cfr. Carmelina Chiara Canta, *La "pratica" del dialogo in Italia*, in Direzione centrale per gli Affari dei Culti (a cura di), *Religioni, dialogo, integrazione. Vademecum a cura del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione*, p. 73 ss. pubblicato sul sito del Ministero dell'Interno all'indirizzo *http://tinyurl.com/m4plfqf*.

[29] Istituiti in base all'art. 57 del D.P. R. n. 394/1999, regolamento di attuazione del *Testo Unico delle disposizioni dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero* emanato con D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286.

[30] Cfr. Jacopo Pacini, *op. cit*., p. 250 ss.; i contributi di Isabella Bolgiani, Anna Gianfreda, *Il ruolo dei Comuni nell'attuazione locale degli interessi religiosi: principi e funzioni*; Daniela Milani, Samuele Uttini, *I Comuni: collaborazione e partecipazione*, pubblicati nel vol. Antonio Giuseppe Chizzoniti (a cura di), *Religione e autonomie locali*, cit., rispettivamente pp. 23-58 e pp. 59-84.

traverso il Concordato e le Intese prevista dagli artt. 7 e 8 della Costituzione costituisca una forma di dialogo istituzionale con le confessioni e in tal senso sia espressione di una politica di promozione del pluralismo religioso o multireligiosità[31]. Rispetto alle nuove problematiche giuridiche imposte dall'incontro con tradizioni giuridico-religiose differenti da quelle occidentali, tale strumento può mostrarsi tuttavia inefficace al fine della promozione di un reale e pieno pluralismo fondato sul diritto alla differenza di ognuno anche rispetto alle *élites* dominanti o maggioritarie del gruppo o comunità di appartenenza[32].

Ed è proprio nella direzione di un pieno sviluppo della persona umana che si profila anche nel campo giuridico un approccio «interculturale» rispetto alle diversità che attraverso gli strumenti e gli stessi operatori del diritto promuova una cultura istituzionale e sociale di effettiva integrazione[33].

Ad una politica del diritto che potrebbe essere definita multiculturalista, in quanto tendente a tutelare e promuovere le diversità culturali e religiose e la loro coesistenza nell'ambito dell'ordinamento giuridico, ma in senso statico e distinto, riproponendo quello che Habermas definisce un «allar-

---

[31] Cfr. i contributi di Giuseppe Casuscelli, *Dal pluralismo confessionale alla multireligiosità: il diritto ecclesiastico e le sue fonti nel guado del post-confessionismo*; Gaetano Dammacco, *Multiculturalismo e mutamento delle relazioni,* nel vol. Antonio Fuccillo (a cura di), *Multireligiosità e reazione giuridica,* Giappichelli, Torino, 2008, rispettivamente pp. 61-79 e 81-108; Maria Cristina Folliero, *Dialogo interreligioso e sistema italiano delle Intese: il principio di cooperazione al tempo della post-democrazia*, cit., p. 162 ss.

[32] Sull'analisi delle politiche multiculturali di riconoscimento dei diritti culturali in quanto diritti collettivi e la loro efficacia ai fini della libera autodeterminazione dei singoli rispetto alle *élites* della comunità di appartenenza, cfr. Elisa Olivito, *Minoranze culturali e identità multiple. I diritti dei soggetti vulnerabili*, Aracne, Roma, 2006. Sulla distinzione tra diritti culturali e diritti collettivi, cfr. Alessandra Facchi, *I diritti nell'Europa multiculturale*, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 24; Sergio Ferlito, *Le comunità hanno diritti?,* nel vol. Mario Tedeschi (a cura di), *Comunità e soggettività*, Pellegrini editore, Cosenza, 2005, p. 293 ss.; Id., *Le religioni, il giurista e l'antropologo*, Rubbettino, Soveria Mannelli (Cz), 2005, p 135 ss.; Tecla Mazzarese (a cura di), *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*, Giappichelli, Torino, 2013. Mi sia concesso rinviare anche a Maria d'Arienzo, *Diritti culturali e libertà religiosa*, in *Diritto e Religioni, 2*, 2014, p. 567 ss, in particolare p. 586 ss.; Id., *Le sfide della multiculturalità e la dimensione religiosa*, nel vol. Fulvia Abbondante, Salvatore Prisco, *Diritto e pluralismo culturale. I mille volti della convivenza*, cit., p. 57 ss.

[33] Cfr. i contributi di Mario Ricca, «*Multireligiosità*», «*multiculturalità*», «*reazioni dell'ordinamento*». *Tre segnavia per il diritto interculturale*; Pierluigi Consorti, *Pluralismo religioso: reazione giuridica multiculturalista e proposta interculturale*, entrambi nel vol. Antonio Fuccillo (a cura di), *Multireligiosità e reazione giuridica*, cit., pp. 157-179 e 197-234; i contributi pubblicati in *Daimon. Annuario di diritto comparato delle religioni*, 8, 2008; Adoración Castro Jover (dir.), *Interculturalidad y Derecho*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013. Più approfonditamente, sul diritto interculturale, cfr. Mario Ricca, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Dedalo, Bari, 2008; Id., *Dike meticcia. Rotte di diritto interculturale*, Rubbettino, Soveria Mannelli (Cz), 2008; Id., *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Torri del vento, Palermo, 2012.

gamento dell'inclusione[34]», quello interculturale tende invece ad attuare «strategie di transazione», o meglio di «traduzione incrociata delle rispettive istanze»[35], favorendo, per l'appunto, un dialogo tra le culture e la loro mediazione attraverso gli strumenti giuridico-istituzionali. Pertanto, non più solo un riconoscimento di identità culturali specifiche e del diritto alla differenza[36], ma un'interazione tra la cultura giuridica della società di accoglienza e quelle allogene rispetto alla tradizione occidentale.

Rispetto al modello assimilazionista o comunitarista, il diritto interculturale si fonda pertanto sul dialogo politico-istituzionale aperto all'apporto anche del settore associativo della società civile[37], costituendo un metodo di «mediazione trasformativa» delle differenze[38], al fine di promuovere il pluralismo etico, religioso e culturale e la tutela effettiva del diritto all'identità specifica.

L'interculturalità, quale approccio metodologico nuovo rispetto a quelli tradizionali di gestione della diversità, costituisce «una caratteristica delle società inclusive, in cui nessun individuo viene emarginato o escluso»[39]. È dunque un processo di trasformazione delle relazioni interpersonali e istituzionali che investe tutte le parti in causa al fine della coesione di una società culturalmente diversificata e all'integrazione di tutti per una partecipazione democratica attiva[40].

Il perseguimento efficace di tale obiettivo, tuttavia, non può realizzarsi solo attraverso l'individuazione di luoghi istituzionali o sociali di dialogo tra le culture diverse, ma coinvolgendo anche il campo della formazione degli stessi operatori nei settori delle scienze umane e sociali, tra le quali acquista particolare rilevanza quello delle professioni giuridiche. La crescente multi-

---

[34] Jürgen Habermas, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Feltrinelli, Milano, 1998, p. 143. Sul «multiculturalismo identitario» che rischia, al contrario, di compromettere le politiche di coesione sociale, cfr. Stefano Rodotà, *Perché laico*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 153.

[35] Giancarlo Anello, *Multiculturalità, "diritti" e differenziazioni giuridiche: il caso dei trattamenti sanitari*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica* (*www.statoechiese.it*), XVI, aprile 2013, p. 5.

[36] Cfr. Maria Laura Lanzillo, *Il multiculturalismo*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

[37] *Libro bianco sul dialogo interculturale*, cit., p. 21; *Risoluzione del Consiglio d'Europa*, cit., p. 7.

[38] Pierluigi Consorti, *Conflitti, mediazione e diritto interculturale*, cit., p. 143 ss. Cfr. anche Gianpiero Vincenzo, *La mediazione nei conflitti sociali e religiosi*, in *Diritto e Religioni*, 1, 2011, p. 247 ss.

[39] *Libro bianco sul dialogo interculturale*, cit., p. 17.

[40] Nel *Libro bianco sul dialogo interculturale* si specifica che le *parti in causa* sono «le persone e i gruppi minoritari o maggioritari coinvolti nel dialogo interculturale che svolgono un ruolo importante in questo ambito, in particolare i responsabili del potere pubblico e dei parlamenti a tutti i livelli, le collettività locali e regionali, le organizzazioni della società civile, le comunità di migranti e quelle religiose, le organizzazioni culturali e dell'informazione, i giornalisti e i partners sociali», p. 12.

culturalità sociale pone, difatti, al giurista nuove sfide con cui confrontarsi.

Le problematiche derivanti dall'incontro con tradizioni giuridiche e istituti differenti da quelli occidentali impongono una riflessione sul diritto come cultura e dunque sulla sua funzione di strumento di «mediazione trasformativa» dei concetti gius-politici che contraddistinguono la società multireligiosa.

Si avverte sempre più la necessità, in realtà, di un «diritto interculturale», ovvero di un'interpretazione normativa da parte del giurista che consenta di superare la funzione tradizionalmente affidata al diritto positivo e al concetto di ordine pubblico di baluardo all'ingresso di categorie giuridiche diverse, in virtù della preservazione del patrimonio identitario che connota la specifica realtà ordinamentale, trasformandola in una funzione di mediazione, e dunque di effettivo dialogo con le culture giuridiche differenti, a partire già dal lessico utilizzato per tradurre le categorie concettuali su cui si strutturano gli istituti appartenenti a tradizioni giuridiche diverse dalla propria[41].

In tal senso, l'apertura alla metodologia interculturale costituisce un contributo essenziale all'ampliamento della conoscenza delle altre culture giuridiche che consente al «giurista interculturale» di nuova formazione – e questa è la sfida che investe anche il mondo accademico – di promuovere, attraverso soluzioni pratiche, la relazione tra le diverse narrazioni della propria esperienza identitaria. Soluzioni pratiche nelle quali la traduzione concettuale delle categorie giuridiche siano il frutto non soltanto di una interpretazione, ma essenzialmente di una contaminazione, e dunque di una trasformazione anche della stessa cultura giuridica di appartenenza[42].

Tale prospettiva appare già profilarsi in alcune pronunce giurisprudenziali relative all'istituto della *Kafalah* in tema di diritto dei minori e di ricongiungimenti. Nel diritto islamico non esiste l'istituto dell'adozione, poiché l'unica forma di filiazione riconosciuta legittima, per prescrizione coranica, è quella naturale o biologica. Esiste, tuttavia, in alcuni Paesi islamici, l'istituto della *Kafalah* che prevede una forma di impegno sottoscritto per atto notarile o dinanzi al giudice con il quale il *kafil* – che può essere anche una persona singola, non necessariamente una coppia – assicura fino alla maggiore età il

---

[41] Cfr. Sergio Ferlito, *Società multireligiosa e interpretazione normativa*, nel vol. Antonio Fuccillo (a cura di), *Multireligiosità e reazione giuridica*, cit., p. 143 ss.; Francesco Remotti, *Tradurre e convivere. L'antropologo e il diritto interculturale*, in *Daimon. Annuario di diritto comparato delle religioni*, cit., p. 97 ss.

[42] Mario Ricca, *Sul diritto interculturale. Costruire l'esperienza giuridica oltre le identità,* in *Daimon. Annuario di diritto comparato delle religioni*, cit., p. 16 ss; Id., *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, cit., p. 97 ss.; Pierluigi Consorti, *op. ult. cit*., p. 171 ss.

mantenimento del minore e il sostegno economico necessario ai suoi studi[43].

Più volte, contro il diniego di visto di ingresso a favore di un minore affidato in *Kafalah*, i tribunali italiani sono stati chiamati a pronunciarsi sul riconoscimento di tale istituto nel nostro ordinamento[44]. Inizialmente i giudici italiani avevano negato il ricongiungimento familiare di un minore extracomunitario con il *Kafil* ritenendo la *Kafalah* non equiparabile alle ipotesi di ricongiungimento circoscritte ai rapporti di filiazione, adozione, affidamento e tutela dall'art. 29 del d.lgs. n. 286/1998 (*Testo unico recante le disposizioni in tema di disciplina dell'immigrazione e sulla condizione dello straniero*). Gli orientamenti giurisprudenziali più recenti, tuttavia, attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina del T. U. sulla immigrazione, con le sue modifiche e integrazioni, hanno riconosciuto il rapporto derivante dalla *Kafalah* quale presupposto valido ai fini del ricongiungimento, in applicazione del principio della preminenza dell'interesse del minore rispetto a eventuali valori costituzionali confliggenti. La giurisprudenza ha affermato, con un procedimento interpretativo che può essere definito di «traduzione interculturale», la compatibilità della *Kafalah* con l'ordinamento interno, ritenendo che, in quanto agli effetti, la misura di protezione del minore bisognoso di tutela prevista negli ordinamenti islamici sia assimilabile agli istituti di protezione del minore menzionati nel T. U. immigrazione – in particolare all'affidamento, più che all'adozione – e conforme ai principi di ordine pubblico italiano. La riconduzione ad una comune *ratio* e la ricerca delle analogie più che delle differenze tra gli istituti di protezione del minore previsti dagli ordinamenti di cultura giuridica islamica rispetto a quello italiano consentono di riconoscere la *Kafalah* quale strumento idoneo

---

[43] Agostino Cilardo (a cura di), *La tutela dei minori di cultura islamica nell'area mediterranea. Aspetti sociali, giuridici e medici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011.

[44] Cfr. la rassegna di giurisprudenza sul punto riportata nel vol. Antonio Fuccillo, Raffaele Santoro, *Giustizia, Diritto e Religioni. Percorsi nel diritto ecclesiastico civile vivente*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 315 ss. Sul riconoscimento in Italia di un provvedimento di *Kafalah* pronunciato da un giudice straniero, mi sia permesso il rinvio a Maria d'Arienzo, *Matrimonio e famiglia nell'Islam e in Italia. Problemi giuridici*, nel vol. Antonio Fuccillo (a cura di), *Unioni di fatto, convivenze e fattore religioso*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 126 ss.; Paolo Morozzo della Rocca, *La Kafalah non è né adozione né affidamento preadottivo. Fuori luogo il richiamo all'art.41, comma 2, L.n. 218/1995,* in *Il Corriere giuridico*, 2, 2012, pp. 199-203; Id., *Uscio aperto, con porte socchiuse, per l'affidamento del minore mediante kafalah al cittadino italiano o europeo*, commento a *Cass. civ., 16. 9. 2013*, n. 21108, in *Il Corriere giuridico*, 12, 2013, pp. 1497-1503; Id. (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza. Discipline e orientamenti giurisprudenziali*, Maggioli editore, Santarcangelo di Romagna (RN), 2015, p. 121 ss.; Maurizio Martinelli, *I rapporti di filiazione nell'ambito della famiglia islamica e in quella occidentale. L'istituto dell'adozione nell'ordinamento islamico e in quello italiano*, nel vol. Carlo Cardia, Giuseppe Dalla Torre (a cura di), *Comunità islamiche in Italia*, cit., p. 381 ss.

a garantire in concreto il superiore interesse del minore[45].

Altre problematiche di conflitto normativo possono riscontrarsi in materia di diritto di famiglia. Basti pensare all'istituto del matrimonio e al concetto di famiglia fondata sul matrimonio, sancito dall'art. 29 della Costituzione italiana. La concezione matrimoniale che emerge è quella di chiara derivazione cristiana, quale unione monogamica tra coniugi di sesso diverso. Al di là delle diverse prospettive in tema di famiglia e unione matrimoniale derivati dalle istanze di riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso[46], la concezione monogamica del matrimonio, rappresentata proprio dall'art. 566 del c.p. che prevede la bigamia come reato e dall'art. 86 c.c. che prevede la libertà di stato per contrarre matrimonio, si pone quale limite al recepimento nel nostro ordinamento di istituti appartenenti a tradizioni giuridico-culturali e religiose diverse da quella occidentale, come ad esempio quelli provenienti dagli ordinamenti del Paesi islamici, in cui è prevista la possibilità della poligamia[47].

Nel diritto islamico, il *nikah*, che traduciamo come matrimonio, per disposizione coranica, come è noto, ha natura potenzialmente poligamica, sebbene in realtà sia prevista la possibilità di inserire la clausola di monogamia nel contratto matrimoniale la cui violazione dà diritto alla moglie di chiedere il divorzio. Ai fini della rilevanza civile del matrimonio islamico in Italia, è stata di fatti prospettata una soluzione che anche in questo caso potremmo definire di «mediazione interculturale» in una delle proposte di intesa con lo Stato italiano presentate[48] nella quale si propone di limitare la trascrivibilità

---

[45] *Corte di Cassazione*, sez. I civile, sentenza 2 febbraio 2015, n. 1843, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, a. 31, n. 7-8, 2015, 1ª, p. 713 ss. con nota di Maurizio Di Masi, *La Cassazione apre alla Kafalah negoziale per garantire in concreto il best interest of the child*, pp. 717-724.

[46] Cfr. i contributi di Roberto Romboli, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso ed il diritto ad una vita familiare per le coppie omosessuali*; Damiano Fiorato, *La nozione di famiglia: prospettive* de iure condendo *e* de iure condito, entrambi pubblicati nel vol. Daniele Ferrari (a cura di), *Lo status giuridico delle coppie same sex: una prospettiva multilivello*, Primiceri editore, Padova, 2014, rispettivamente pp. 1-29 e 83-89; Sergio Lariccia, Diritti *degli individui e diritti delle coppie in materia familiare*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, 4, febbraio 2016; Marco Parisi, *Verso una tutela nazionale e sovranazionale delle unioni (matrimoniali e civili) tra persone dello stesso sesso? Riflessioni a margine del caso Oliari e altri contro Italia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, 5, febbraio 2016.

[47] Nicola Colaianni, *Poligamia e principi del diritto europeo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2002, p. 225 ss.; Rita Benigni, *Identità culturale e regolazione dei rapporti di famiglia tra applicazioni giurisprudenziali e dettami normativi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, novembre 2008, pp. 28-29; David Durisotto, *Poligamia e ordinamenti europei*, nel vol. Carlo Cardia, Giuseppe Dalla Torre (a cura di), *Comunità islamiche in Italia*, cit.,p. 357 ss.

[48] La proposta di intesa è consultabile nel vol. Carlo Cardia, Giuseppe Dalla Torre (a cura di), *Comunità islamiche in Italia*, cit., p. 748 ss. Sullo sviluppo del progetto di Intesa della Co.Re.Is, cfr.

ai fini della loro efficacia civile ai soli contratti matrimoniali islamici dotati di clausola di esclusione della poligamia.

Tuttavia, le problematiche più complesse appaiono connesse al ricongiungimento familiare della famiglia poligamica formatasi nei Paesi di origine[49]. In applicazione del diritto internazionale privato può essere, infatti, riconosciuto in Italia solo il primo matrimonio. D'altro canto, il ricongiungimento familiare del minore con la propria madre, benché seconda moglie del padre, comporta di fatto nel Paese di accoglienza la ricostruzione del legame familiare poligamico o comunque di una realtà che sociologicamente può definirsi come «famiglia allargata». Il riconoscimento di diritti a tali unioni familiari[50] – soprattutto in seguito alla legalizzazione civile delle unio-

---

Intesa tra la Repubblica italiana e la comunità islamica in Italia, proposta dalla CO.RE.IS. (Comunità religiosa islamica italiana), La Sintesi Editrice, Milano, 1998. Per maggiori approfondimenti, cfr. Mario Tedeschi, *Verso un'intesa tra la repubblica italiana e la Comunità islamica in Italia?*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1996, p. 1574 ss. Sui diversi progetti d'intesa con l'Islam, cfr. Agostino Cilardo, *Il diritto islamico e il sistema giuridico italiano. Le bozze di intesa tra la Repubblica italiana e le Associazioni islamiche italiane*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002. Sulla problematica matrimoniale nelle proposte d'intesa redatte dalle associazioni islamiche italiane, cfr. Alessandro Albisetti, *A proposito del matrimonio islamico in Italia*, nel vol. Alessandro Ferrari (a cura di), *Islam in Europa/Islam in Italia tra diritto e società*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 121 ss.

[49] Cfr. i contributi di Giuseppe D'Angelo, *Diritti fondamentali e condizione dello straniero alla luce dell'ampia declinazione assunta dal diritto di libertà religiosa nell'odierno quadro di legalità costituzionale: spunti problematici dalla più recente giurisprudenza in tema di ricongiungimento familiare e rilascio del permesso di soggiorno per "motivi religiosi",* (pp. 159-181); Nicola Fiorita, *Immigrazione, diritto e libertà religiosa: per una mappatura preliminare del campo d'indagine,* (pp. 285-311); entrambi pubblicati nel vol. Valerio Tozzi, Marco Parisi (a cura di), *Immigrazione e soluzioni legislative in Italia e Spagna. Istanze autonomistiche, società multiculturali, diritti civili e di cittadinanza*, cit., rispettivamente, sul punto specifico, p. 168 ss. e p. 294 ss.; Letizia Mancini, *Famiglie musulmane in Italia. Dinamiche sociali e questioni giuridiche*: «La famiglia immigrata […] modifica inevitabilmente la nostra società, rendendola più eterogenea dal punto di vista culturale, e al tempo stesso diviene un soggetto fondamentale nella politica migratoria nazionale, che ha tra le sue finalità l'integrazione degli immigrati nel tessuto sociale», nel vol. Alessandro Ferrari (a cura di), *Islam in Europa/Islam in Italia tra diritto e società*, cit., p. 91; Francesco Alicino, *La legislazione sulla base di Intese. I test delle religioni "altre" e degli ateismi,* cit., p. 154 ss.

[50] L'estensione dello «statuto minimo della famiglia di fatto» al modello familiare di matrimonio poligamico è prospettata da Nicola Colaianni, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 176-183; Id., *I nuovi confini del diritto matrimoniale tra istanze religiose e secolarizzazione: la giurisdizione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, settembre 2009, p. 25 ss. La possibilità di stipulare accordi di natura privatistica che regolamentino sotto il profilo matrimoniale la convivenza *more uxorio*, derivante da matrimoni religiosi che non abbiano effetti civili nell'ordinamento italiano, è indicata nel vol. Antonio Fuccillo, *L'attuazione privatistica della libertà religiosa*, Jovene, Napoli, 2005, p. 11 ss. Cfr., inoltre, Paolo Morozzo della Rocca, *Il diritto all'unità familiare in Europa tra "allargamento dei confini" e "restringimento" dei diritti*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1, 2004, p. 63 ss.; Id., *Immigrazione e diritti all'unità della famiglia*, nel vol. Marilena Gorgoni (a cura di), *I modelli familiari tra diritti e servizi*, Jovene, Napoli, 2005, p. 123; Giorgio Conetti, *Il matrimonio: conflitti di leggi o di culture?,* nel vol. Alessandro Ferrari (a cura di), *Islam in Europa/Islam in Italia tra diritto e società*, cit., p. 119.

ni di due persone anche dello stesso sesso – garantirebbe alla donna di non trovarsi priva di tutela in caso di mancato sostentamento o nell'ipotesi di ripudio da parte del marito e pertanto in una condizione discriminata rispetto alle altre donne[51].

Tali problematiche relative al diritto di famiglia[52] evidenziano il limite che caratterizza le politiche multiculturali per le quali la diversità è promossa purché compatibile con i valori inclusivi e tendenzialmente omologanti della cultura dominante e rende ben evidente la necessità di un superamento della presunta autoreferenzialità del diritto nella gestione dei conflitti valoriali, oltre che normativi, derivanti dalla religione o dalle culture di matrice religiosa.

Diviene quanto mai attuale quello che nel lessico dei filosofi del diritto si potrebbe definire post-positivismo dell'interpretazione giuridica, attraverso una maggiore attenzione, nella fase della formazione, proprio a quei profili anche psicologici, sociologici o antropologici che rendono il giurista non soltanto dotato di un sapere tecnico, ma attrezzato culturalmente ad affrontare le sfide che la trasformazione della società impone.

---

[51] Carlo Cardia, *Matrimonio, famiglia, vita privata. Spunti di analisi ricostruttiva*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2002, p. 54 auspica l'emergere in futuro di «esigenze di rispetto del principio di eguaglianza, e non discriminazione, nel trattamento della famiglia monogamica e di quella poligamica». Sul punto, mi sia concesso rinviare alle considerazioni espresse in Maria d'Arienzo, *Matrimonio e famiglia nell'Islam e in Italia. Problemi giuridici*, cit., p. 118 ss.

[52] Sull'approccio interculturale nei diversi ambiti giuridici, cfr. i molteplici riferimenti nei volumi di Mario Ricca, *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, cit. *passim*; Pierluigi Consorti, *Diritto e Religione*, cit., *passim*; Id., *Conflitti, mediazione, diritto interculturale*, cit., *passim*; Antonio Fuccillo (a cura di), *Esercizi di laicità interculturale e pluralismo religioso*, cit., *passim.*

The woman, an ethical argument of sacredness and sovereignty[1]

Margaret Cornelia Găşpărel

1. *Introduction*

The fundamental thesis from which we start the argument of this paper is that if there is gender equality, then it exists as moral equality – in terms of non-difference, represented by the soul, understood as an ontogenetic construct.[2] The current ethical perspective and the society in which we live has an overriding need to look to a unit on the theory of the soul, as an universal perspective on the individual and his relationship with God. The mystery of man, says Berdyaev, in *The Meaning of the Creative Act* is the *mystery of existence*, namely the need to clarify the origin and role of the soul, of human dignity. The moral and legal responsibility have their source in the theories of the soul, where the relationship of man with the world and with God is incomplete, different – in the sense of being *beneficial, neutral* or *dangerous* as an expression of something that sits between understanding and conflict. Yet the relationship of man with God, says Berdyaev, *is not legal, but dramatic*[3] for it is linked with the structure of the mind and soul to see the next level of thought, the way of looking at man and the world in terms of ideology and /or religion.

And then, according to M. Eckhart, *knowledge comes from equality*: "as the soul has the ability to know all things, it will not rest until it reaches the first light in which all things are One, and there, it will rest in God. In God

[1] *This paper is supported by the Sectoral Operational Programme Human Resources Development (SOP HRD), financed from the European Social Fund and by the Romanian Government under the contract number POSDRU/144/6.3/S/127928.*

[2] Cornelia Margareta Găşpărel, *Etică epistemologică. Teorie şi proiect de studiu al omului/Epistemological ethics. Theory and study project of man*, Editura Academiei Române, Bucureşti, 2014, p. 228.

[3] Nicolae Berdiaev, *Dialectica existenţială a divinului şi umanului/The Existential dialectics of divine and human*, Editura Paideia, Bucureşti, 2010, p. 123.

no creature is more worthy than another."[4] However, this knowledge does not come in terms of differentiation, but in a request that is specifically human with the mundane and profane of all these moral values which are the same for all men, where women plays an important role in terms of proper knowledge, of *suffering* and *truth*. And in terms of the units of this soul Avicenna can probably offer the most complete idea of the nature and manifestations of intellect. For the wise, he says, the noun *intelligence* shows eight directions: "the first sense is mentioned by the Philosopher in *The Book of Syllogism* where he distinguishes between intelligence and science, saying that this intelligence means the concepts and judgments offered to the soul by the primary ability to think, while science comes from acquisition. Then there are the intelligences written in *The Book of Soul*, including the speculative intelligence and practical intelligence. The speculative intelligence is a faculty of the soul to receive universal essences of things as they are universal and the practical intelligence is a faculty of the soul which is the principle of the moving power to the peculiarities it chose to a suspect or known end."[5]

The metamorphosis of life content in terms of what the various forms of faith and love bring the universal value of the soul and knowledge scales could be seen. Here, there is moral depth knowledge of maximum value, with pure rational implications. Spinoza expresses the idea that even *knowledge* as *prediction* or *prophecy* has the fancier's temper and nature as its source, whether prophet, theologian or philosopher, a reasoning that comes on philosophical grounds (this idea is found in Avicenna's epistles). In other words, what Spinoza intends to say is that "(...) prophecies varied, not only according to the imagination and temper of each prophet but also to the opinions that they were penetrated by; and therefore the prophecy did not make prophets more taught than they were(...)."[6] The idea that Princess Ileana of Romania – Mother Alexandra wears the coat of the *Holy Angels*, of what can bring various forms of sacredness to which the woman accedes and turns the profane and sacred time.[7] A time that is given to the inner man by living and feeling, where the values are characterized by universality, by reference to man, be he rich or poor, man or woman, Christian or not. This inner time is indeed as the moral

---

[4] Meister Eckhart, *Cetățuia din suflet. Predici germane/Citadel of soul. German sermons*, Editura Polirom, București, 2003, p. 37.

[5] Ibn Sīnā (Avicenna), *Cartea definițiilor/The Book of Definitions*, Editura Polirom, Iași, 2012, p. 29.

[6] Benedict Spinoza, *Tratatul teologico-politic/The theological-political treaty*, Editura Științifică București, 1960, p. 33.

[7] MaicaAlexandra/Mother Alexandra, Principesa Ileana a României/Princess Ileana of Romania, *Sfinții îngeri/Holy Angels*, Editura Fundației Anastasia, 2009.

values are infinite too. This is because "justice is not, therefore, a higher and previous principle to the society, but its consequence."[8]

In the argumentative construction of the paper we consider two main roles, *sacredness* and *sovereignty* the woman accedes to by *perfection of knowledge,* where the soul is the source of moral values which are in fact largely spiritual values. In terms of this knowledge, it is imposed to see the ethical role of women – based on *equality, solidarity, power* and *truth*. The great theological and Christian approaches of Paolo Sarpi, Meister Eckhart, St. Basil the Great, etc. on the woman's position in the universe of human knowledge follow this idea for a better perception of the ethical dimension of what such an approach of the individual, where women become the criterion of existence that creates premises to a general knowledge of human can bring. Beyond any neo-testamentary or religious contradiction the *moral reasoning* stated by St. Vincent de Paul seems to be visionary, that the question *whether the first man would have kept the state of innocence, his descendants had been all so noble?* he answered – "there would have been upper and lower but the first ones would not have ruled *despotically* the others and they would not be regarded as their servants."[9]

In a chronological and conceptual order referring to the ethical argument, we will use some fundamental issues for this paper, related to interpretation and dogmatic exegesis, where the insight into original sin reveals different interpretative criteria and generates representations and human perception within the conflicting and difference criteria – the Manichees and Priscilliens find the idea that *man is evil in his nature*; the Origenists consider the original sin as *committed by souls before their incorporation in bodies*; and the Pelagians consider Adam's sin as entirely personal, this remaining just a bad example for posterity, shortcomings, sufferings and death being natural phenomena without any causal link to the first people's sin."[10] A perspective which highlights different issues on the role and origin of the soul, and why not it will be completed with what the doctrinal separation specific to the Council of Trent[11] will bring in the religious and moral environment, as a cru-

---

[8] Petre Botezatu, *Preludiul ideii de libertate morală/The Prelude of moral freedom*, Editura Junimea, 1976, p. 79

[9] Jean Delumeau, *Păcatul şi frica. Culpabilitatea în Occident (secolele XIII- XVIII)/Sin and Fear. Culpability in the West (XIII-XVIII centuries),* Editura Polirom, vol. I, Iaşi 1997, p. 301.

[10] Pr. Prof. Dr. Isidor Todoran, Arhid. Prof. Dr. Ioan Zăgrean, *Teologia dogmatică/Dogmatic theology*, Editura Institutului Biblic şi de Misiune al Bisericii Ortodoxe Române, Bucureşti, 1991, p. 190.

[11] In *Istoria del Concilio Tridentiono* by Paolo Sarpi with reference to the Fifth Session of the Council of Trent – *In Trento si fa la quinta sessione, del peccato originale e per la riforma delle lezzioni e delle prediche* a series of decrees are issued, but we are interested in an overview perspective regarding the ideas that will circulate in the ecclesiastical and interpreter environment, especially the five anathemas:

cial moment in whatever the exegesis will keep in a dogmatic form within the doctrinal corpus specific to the Western Christianity.

Is the woman an ethical argument of sacredness and sovereignty? This is a question that rather invites to reflections on the role of such thoughts and less on the degrees of *truth* or *error* that anybody can be exposed by the environment, the context of conducting such thoughts rather bearing the insignia of a pleading. As Constantin Noica would say *a prayer is also an utterance, but not a true or false sentence*.[12]

In terms of an ethical analysis of the role of women or in Scheller's terms of what he calls the *man's position in the cosmos*, the woman plays in terms of dignity and nature the role of moral values within the existence of societies. The role of the question is to highlight the role of the soul, as virtue and *first engine* of all human actions. As St. Basil the Great says "there are two kinds of growth: one of the body and one of the soul. But growth of the soul takes place by adding knowledge with the aim of perfection. The growth of the body is its progress from smallness towards the right size."[13] The perspective of Meister Eckhart will wear the same coat of equality in knowledge and where the soul is the first and last source – if the man would remain a virgin forever, no fruit would come of him. If this is meant to bear fruit, it is necessary for him to be a woman. "Woman" is the noblest word for we can call the soul and it is nobler than "virgin". To let us receive God is good, and the righteousness consists of this reception. But to fruitfully become God in man is better. For the fruitfulness of the gift is the gratitude for it, and the soul is a woman in this gratitude who gives birth and who turns on Jesus reborn in father's parental heart."[14]

---

1. contra chi non confessa Adamo per la transgressione aver perso la santità e giustizia, incorso nell'ira di Dio, morte e pregionia del diavolo, e peggiorato nell'anima e nel corpo;
2. e chi asserisce Adam peccando avere nociuto a sé solo o aver derivato nella posterità la sola morte del corpo e non il peccato, morte dell'anima;
3. e chi afferma il peccato, che è uno in origine e propria a ciascuno, trapassato per generazione, non per immitazione, poter essere scancellato con altro rimedioche per il merito di Cristo, overo nega che il merito di Cristo sia applicato tanto a' fanciulli, quanto adulti per il sacramento del battesmo, ministrato nella forma e rito della Chiesa;
4. e chi nega che debbiano essere battezati i fanciulli nascenti, se ben figli de cristiani o dice che sono battezati per la remisione de' peccati, ma non perché abbiano contratto alcun peccato originale da Adamo, Paolo Sarpi, *Istoria del Concilio Tridentino*, *In Trento si fa la quinta sessione, del peccato originale e per la riforma delle lezzioni e delle prediche*, volume primo, Piccola Biblioteca Einaudi, 2011, pp. 316-317.

[12] Constantin Noica, *Scrisori despre logica lui Hermes/ Letters about the logic of Hermes*, Editura Humanitas, Bucureşti, 1998, p. 438.

[13] *Sfântul Vasile cel Mare, Scrieri dogmatice și exegetice/ St. Basil the Great, dogmatic and exegetical writings,* Editura Basilica a Patriarhiei Române, București, 2011, p. 318.

[14] Meister Eckhart, *Cetățuia din suflet, Predici germane/Citadel of soul. German sermons*, Editura Polirom, București, 2003, pp.26-27.

In terms of soul and mind the man who determines his life and actions in what the criteria determine and perfect the moral values differentiates himself. For the soul "is a noun with several meanings, which applies in a sense that includes both man, animal and plant, and in a sense covering only the man and heavenly angels. The first meaning of the soul definition is this: the soul is *perfecting a natural body endowed with organs and living with potency*. The soul definition in the other direction: the soul is an untouchable substance, the perfection of the body, which puts it (the body) in motion after a choice based on a rational (intellectual) principle, in act and potency. What is in potency is the difference specific to the human soul; what is in act is a difference or a feature of the angelic soul."[15]

As an ethical argument the woman highlights the dimension of *thinking* a society, of a *place* and a *time* where it is or not, but it can show the whole value – of what we denominate by man. The idea of valuing the man's whole is surprised by Cardinal Marx Reinhard.

The *active man* says Reinhard Marx "in his community and his whole being is at the heart of Christian social ethics, and all forms of organizing the economy and society can be measured by whether serving or restricting the personal dignity and human freedom. According to the unwavering Christian belief this respect for human dignity that must be given to all people, even those who still cannot or can no longer participate in economic activities. The man is not only man when he is a factor in the gross social product, when he is economically useful."[16] The individual, woman or man is both in the social and family, professional life, often underlying under moral values and of society criteria. Within this "ethical pragmatism" we believe it is necessary to appeal to the role and social political and religious place of women, to restore some order in thinking and in what we call human knowledge.

2. *Women between power and truth principles* – sovereignty and sacredness

Within the core of the book, *Epistemological Ethics. Theory and Study Project of Man*[17], we say that perfection is in a mysterious relationship with

---

[15] Ibn Sina (Avicenna), *Cartea definiţiilor/The Book of definitions*, Editura Polirom, Iaşi, 2012, p. 31.

[16] Reinhard Marx, *Capitalul. O pledoarie pentru om/Capital. A plea for human,* Editura ARCB, Bucureşti 2013, p. 79.

[17] Cornelia Margareta Găşpărel, *Etică Epistemologică. Teorie şi proiect de studiu al omului/Epistemological Ethics.Theory and study project of man,* Editura Academiei Române, Bucureşti, 2014, pp. 210-211.

freedom which carries and brings a depth of knowledge that reveals man's relationship with God. A relationship which can often stand in Spinoza's assumption of his time according to which "nothing can be said so right that it cannot be falsified by misinterpretation. Those who want to satisfy their pleasures could easily invent any reason and even the old people who had the very original texts, the ark, who had the prophets and the apostles even among them were nor the best, or the most obedient, but all, both Jews and Gentiles, were always the same and the virtue has been very rare in all ages."[18]

In our reflections on the role of women in society, we identified the ethical foundation on which this argumentative foundation is sat with value in the political / historical, social and moral life. Within sovereignty and sacredness as a fundamental ground in the history of most societies, women as ethical and lively principle are found together with the whole dynamic of values and of developing context. However, the sovereignty in terms of ethical interpretation refers to the foundation of the *Salic Law* that existed as a constitutional principle in operation within many countries and large, historical and religious periods of time and having effects on the social mind. A conceptual and methodological practice on a scientific ground reveals the "ethical position of women in the universe of knowledge" which is largely a social-historical knowledge.

* * *

Sovereignty – "For the king and royal family to be kept away from the country's internal policy frictions, the Romanian Constitution forbade the heir to the throne to marry a Romanian woman. In addition, the Constitution also provided that the Royal Family's children had to be baptized into the Orthodox faith."[19] Yet the author of the book addresses the question: "since in the genealogical tree of Princess Ileana there was not any Romanian, and the country has not been conquered either by England or Germany, how was it possible that a German prince and a British princess to give birth to a child of 100% Romanian citizenship, to an heir of the Romanian throne?"[20] Perhaps the answer to this question is given by the very path of life and history of Princess Ileana, which is under the sign of what we have called sacredness and

---

[18] Benedict Spinoza, *Tratatul teologico-politic/The theological-political treaty*, Editura Științifică București, 1960, p. 194.

[19] Beverley Cooke, *Principesă și monahie: Domnița Ileana - Maica Alexandra (1909-1991) / Princess and nun: Lady Ileana - Mother Alexandra (1909-1991)*, Editura Sophia, București, 2011, p 11.

[20] Ibid

sovereignty, namely the living and thinking which can be understood better by far of what we find in *Holy Angels*, as an expression of an inner transformation working in time, an inner time which gets links to the profane time.

Another explanation might be able to find and bring the *Salic Law* in all dynasties, and for this we resort in this context to a short overview of the establishment of the monarchy in Romania and of the international situation of dynasties. In this respect, the paper *The Monarchy in Romania from 1866 to 1947* of the historian Ioan Scurtu lays the foundation for understanding the magnitude of the dynastic situation at an international level. Because the historian is of the opinion that "the establishment of foreign monarchy in Romania was made in a national and international complex context, marked by the forced abdication of Prince Alexandru Ioan Cuza on the night of 11/12 February and by bringing Charles I of Hohenzollern-Sigmaringen to the throne in 1866. This fact was in practice during that period, with roots in medieval times, when family kinship played an important role for the existence and affirmation of the states."[21] So in 1866, according to Ioan Scurtu the Romanian monarchy is established, then after the end of World War I, there is what the author calls the *assertion of national states so that from 1948 until 1991 the year of publishing the book, the dynasties and republics situation is this:*

Table: Synthetical analysis of the Dynasty and Republic situation in international context
1866-1991 – Ioan Scurtu, *The Monarchy in Romania from 1866 to 1947*[22]

Nr.	Country	Year 1866	Year 1919	Year 1948	Year 1991
1.	Albania	-	R[23]	R	R
2.	Austria	D[24]	R	R	R
3.	Belgium	D	D	D	D
4.	Bulgaria	-	D	R	R
5.	Cyprus	-	-	-	R
6.	Czechoslovakia	-	R	R	R

[21] Ioan Scurtu, *Monarhia în România 1866-1947/ Monarchy in Romania from 1866 to 1947*, Editura Danubius, Bucureşti, 1991, p. 185.

[22] Ioan Scurtu, *Monarhia în România 1866-1947/ Monarchy in Romania from 1866 to 1947*, Editura Danubius, Bucureşti, 1991, p. 185-187.

[23] R = Republic

[24] D = Dynasty

7.	Denmark	D	D	D	D
8.	Switzerland	R	R	R	R
9.	Finland	-	R	R	R
10.	France	D	R	R	R
11.	Germany	D	R	R	R
12.	Greece	D	D	D	R
13.	Ireland	-	R	R	R
14.	Iceland	-	D	R	R
15.	Italy	D	D	R	R
16.	Yugoslavia	-	D	R	R
17.	Lichtenstein	D	D	D	D
18.	Luxembourg	D	D	D	D
19.	Malta	-	-	-	R
20.	Britain	D	D	D	D
21.	Monaco	D	D	D	D
22.	Norway	D	D	D	D
23.	Netherlands	D	D	D	D
24.	Poland	-	R	R	R
25.	Portugal	D	R	R	R
26.	Romania[25]	D	D	R	R
27.	San Marino	R	R	R	R
28.	Spain	D	D	R	D
29.	Sweden	D	D	D	D
30.	Turkey	D	D	R	R
31.	Hungary	D	R	R	R
32.	Russia (USSR)	D	R	R	R
33.	Vatican	D	D	D	D

The author's conclusions about the Romanian position among other states but also of the dynasties situation, are divided not only into an analysis of the role of *sovereignty* (where the woman can be found depending more or less on the *Salice Law* enforcement) but also of the *republican regime states*.

According to the author the dynasty enjoys (according to the analysis for

[25] The note is taken from the author's conclusions "In this period (1948-1991) a state became republic (Greece, 1973), and another went from country to monarchical regime (Spain, 1975). Assuming that the republican regime was imposed by the Soviet Union, the situation applies only to countries within the monarchic regimes (Bulgaria, Yugoslavia, Romania), not for the others, who had republican forms since 1919 and even before." Ioan Scurtu, *Monarhia în România 1866-1947 / Monarchy in Romania from 1866 to 1947*, Editura Danubius, București, 1991, p. 187.

the year 1991, which is largely out of date) of a certain tradition and continuity in *seven European countries:* Belgium, Denmark, Luxembourg, Norway, Netherlands, Sweden (all representing the *Northern continent*), with Lichtenstein, Monaco, San Marino being added to – *Liliput states* and where the monarch has a symbolic role, with no activity of government involvement in the way. And the second conclusion is that worldwide (statistically evaluating) there were *118 republican regime states* and *44 dynasties*, where the dynasty includes: *emperor*, *king, sultan, emir, duke, prince* in 1991." All countries in Central and South-Eastern Europe have a republican regime. Romania is surrounded, since September 1946 by states with republican form of government."[26] What we want to emphasize here is that the role of women in society is often conditioned by social and political factors. Or these factors have often as the foundation for reasons of moral, customary, order with mentally resonance and depth, because their origin is often a religious one. The *Salic Law* is a source of argument about the role of ethical, social position of the woman and subtly reveals the depth of what various forms of government brought in society and family life. The women's role is often determined by society, by different forms of government which choose or not to identify various forms of egalitarianism in the design and implementation of *social justice*. Or in this regard countries such as Denmark, Sweden, Norway, Netherlands, and Great Britain etc. remain as reference. Here you can see a comparison with what happened to us, the role of women in terms of *power* and *truth*.

Regarding the *Salic Law* and consequences of what will this bring to the functioning and stability of the monarchy, the situation of Princess Ileana (1909-1991) seemed relevant which is what history calls the *last marriage of a monarch in Romania*.[27]

> "A delicate problem in preparing the wedding was the fact that the couple belonged to different denominations. Until the marriage of Princess Ileana all the dating alliances of the Romanian royal family members, baptized according to the Romanian Royal House's status in the Orthodox faith, were concluded with the royal houses of the same religious affiliation (Greece, Yugoslavia). Ileana wished an Orthodox one besides the Catholic wedding ceremony, but the Habsburg family opposes. The Romanian Foreign Minister, Dimitrie Ghica

---

[26] Ioan Scurtu, *Monarhia în România 1866-1947/ Monarchy in Romania from 1866 to 1947*, Editura Danubius, Bucureşti, 1991, p. 187.

[27] Revista Historia, (on-line), *Nunta pricipesei Ileana, ultima căsătorie monarhică din România*/ Historia magazine (online), *Princess Ileana's wedding,the last marriage of a monarch in Romania* - http://www.historia.ro/node/2645

> communicates to Raoul Bossy, that in the end, Princess Ileana accepted just a Catholic ceremony, but *"she likes to be followed by a wedding committed by the Orthodox Church*. For the Romanian public anger, the Vatican refused and even disagreed an Orthodox prayer. The act provoked a reaction as the Romanian Orthodox Church, Patriarch Miron Cristea refused to attend the ceremony."[28]

This last act of monarchical connection that would have been aware of the future and stability of the monarchical state changes into what the media entitled *The Argument between the Vatican and the Orthodox Church*[29] and determines a particular trajectory to a destiny that will finally understand the sacredness of life.

Instead of conclusions about the role and importance of women in terms of expressing and content of the two concepts of sovereignty and sacredness, we resort to one of the Articles of the Romanian Constitution from June 29 / July 11, 1866 to highlight the role and importance of women in state structures, which are often a distinct mark within the plurality of application criteria of other dynastic states (UK, Norway, Denmark etc.) – Article 82 established: "The constitutional powers of the lord are hereditary in direct and legitimate descending line of the Great Prince Charles I of Hohenzollern-Sigmaringen, the man in the order of primogeniture and with the perpetual exclusion of women and their descendents. The descendents of his Highness will be raised

---

[28] Revista Historia, (on-line), *Nunta pricipesei Ileana, ultima căsătorie monarhică din România*/ Historia magazine (online), *Princess Ileana's wedding, the last marriage of a monarch in Romania* - http://www.historia.ro/node/2645

[29] *Charles sent a negotiator to Rome – As the situation had become "delicate", King Charles II sends the Iorga government's Foreign Minister's brother to Rome, the Catholic priest and apostolic proto-registrar Vladimir Ghica. In a letter to Cardinal Eugenio Pacelli Secretary of State (the future Pope Pius XII), the Romanian Foreign Minister, Dimitrie Ghica claimed that "in the event of prayers made by the Orthodox clergy without a marriage celebration, that these prayers were held before the civil marriage ceremony of Princess Ileana with the Archduke would constitute the most solid, essential and external guarantee that the Catholic marriage so soon after the civil one, officiated by the municipal authorities and the Minister of Justice, to be considered uniquely celebrated may be considered as a unit of Archduke Anton and Princess Ileana was not celebrated religiously than once, after the Roman Catholic rite." After a legal argument, the Romanian Minister concluded: "Therefore, the fulfillment of civil marriage by the registrar, after prayers of the Orthodox clergy should show publicly, undoubtedly that these prayers have no sacramental character of a religious union, but they are only a call of the heavenly blessing on the intending spouses – giving a sentimental satisfaction to the Orthodox Romanian public opinion." The Holy Father was advised "to renounce of what he considered imprescriptible principles and that by the marriage of the Archduke with the Princess, the Catholic religion will only benefit thanks to this tolerance on a secondary aspect, prestige and confidence of the grateful Romanian people*." Revista Historia, (on-line), *Nunta pricipesei Ileana, ultima căsătorie monarhică din România* / Historia magazine (online), *Princess Ileana's wedding,the last marriage of a monarch in Romania* – http://www.historia.ro/node/2645

in the Orthodox religion of the East."[30] And then the adding of the historian is that "a particular significance was the fact that the Basic Law was promulgated without the Guarantee Powers, without mentioning the dependence on the Ottoman Empire, and the official name of the United Principalities was replaced by that of Romania, which clearly reveals the aspiration for independence of the Romanian nation."[31]

* * *

Sacredness – here ethics should be applied and *the ethical dimension of women* be brought forth in terms of what the historical Bible reveals and offers to reason, soul and human knowledge. From this point of view Berdyaev was for me a first foundation of the Christian sterile knowledge, perhaps the only who restores a certain harmony in terms of philosophy and religion. "By the first woman, Eve, the sinful domination of the female nature on the fallen man began. By Virgin Mary the liberation of man from the natural domination began, by Virgin Mary the earth receives the Logos in its womb, the new Adam, the Absolute Man. And if the fall and enslavement of the old Adam, of the old man has strengthened the world reign of natural-genetic birth by sex, the new Adam, the New Man could only be born of a Virgin who conceived of the Spirit. This new birth from a virgin meant overcoming the ancient mystical birth in the natural order of 'this world'."[32]

In terms of ethical interpretation on *the role of women*, within the dimension of the concepts of sacredness and sovereignty we consider some reflections related to some specific exegesis of the medieval period, where there is an understanding of the depth of life, where the place and role of women is unique but hiding or hidden, because it is imbued with mystery and can be read in the nature of the facts of thought and experience. Or the ethical role of women within the whole concept of sacredness which may overlap those of sovereignty (see the case of Princess Ileana – Mother Alexandra) largely means the idea of power, in all meanings (Zoe Dumitrescu-Buşulenga – Mother Benedictine). The position of woman in the universal knowledge in which man lives requires a return to her moral presence in moments and acts of extreme faith:

---

[30] Ioan Scurtu, *Monarhia în România 1866-1947/ Monarchy in Romania from 1866 to 1947*, Editura Danubius, București, 1991, p. 18.

[31] Ibid.

[32] Nikolai Berdiaev, *Sensul creației/The Meaning of the Creative Act*, Editura Humanitas, București, 1992, p. 182.

1. in *material* terms – the occurrence of the first people: Adam and Eve – Adam is made of clay and Eve from Adam's rib (the place of their occurrence). With the coming of the Savior what is contained in the entire content of what we call the *original sin* disappears because "this coming of the Saviour was so gracious that it changed the world giving it another view on the source and meaning of life, and releasing us from the ancestral sin."[33]

2. by *birth*, which leads to the argument that a woman gives birth to the Son of God. The Savior's nativity, believes Zoe-Dumitrescu Buşulenga "is counted as a genesis of an epistemology, a new vision about what a man means, the relationship between man and God. And this theory of knowledge, the immeasurable stretching of this philosophy is said by the Holy Scripture in a simpler form, to every man, of all the intellectual levels. What is important is that within this new philosophical system, of this new vision, the ethics is related to the incarnation of the Word, to the Son of God in human form"[34] , and by woman I could add here.

3. in direct connection with these arguments the contents of the other two comes, which are strictly related to the *appearance* (after death Jesus is shown to a woman – to Magdalene) – "Why do you make suffer this woman? She behaved well with me; that you will always have the poor ones beside you and you could help them as much as you want; but I am the one who you'll not have forever. She did what she could: she wanted to anoint my body for burial. Truth I tell you that on the whole earth, wherever you will preach the Gospel, the deed of this woman shall be told in her remembrance."[35]

4. and *glory* (since Mary is the only woman exalted above the choirs of angels).

The sacredness and sovereignty bring together in woman what we call *the citadel of soul,* namely the place that has its own space and time, with moral laws and the depths of what life builds in a dynamic way, as virtues. In this construct of life, the woman is given to discover her role in various ways, where neither sacredness nor sovereignty is missing, but only their metamorphosed forms. As in the content and nature of the two roles, the soul sits as a source of knowledge and perfection. And knowledge often comes by these two paths, where the woman, the man in general is just an interface and where the various manifestations of the sacred represent God's meeting with the man.

---

[33] *Grace during our Lord's nativity* in Zoe Dumitrescu Buşulenga – Mother Benedictine, *Do not miss the vertical. Interviews and dialogues,* Editura Nicodim Caligraful, 2013, p. 304.

[34] *Grace during our Lord's nativity* in Zoe Dumitrescu Buşulenga – Mother Benedictine, *Do not miss the vertical. Interviews and dialogues,* Editura Nicodim Caligraful, 2013, p. 305.

[35] Giovanni Papini, *Viața lui Isus/Jesus Life*, Editura Ago-Temporis, Chișinău, 1991, p. 208.

Conclusions

In his critique addressed to Rousseau, Moira Gatens captures the essence of philosophical thinking where the woman as personality is excluded from the so-called *social contract*. For Gatens says: "the political philosophy takes the form of efficiency. No matter what the woman's "truth" is, what matters is how to reconcile nature and culture, reason and passion without losing any of them. Rousseau's inclination towards what is useful and effective to motivate the reflection on his considerations about slavery and its subsequent comparison with his views on the place and social position of women."[36] The woman is often seen in terms of nature, where the social life ignores the criterion of creation and knowledge that complements more or less knowledge in general, but which has in its potency the originality and difference of a unity in diversity of knowledge.

In other words of what the idea regarding the *sight of God* could bring might mean in terms of Berdyaev's thought that "those whose religion is authoritarian and hereditary will always wrongly understand people come to religion by freedom, by the tragic immanence of the lived experience. The religious life goes through three characteristic stages: the objective, popular and collective stage, natural and social; the subjective, individual stage that raises the soul and spirit; the one who is lifted up beyond the opposition between objective and subjective and achieve the highest levels of spirituality."[37]

Is the woman an ethical argument of sacredness and sovereignty in terms of power and truth? Here is the question and the entire argumentative construct. A view reminiscent of the great female roles in various societies in *peacetime* or *war* (Joan of Arc, St. Clothilde, Saint Radegonde Blanche of Castile, St. Teresa of Avila or Cornelia (Grach's mother), Lucinius' wife, Gaspara Stampa, Lucrezia Tornabuoni, mother of Lorenzo and Giuliano de Medici who writes among other things, the life of St. John the Baptist), and which largely explains the mental and moral value that pervades and transforms longtime, within the interpretations and theories in the construction of knowledge. However, we can see that the man is placed between the forms of religious and scientific freedom who gives meaning to God; a God who is given to the man within the perfection of human freedom, of free and assumed choices. Because everything that comes out of this assumption is not freedom.

---

[36] Moira Gatens, *Feminism și filosofie. Perspective asupra diferenței și egalității / Feminism and philosophy. Perspectives on difference and equality*, Iași, Polirom, 2001, p.42.

[37] Nikolai Berdiaev, *Spirit și libertate, Încercare de filozofie creștină / Spirit and freedom. A Christian philosophy attempt,* Editura Paideia, București, 2009, p. 14.

In terms of the ethical theories of the soul, this doctrinaire separation left a series of consequences for the human spirit in the context of the world representation and of will's nature, in a philosophical dimension that involves the ratio of *intent and act*. Berdyaev as a promoter of a new Middle Ages, as a source of revelation and man's vital energy, supports the natural function of society and of the universe, where the woman regains her dignity and complements the inside of the modern man. And perhaps in such a view where the content of the man is filled, united with what is similar and different at the same time, the sensitivity of thinking that can reveal vulnerabilities of living as experienced in both scientific and empiricist theory is shown.[38]

Berdyaev's aspiration of this is the idea that "what also characterizes the new Middle Ages, is that women will play a great role there. The exclusively male culture was exhausted, mined by the World War. However, in recent years of great tribulations, the woman began to play an important role; she became superior. The woman is more related to the soul of the world than the man, to the primary forces and, by woman, the individual communicates with them."[39]

And *theology is axiomatic as truths are revealed!*[40]

References:

Berdiaev, Nicolae, *Dialectica existențială a divinului și umanului*, Editura Paideia, București, 2010.

Berdiaev, Nicolae, *Un nou Ev Mediu*, Editura Omniscop, Craiova, 1995.

Berdiaev, Nikolai, *Sensul creației*, Editura Humanitas, București, 1992.

Botezatu, Petre, *Preludiul ideii de libertate morală*, Editura Junimea, 1976.

Bruno, Giordano, *Despre cauză, principiu și unu, Editura Humanitas*, București, 2002.

Cooke, Beverley, *Principesă și monahie: Domnița Ileana - Maica Alexandra (1909-1991),* Editura Sophia, București, 2011.

Delumeau, Jean, *Păcatul și frica.Culpabilitatea în Occident (secolele XIII- XVIII)*, vol. I, Editura Polirom, Iași, 1997.

---

[38] Cornelia Margareta Găspărel, *Etică Epistemologică. Teorie și proiect de studiu al omului/Epistemological Ethics.Theory and study project of man,* Editura Academiei Române, București, 2014, pp. 224.

[39] Nicolae Berdiaev, *Un nou Ev Mediu/A New Middle Ages*, Editura Omniscop, Craiova, 1995, p. 83.

[40] His Eminence, dr. Theodosius, *Theology And Philosophy in a Fusion of Horizons: Two Ways of Thinking In The Dynamic Of Congruence,* The International Conference *"Philosophy and Theology Dialogue. Eastern and Western Perspectives",* „Ovidius University", Constanţa, 8- 9 December 2014.

Dumitrescu Bușulenga, Zoe – Maica Benedictina, *Să nu pierdem verticala Interviuri și dialoguri,* Editura Nicodim Caligraful, 2013.

Eckhart, Meister, *Cetățuia din suflet, Predici germane*, Editura Polirom, București, 2003.

Găşpărel Cornelia Margareta, *Etică Epistemologică Teorie și proiect de studiu al omului*, Editura Academiei Române, București, 2014.

Găşpărel, Cornelia Margareta, *Moral Responsabilty as Grounds in the Formation of the Principles of Law the Council of Trent*, în *Unity and Diversity in Knowledge Society, Epistemology and Philosophy of Science & Ethics and Political Philophy& Economic Theories and Practices,* (Coord.) Teodor Dima, Cornelia Margareta Găşpărel, Dan-Gabriel Sîmbotin, Institutul European, Iași, 2013.

Gatens, Moira, *Feminism și filosofie. Perspective asupra diferenței și egalității*, Iași, Polirom, 2001.

Le Goff, Jacques, *Nașterea Purgatoriului*, Editura Meridiane, 1995.

Maica, Alexandra, Principesa Ileana a României, *Sfinții îngeri*, Editura Fundației Anastasia, 2009.

Marx, Reinhard, *Capitalul O pledoarie pentru om,* Editura ARCB, București, 2013.

Pr. Prof. Dr. Isidor Todoran, Arhid. Prof. Dr. Ioan Zăgrean, *Teologia dogmatică*, Editura Institutului Biblic și de Misiune al Bisericii Ortodoxe Române, București, 1991.

Rousseau, Jean Jacqoues, *Contractul social,* Editura Antet XX Press, Prahova.

Sarpi, Paolo, *Istoria del Concilio Tridentino,* Piccola Biblioteca Einaudi, 2011.

Scurtu, Ioan*, Monarhia în România 1866-1947*, Editura Danubius, București, 1991.

Sfântul Vasile cel Mare, *Scrieri dogmatice și exegetice*, Editura Basilica a Patriarhiei Române, București, 2011.

Spinoza, Benedict, *Tratatul teologico - politic*, Editura Științifică, București, 1960.

Il contributo alla scienza canonistica del filosofo Antonio Lombardi

Luigi Mariano Guzzo

1. *Una premessa*

Può un filosofo, che marginalmente si è occupato di diritto, offrire un contributo originale alla scienza canonistica? Tale punto di domanda fa da sfondo all'indagine che ci proponiamo di condurre sul filosofo Antonio Lombardi, tra i protagonisti, o comunque i referenti, del cattolicesimo sociale meridionale[1]. Vero è, infatti, che se non fosse stato per la sua prematura

[1] È significativo, a proposito, quanto si ritrova in Giusy Belfiore, *Antonio Lombardi. Un cattolico calabrese tra filosofia e politica,* Vivarium, Catanzaro, 1999, pp. 143-144, ossia la missiva che Maria Mariotti, responsabile del Movimento Laureati di Azione Cattolica di Reggio Calabria, il 18 gennaio 1950, invia a Lombardi per pensare ad un incontro regionale del movimento cattolico da svolgersi in forma unitaria in Calabria. Peraltro manca nella storiografia una compiuta analisi sul ruolo svolto dai cattolici nella "questione sociale" del Mezzogiorno. Tale lacuna ed il conseguente tentativo di colmarla sono stati fatti notare in Pietro Borzomati, *I cattolici e il mezzogiorno,* Studium, Roma 1995, p. 13, il quale – a ragione – nota: "*[l]'imponente letteratura esistente sul passato della Chiesa e del movimento cattolico, delle istituzioni assistenziali, cooperativistiche, politiche e sindacali ha appena sfiorato il rapporto tra cattolici e Mezzogiorno in età contemporanea. Si colgono, infatti, in molti studi rari riferimenti ai progetti ed all'azione del mondo cattolico italiano per una "soluzione" della cosiddetta 'questione meridionale'. Tanto meno sono state delineate le motivazioni di fondo che hanno portato al radicarsi di pregiudizi per i modi di vita nel Sud o ad assumere iniziative fortemente critiche che hanno reso assai debole l'unità nella Chiesa italiana. Questa mancata sensibilità ed attenzione non ha, poi, favorito ricerche e studi degli storici del problema del Mezzogiorno, particolarmente da parte di coloro che, per una scelta meditata, ignorano i ruoli dei cattolici e delle istituzioni laicali di ispirazione cattolica*". Comunque sia, per una valutazione complessiva, da un punto di vista storiografico-evolutivo, del movimento cattolico, all'interno del quale si può ancor meglio comprendere la vicenda esistenziale, culturale e professionale di Lombardi, si rinvia in particolare a Guido Verucci, *La Chiesa cattolica in Italia dall'Unità a oggi*, Laterza, Roma-Bari, 1999; a Odo Nicoletti, *Il cammino dei laici nella Chiesa e nella Famiglia Paolina*, uso manoscritto, Roma, 2005; ed al volume a cura di Lucetta Scaraffia, *I cattolici che hanno fatto l'Italia. Religiosi e cattolici piemontesi di fronte all'Unità d'Italia,* Lindau, Torino, 2011. Cfr., ancora, i contributi critici di Antonino Mantineo, *I prodromi della questione cattolica in Italia. Note intorno al difficile dialogo tra la Chiesa Cattolica e lo Stato unitario in Italia,* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, rivista telematica, ottobre 2011, e di Domenico Bilotti, *La Chiesa tra politica e religiosità popolare nei primi decenni del XX secolo. Alcune* suggestioni, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale,* rivista telematica, novembre 2011.

scomparsa a soli 52 anni d'età, Lombardi sarebbe stato, a ragione, considerato dalla gerarchia ecclesiastica, nonché dalle istituzioni civili, tra i referenti per la ripresa culturale della Calabria *post*-bellica, soprattutto dopo la Lettera Collettiva dell'episcopato meridionale del 1948 *I problemi del Mezzogiorno*, materialmente redatta da monsignor Antonio Lanza, metropolita di Reggio Calabria; documento che ha fatto da apripista alle successive due dichiarazioni sul meridione della Conferenza Episcopale Italiana: la Lettera del 1989 *Chiesa italiana e Mezzogiorno: sviluppo nella solidarietà* e la Lettera del 2009 *Per un paese solidale: Chiesa italiana e Mezzogiorno*. La dimensione dell'impegno civile nella società fa di Lombardi un precursore di quella nuova *ecclesiologia* del laicato formulata dal Concilio Vaticano II[2] e di cui la costituzione dogmatica *de Ecclesia* "Lumen Gentium" ne è evidente espressione. Ma non vuole essere l'agire pratico di Lombardi l'oggetto del presente contributo, sebbene pure da una simile valutazione, attraverso una procedura induttiva, sarebbero emersi elementi di comprovata utilità per la scienza del diritto canonico. Ciò che ci riguarda più da vicino, in questa sede, è invece la speculazione filosofica di Lombardi che, correttamente interpretata, risulta di indubbio significato per i cultori e gli studiosi di diritto canonico. Non sembri un'ovvietà ricordare, in premessa, che il diritto, nel suo momento conoscitivo, si compone di un livello *prudenziale* e di un livello *scientifico*[3]. Semplificando possiamo dire che il livello *prudenziale* si traduce nella giustizia del caso concreto; il livello scientifico, invece, è lo studio dell'unitarietà e, insieme, della complessità del fenomeno giuridico, attraverso una metodologia sistematica più che esegetica. Quando cioè lo studio del diritto non è semplicisticamente ancorato ad una pedissequa esegesi dei testi normativi, la stessa scienza giuridica si arricchisce in forma naturale di contenuti eteronomi. Ed è già questa una prima risposta alla domanda dalla quale siamo partiti, oltre che un motivo d'ispirazione e di convincimento per la stesura del presente contributo: anche la filosofia, quella filosofia che non si colloca propriamente nell'orizzonte della *filosofia del diritto*, ed anzi rispetto alla quale quest'ultima rivendica una propria autonomia disciplinare e scientifica[4], può essere, per alcuni termini ed attraverso una "certa" lettura,

---

[2] Per quanto riguarda il riferimento a Lombardi, quale precursore della teologia del laicato del Vaticano II, sia consentito il rinvio a Luigi Mariano Guzzo, *Il Servo di Dio Antonio Lombardi. Profeta laico del ventesimo secolo,* Elledici, Velar, 2012, pp. 39 e ss.

[3] Cfr. Edoardo Bura, *Parte generale del diritto canonico. Diritto e sistema normativo*, Subsidia Canonica, Roma, 2013, p. 16.

[4] Sulla specificità della filosofia del diritto v. in particolare, per tutti, Robert Alexy, *La natura del diritto,* trad. it. di Paola Chiarella e Natalina Stamile, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, pp. 19 e ss.

arricchente per il diritto, e quindi per il diritto canonico. Non è poi di poco conto la considerazione che Lombardi, prima di approdare all'approfondimento della filosofia, si laurea in Giurisprudenza e pratica, seppur per poco tempo, l'attività forense; il che porta a valutare una *pre*comprensione in chiave giuridica del suo speculare filosofico.

L'opera di Lombardi merita di essere riscoperta, pure in ambito accademico, dopo un lungo, quanto ingiustificato, periodo di oblìo, che ha segnato, per diverse contingenze storiche, due archi temporali piuttosto ampi: dagli anni Sessanta agli anni Novanta del secolo scorso ed il primo decennio del nuovo millennio. Una grave disattenzione per l'opera di Lombardi che rende a questo punto necessaria la ricostruzione, anche se sintetica, di alcuni cenni biografici e bibliografici per inquadrare la ricerca filosofica in una contestuale trama esistenziale.

Antonio Lombardi nasce a Catanzaro il 13 dicembre del 1898. Il 26 dello stesso mese riceve il sacramento del battesimo nella Chiesa parrocchiale di San Giovanni. Nonostante la fervida religiosità della madre Domenica, egli cresce nell'indifferentismo religioso, influenzato dai valori del padre Nicola, avvocato, socialista e aderente alla massoneria[5]. Dopo la laurea in Giurisprudenza a Roma torna a Catanzaro per affiancare il genitore nell'attività forense: "[…] *entrato nello studio legale del padre amatissimo, si adoperò ad alleggerirne il peso col suo lavoro, si industriò a farsi esperto in quelle materie del contendere che non lo appagavano* […]"[6]. Egli decide di intraprendere la professione legale anche per soddisfare la necessità di una indipendenza economica. Ma la sua attività si limita a qualche memoria difensiva dinnanzi "*alla Sezione d'accusa in gravi processi* "[7]. Si occupa per lo più di assolvere alle faccende della propria famiglia che, con l'inizio del regime fascista, non vive una situazione economica agevole.

V'è comunque una insoddisfazione nella sua scelta professionale, e ben presto Lombardi capisce che "*egli stava fra quella gente litigiosa più per fi-*

---

[5] Per un approfondimento della figura di Nicola Lombardi e, più in generale, della genesi, dell'evoluzione e della storia del partito socialista in Italia ed in Calabria si segnala, in particolare, MARIO CASALINUOVO, *Socialisti d'Italia e di Calabria (1919-1994),* Abramo, Catanzaro, 2007.

[6] VITO GIUSEPPE GALATI, *Antonio Lombardi. Filosofo cristiano,* Edizioni "Cultura e Azione", Roma, 1958, p. 11. Ristampa anastatica a cura dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani – Sezione di Catanzaro, Editoriale Progetto 2000, Cosenza, 2003. Il volume riprende il testo della conferenza che l'onorevole Galati pronuncia al Liceo Classico "Galluppi" per l'istituzione di una borsa di studio in onore di Antonio Lombardi, il 9 maggio 1954, giorno in cui l'Azione Cattolica organizza in città una pubblica cerimonia in sua memoria.

[7] Lettera di Vincenzo Lombardi, fratello di Antonio Lombardi, a Vito Giuseppe Galati, Roma 27 novembre 1953 (Fondo Lombardi).

liale amore che per intima vocazione"[8]. Intanto, una grave malattia cardiaca, prima, e la morte della propria amata, Teresa Mussari, poi, lo conducono ad una conversione radicale[9].

Abbandonato lo studio legale, si dedica, da "autodidatta", non senza contraddizioni interiori, all'approfondimento della filosofia occidentale ed orientale. L'opera prima che lo fa conoscere al panorama filosofico nazionale ed internazionale è *Critica delle Metafisiche* (Bardi, 1940).

Scrive su *L'Osservatore Romano* (ben 39 i saggi pervenuti) ed anche sulle riviste *Studium*, *Asiatica, Noesis, Rassegna di Scienze filosofiche.* Ha rapporti epistolari con Jacques Maritain, padre Agostino Gemelli, Giorgio La Pira, e tanti altri protagonisti del panorama filosofico e del cattolicesimo democratico dell'epoca. Nel 1941 è nominato presidente diocesano dell'Unione Uomini di Azione Cattolica. In tale veste collabora molto con gli universitari della Federazione Universitaria Cattolica Italiana promuovendo incontri di formazione cristiana. È anche commissario dell'orfanotrofio cittadino *Giuseppe Rossi.* La sua casa diventa luogo di incontro per gente povera;

---

[8] *Ibidem.*

[9] La "conversione" è decisiva nell'itinerario umano e culturale di Lombardi. Non è questa la sede per indagare circa i motivi profondi ed intimi che hanno portato alla conversione del nostro filosofo, ma d'altra parte per una certa recente letteratura le neuroscienze si intersecano profondamente con l'ambito del diritto e, secondo una simile interpretazione, per avere una visione globale dell'oggetto di indagine, è interessante comprendere i meccanismi del cervello che presiedono ad una conversione religiosa, da una prospettiva di psicologia cognitiva e sociale. Si rimanda sul punto, in particolare, a Stefano Federici - Aldo Stella, *Cosa nella mente umana rende possibile la conversione religiosa?,* in *Diritto e Religioni,* n. 1, 2009, pp. 60-90, in cui gli Autori fanno notare, a proposito della scelta religiosa: "*tutt'altro che ridursi a cercare il gene o i geni di Dio, tali studi ci hanno aiutato a capire come mai il pensiero religioso sia così tanto pervasivo nelle società umane e, perché, per molti aspetti l'ateismo sarà sempre più difficile da smerciare di quanto lo sia il pensiero religioso*" (p. 69). Per un approfondimento cfr., anche, Franco Fabbro, *Neuropsicologia dell'esperienza religiosa,* Astrolabio, Roma, 2010. Da un punto di vista filosofico e teologico una ridefinizione della categoria "homo religiosus" è data in Giovanni Mazzillo, *L'uomo sulle tracce di Dio. Corso di Introduzione allo studio delle religioni,* Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004. Insomma, Lombardi sperimenta quella sensazione che viene da alcuni descritta come "*un irrompere imprevedibile e gratuito di Dio nel nostro orizzonte, che sollecita una risposta affine attuando la nostra prassi e volontà liberamente*" (Vincenzo Bertolone, *L'amor che move il sole e l'altre stelle, cardine della vita cristiana*, Lettera pastorale ai fedeli dell'Arcidiocesi di Catanzaro-Squillace per l'anno pastorale 2013-2014, Catanzaro, 2014, p. 14). Possiamo comprendere ancora meglio quello che ha animato l'intima coscienza di Lombardi se prendiamo quanto affermato dalla enciclica *Lumen Fidei*, secondo cui "*la comprensione della fede è quella che nasce quando riceviamo il grande amore di Dio che ci trasforma interiormente e ci dona occhi nuovi per vedere la realtà* " (Francesco, Lettera enciclica *Lumen Fidei,* 29 giugno 2013, par. 26, in http://w2.vatican.va/content/francesco/it/encyclicals/documents/papa-francesco_20130629_enciclica-lumen-fidei.html). "*Dio è essenzialmente amore*", annota Lombardi in uno scritto inedito; un'espressione che costituisce l'*incipit* dell'enciclica di Papa Benedetto XVI, *Deus Caritas est* (Benedetto xvi, Lettera enciclica *Deus Caritas est*, 25 dicembre 2005, in http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20051225_deus-caritas-est_it.html).

partecipa alla Conferenza di San Vincenzo de Paoli e si impegna pure nella costituzione dell'Opera Pia *In Charitate Christi.* Nel 1943 pubblica il saggio *Psicologia dell'esistenzialismo* (Studium) e nel 1946 *La Filosofia di Benedetto Croce* (Bardi). Tra gli inediti ricordiamo: *L'Ignoto Iddio*[10]*, Da Platone a Stalin e Che cosa è l'Asia*. Nel 1949 fonda il circolo culturale "Studium". Muore prematuramente il 6 agosto 1950 per alcune complicazioni cardiache, dovute alla grave malattia che lo aveva colpito in giovane età. Nel dare notizia della scomparsa, *L'Osservatore Romano,* il giornale della Santa Sede lo definisce: "*[u]omo di fede profonda animato da spirito di apostolato*".

Nel 1999 l'allora arcivescovo di Catanzaro-Squillace, monsignor Antonio Cantisani, apre la causa di canonizzazione che è tutt'ora in corso. I suoi resti mortali riposano, dal 2001, nella Cattedrale di Catanzaro.

2. *Elementi di filosofia del linguaggio che intersecano il Diritto canonico*

Il primo aspetto su cui vogliamo riflettere è in che misura il rapporto tra fenomeno giuridico e fenomeno linguistico interessi la scienza canonistica. Lo facciamo attraverso l'analisi di alcune pagine significative di Lombardi, con la consapevolezza, comunque sia, che Lombardi non ha mai sviluppato una organica filosofia del linguaggio, pur occupandosene nel suo ampio articolo *Atteggiamenti del pensiero italiano contemporaneo,* pubblicato sulla rivista *Studium* del 12 dicembre 1940, in cui il filosofo riflette intorno alle relazioni del XIV Congresso nazionale di filosofia, svoltosi a Firenze dal 21 al 25 ottobre 1940, sul tema "Pensiero e linguaggio"[11].

Prima di addentraci nella riflessione è però opportuno segnalare l'indubbia assonanza tra diritto e linguaggio, e non soltanto perché il diritto – in ultima analisi – si può considerare come una forma di linguaggio. Fenomeno giuridico e fenomeno linguistico sono considerati omologhi dall'istituzionalismo di Santi Romano in quanto entrambi fatti "normativi", "umani" e

---

[10] L'opera è stata pubblicata postuma, in occasione dei 70 anni dei bombardamenti che nell'estate del 1943 colpirono la città di Catanzaro. Cfr. Antonio Lombardi, *L'ignoto Iddio,* a cura di Pasquale Pitari e Luigi Mariano Guzzo, Prospettiva editrice, Roma, 2013.

[11] Per Lombardi il Congresso pur se "non può certo essere considerato come espressione di tutte le correnti del pensiero italiano contemporaneo; la sua importanza tuttavia è evidentemente troppo notevole perché esso ed i suoi lavori non meritano un cenno di qualche ampiezza" (Antonio Lombardi, *Atteggiamenti del pensiero italiano contemporaneo*, estratto, Studium, Roma, 1940, p. 3). L'Autore tiene a precisare che per la sua riflessione ha potuto disporre solo dei "riassunti" delle relazioni che si sono alternate. Per comprendere l'importanza del convegno e dei temi trattati per il panorama filosofico italiano, cfr. anche Aa. Vv., *Atti del XIV congresso nazionale di filosofia. Firenze, 21-25 ottobre 1940,* Bocca, Milano, 1941.

"involontari": "*consuetudine e lingua parlata in quanto hanno cominciamento con la formazione e la stabilizzazione delle pratiche non sono in sé e per sé che dei fatti: 'fatti normativi' entrambi, dai quali 'oritur ius' e rispettivamente il complesso delle regole cui obbedisce il linguaggio*"[12]. E pure il filosofo tomista Luigi Bogliolo ritiene che "*vi è un'inscindibile connessione tra momento radicale della realtà, della conoscenza umana e del linguaggio*"[13].

Detto ciò, l'analisi di Lombardi muove dalla considerazione che ad essere evidente è "*il valore filosofico del linguaggio … poiché il linguaggio è strettamente congiunto a ciò per cui la filosofia ha vita, vale a dire al pensiero*"[14]. Si domanda Lombardi: "*[è] il linguaggio dell'uomo solo materia, o è anche indice di spiritualità? Può esprimere il nostro linguaggio quello che è al di sopra della natura, può la nostra parola di Dio esprimere Dio?*"[15].

Tradotto in termini giuridici, il punto di domanda investe la questione se di per sé un canone – materialmente redatto dall'uomo – può essere in grado di contenere una prescrizione di diritto divino, laddove il diritto divino è alle fondamenta costituzionali[16] del diritto della Chiesa[17]. Il "problema da risolvere" – ed è, ad un'attenta analisi, la questione che si pone Lombardi in merito al rapporto tra linguaggio dell'uomo ed esperienza di Dio – riguarda

---

[12] Santi Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico,* Giuffrè, Miano, 1983, 2ª ed., p. 45, così come riportato in Massimo La Torre, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto,* Laterza, Roma-Bari, 2008, 3ª ed., p. 117.

[13] Luigi Bogliolo, *I fondamenti del linguaggio umano: linguaggio ed essere,* in *Renovatio*, XXV, Grafica Bi-Esse, Genova, 1990, p. 75. Com'è stato ribadito, "*Bogliolo osserva che nel linguaggio risiede la forma dell'anima perché nel suo scopo di dare corporeità alle idee attraverso la materialità delle parole, persegue il fine di circoscrivere le idee, che sono espressione dell'anima"* (Fabio Vecchi, *Cinque studi sull'umanesimo giuridico di Luigi Bogliolo,* Rubbettino, Soveria Mannelli, 2010*,* p. 130).

[14] Antonio Lombardi, *Atteggiamenti del pensiero,* cit., p. 3.

[15] *Ibidem.*

[16] Cfr. Salvatore Berlingò, *Diritto Canonico,* Giappichelli, Torino, 1995, p. 50: "*mutuando i termini dai più recenti apporti del costituzionalismo potrebbe dirsi che il cd. diritto divino o, secondo altre locuzioni, le essenziali e fondamentali dimensioni di giustizia rintracciabili nella rivelazione o nel vangelo, poste a cardine dell'esistenza della chiesa, stanno al diritto canonico nel suo complesso nell'identico modo in cui le costituzioni (formali e materiali insieme) stanno a fronte degli ordinamenti giuridici contemporanei. Si tratta, cioè, di una serie di principi istituzionali e di direttive d'azione che, pur non potendo prescindere dal dato formale (enunciato, disposizione, prescrizione, precetto e simili), non sono a questo riducibili, perché (per mezzo dell'opera degli interpreti) vanno sempre oltre queste forme, e si immedesimano con gli stessi valori supremi o fondamentali dell'ordinamento, ovvero con (le valutazioni di fondo dei) contenuti materiali delle azioni dei consociati*".

[17] È bene ricordare che *"il diritto ecclesiale o canonico […] comprende non solo quello positivo ecclesiastico, ma anche quello divino sia naturale che rivelato"* (Gianfranco Ghirlanda, *Il diritto nella Chiesa. Mistero di comunione. Compendio di diritto ecclesiale,* San Paolo-Editrice Pontificia Università Gregoriana, Milano-Roma, 2006, 4ª ed., p. 72). Il diritto divino è stato peraltro definito quale "*fattore a prima vista esogeno ma, a ben guardare, intrinseco al diritto canonico*" (Salvatore Berlingò - Marta Tigano, *Lezioni di Diritto Canonico,* Giappichelli, Torino, 2008, p. 34).

quindi "*il tentativo di capire come il diritto divino possa diventare vincolante nella storica esperienza della Chiesa*"[18].

Dall'analisi del rapporto tra la filosofia del linguaggio e il diritto, riteniamo che si possa arrivare ad una prima ed inedita soluzione del cosiddetto "dilemma irrisolto del diritto divino", proprio grazie alle riflessione di Lombardi.

Dapprima bisogna domandarsi – ed è il punto di partenza della riflessione di Lombardi – come il linguaggio possa esprimere la realtà delle cose. Cioè come il linguaggio sia in grado di esprimere il mondo reale e fenomenico. Tale problema per Lombardi si traduce nei termini seguenti: "*in che modo un segno materiale, o anche una cosa materiale, ci possa dare l'universale*"[19]. In altre parole: se il *segno*, o la *vox* – per utilizzare le espressioni del nostro filosofo –, sono già cose materiale, come possono queste ricomprendere l'*universale*, e quindi l'idea di infinito? Ed allora: per il diritto, come può un canone (segno materiale) ricomprendere una prescrizione di diritto divino (l'infinito, l'universale)? La risposta di Lombardi risiede nel valutare il *particolare* come momento dell'universale, e così l'immanente come momento del trascendente: "*è dunque da considerare* – scrive – *che siccome in ogni cosa particolare v'è sempre il momento dell'universale, come in questo mondo caduco il riflesso di un mondo eterno, così il pensiero apprende l'universale nell'apprendere il particolare, e apprende l'eterno, sebbene solo in somiglianza, nell'apprendere il caduco*"[20]. È, insomma, il pensiero che "si coglie" nella cosa – di cui la *vox* (o il *segno*) è espressione – ad essere "*riflesso dell'eterno*". Se, poi, è risaputo che "*col progresso dell'esperienza, il pensiero acquista i dati della realtà e apprende così a conoscerla*"[21], ciò vale anche per il fenomeno giuridico interpretato in chiave storico-comparatistica. Il "*momento universale*", d'altro canto, non si può concepire "*prima e separatamente*" dalle cose particolari: non si può pensare all'universalità del tavolo senza la rappresentazione del *tavolo* come oggetto del mondo. "*L'universale* – annota infatti Lombardi –*, invece, già l'abbiam visto, quale potenzialità inerente a tutte le cose finite, si apprende in uno e inseparabilmente con queste*"[22].

Considerazioni interessanti possono essere condotte anche per quanto riguarda la categoria generale dell'atto giuridico. Invero, la dottrina cano-

---

[18] Per un approfondimento in merito alle teorie sul "dilemma irrisolto del diritto divino" cfr. Salvatore Berlingò - Marta Tigano, op. cit., pp. 34-48.

[19] Antonio Lombardi, *Atteggiamenti del pensiero,* cit., p. 4.

[20] *Ibidem.*

[21] *Ivi,* p. 5.

[22] *Ivi,* p. 9.

nista si è poco interessata sulla riflessione intorno ad una nozione generale di atto giuridico, prediligendo piuttosto lo studio di singoli atti considerati nella loro peculiarità: il matrimonio, la sentenza, … e così via. Detto ciò, se si vuole trovare una definizione generale possiamo descrivere l'atto giuridico come "*l'atto umano, volontario e libero, che è causa libera e conscia di un nuovo diritto nella Chiesa, cioè che produce l'effetto giuridico (legittimo) preteso dall'agente, benché egli non abbia la conoscenza tecnica della giuridicità dell'effetto*"[23]. Orbene, per Lombardi, in ogni "atto particolare" (e quindi anche in ogni atto costitutivo di effetti giuridici, e per questo definito atto giuridico) vi è legata "*la potenzialità d'infiniti altri atti*"[24]: atto particolare e sua universale potenzialità sono momenti di una stessa natura finita, alla quale appartiene una potenzialità infinita che può "*essere altro e maggiore di quel che è*"[25]. Eppure – dice Lombardi – la natura finita, pur avendo una potenzialità infinita non può giustificare se stessa e quindi deve necessariamente richiamarsi all'infinito, non in potenza, ma attuale, cioè a Dio. Ne deriva che ogni singolo atto giuridico canonico, seppur atto dell'uomo, può trovare la sua legittimazione direttamente nel *Principio* che presiede al diritto divino, cioè Dio.

3. *Il rapporto tra diritto e morale. Sull'idea di Stato*

Dall'analisi del pensiero di Lombardi interessanti riflessioni possono essere mosse in merito al rapporto tra diritto e morale e all'*idea* di Stato.

Com'è stato sottolineato, in Lombardi "*lo spirito del Cristianesimo informa di sé anche il piano della politica*"[26] e, quindi – aggiungiamo noi –, quello del diritto. All'interno di una relazione giuridica vi è una "situazione attiva" (un diritto) ed una "situazione passiva" (un dovere)[27]; sebbene, nell'alveo delle dottrine di teoria generale, vi sia chi ritenga che tra diritto e dovere non si possa riconoscere una precedenza logica dell'uno rispetto all'altro, ma semmai si tratterebbe di due momenti contestuali in vicendevole relazione, per Lombardi, più propriamente, il dovere precede il diritto, così come la

---

[23] Edoardo Bura, op. cit., pp. 95-96. L'Autore dalla categoria generale di atto giuridico canonico esclude il cd. atto dovuto ed il cd. atto ingiusto, considerando atto giuridico senz'altro l'atto costitutivo di diritti.

[24] Antonio Lombardi, *Atteggiamenti del pensiero,* cit., p. 12.

[25] *Ibidem*

[26] Alberto Scerbo, *Problematicità e dogmatismo nella riflessione filosofica di Antonio Lombardi*, in *Vivarium,* n. 11, 2003, p. 450.

[27] Cfr. Edoardo Bura, op. cit., 2013, p. 15.

moralità precede l'*eticità*. Egli, infatti, ritiene che: "*nessun diritto in questa terra ci è dato come fine, ma solo come mezzo onde adempiere ai nostri doveri per poter meritare nella patria celeste il supremo diritto della rimunerazione finale*"[28]. In questo senso Lombardi sembra avere consapevolezza che il fine ultimo del diritto sia la "*salus animarum*". D'altronde, gli stessi diritti nascono "*per rimunerazione dell'aver adempiuto ai doveri*"[29], perché l'uomo è essenzialmente un "animale sociale" – insegnava già Aristotele – in quanto deve "*raggiungere i suoi scopi insieme alla società*" [30].

Il classico problema del rapporto tra diritto e morale – che di sé impernia la discussione intorno alla filosofia del diritto – Lombardi lo risolve nella prevalenza della morale rispetto al diritto. Il legislatore deve tradurre in norme giuridiche la legge morale, e quindi, in questo caso. "*nell'osservanza dei doveri e dei diritti consiste già tutta la moralità*"[31]. Vi è da dire, inoltre, che per Lombardi il carattere assoluto e necessario della legge morale non può che trovare il suo fondamento e la sua giustificazione direttamente in Dio, perché se così non fosse anche la legge morale sarebbe contingente: *"[s]e non è che evidente che se la legge morale non ha il suo fondamento in una ragion d'essere infinita, vale a dire in Dio, ma il suo fondamento è soltanto nella nostra mente; essa perde per ciò stesso ogni carattere di assolutezza e di necessità. Come sarebbe infatti possibile attribuire un valore assoluto ad una legge, quando l'assoluto stesso, quando Dio fosse privo d'esistenza? Si tratterebbe, sì, d'una legge della nostra mente, avrebbe, sì, un valore universale, in quanto si troverebbe universalmente in tutti gli uomini; ma in se stessa non sarebbe che una legge contingente, che potrebbe ugualmente essere e non essere. E però contro una tal legge, la ragione di chiunque potrebbe ribellarsi, poiché la ragione di chiunque ne vedrebbe la contingenza. La legge morale, dunque, in tanto può essere assoluta e necessaria, in quanto dipende da Dio; e in tanto è lecito affermare senz'altro l'assolutezza della legge morale, in quanto in quell'assolutezza è affermata insieme, implicitamente e inseparabilmente, l'esistenza di Dio"*[32].

---

[28] Antonio Lombardi, *Critica delle metafisiche,* Bardi, Roma, 1940, p. 225.

[29] *Ibidem.*

[30] *Ibidem.*

[31] *Ibidem.*

[32] Cfr. Id., *Confucio e Kant. Alla ricerca di Dio*, in *L'Osservatore Romano*, 18 gennaio 1948, p. 3. È interessante notare che in detto articolo Lombardi fa un paragone tra l'idea di legge morale in Confucio ed in Kant, ed ipotizza che forse anche Kant sentì il bisogno di cercare Dio. Scrive: "*[q]uel Dio dunque che il Kant aveva relegato lontano da ogni esperienza, Confucio scopre invece vivente nel cuore dell'uomo, anche se i tempi non gli consentano una perfetta concezione della personalità divina, e quella della legge morale, che Kant aveva privato del suo fondamento, Confucio vede fondata*

Il conflitto tra diritto e morale e quindi "*la differenza tra il giuridico e il morale*"[33] sorge nel momento in cui i diritti e i doveri sociali "*sono o più ristretti di quelli contemplati dalla legge morale o anche contrari a questa legge stessa"*[34]. Il "fine" della società, e quindi anche dell'ordinamento giuridico, per Lombardi non è il diritto naturale alla proprietà privata, come lo era per lo Stato liberale, né le corporazioni, come lo erano per lo Stato fascista, ma la persona umana[35], alla quale la società è ordinata[36].

Per Lombardi, lo Stato rappresenta un "fattore di civiltà", in quanto in esso è riconosciuta "*l'universalità dei diritti di tutti i cittadini"* [37]. Ciò è "*più conforme alla ragione*" rispetto alle società tribali che sono strutturate intorno ad un "*esclusivismo familiare*"[38]. Si sviluppa così un'idea di "eguaglianza degli uomini", che poi sarà ripresa più approfonditamente nell'opera *Da Platone a Stalin*. Egli afferma che "*tutti gli uomini sono uguali per natura, cioè, in quanto uomini hanno tutti gli stessi diritti, e più precisamente, il diritto che ha l'uomo ha anche l'altro*"[39], così, però, "per l'armonia sociale" è necessario che non tutti esercitino gli stessi diritti, e chi anche li volesse esercitare deve "concorrere" con gli altri (in tale riflessione si evidenzia la prospettiva del rapporto tra governati e governanti). La libertà degli stessi individui è rapportata alla "legge suprema razionale", cosicché né gli Stati sono "*del tutto arbitri di fronte ai cittadini"*, né i cittadini hanno "*negli Stati un'eccessiva libertà*"[40].

Risente certamente delle influenze del tempo che Lombardi nella *Critica delle Metafisiche* ritenga la più nobile forma di Stato, quella monarchica ere-

---

nella divina sapienza. Venticinque secoli dopo, un altro filosofo, non più nella Cina, ma nella Francia, Bergson, riporterà anch'egli, non diversamente da Confucio, tutta la vita e l'armonia dell'universo alla prima sapienza e fonte di ogni vita, e sentirà nella voce dei grandi mistici della Chiesa, la voce stessa di Dio. Ma forse non ebbe lo stesso Kant l'ansia e l'amore del divino? Ad ogni pagina della sua opera tormentata, non è forse Dio che egli cerca, e che balza da quel tormento? E benché la ragion pura, col suo gelido soffio, gli sarà sempre d'ostacolo, continuerà tuttavia il cielo stellato e continuerà la legge morale a riempire l'animo suo di meraviglia, e sempre la sua mente s'inchinerà dinnanzi alla maestà della legge e alla dignità della persona umana. Perciò un profondo kantiano, Alfredo Poggi, poté non senza ragione ricordare, a proposito della rivalutazione kantiana della persona umana, il secolare insegnamento cristiano e un recente ammonimento papale".

[33] Cfr. Alberto Scerbo, op. cit., p. 451.

[34] Antonio Lombardi, *Critica delle metafisica,* cit., p. 225.

[35] Cfr. Alberto Scerbo, op. cit., p. 450.

[36] Vedi Antonio Lombardi, *Critica delle metafisica,* cit., p. 226.

[37] *Ivi,* p. 225.

[38] *Ibidem.*

[39] *Ivi,* p. 226.

[40] *Ibidem.*

ditaria: essa assicurerebbe "*una speciale riverenza dei cittadini di fronte alla legge, e la tranquillità nella continuità dello Stato*" [41].

Invero, nell'opera della sua maturità *Da Platone a Stalin* egli approfondisce la sua riflessione sulla "forma dello Stato", e giunge alla conclusione che, si tratti di una forma di Stato monarchica o si tratti di una forma di Stato repubblicana, quel che conta è che la società sia democratica, e perciò "*equa e sicura*"[42]. Per Lombardi, dunque, "*il buon andamento della società dipende dalla sua costituzione democratica, alla quale non sempre e non principalmente rileva se la sua forma sia repubblicana o monarchica*"[43]. È però sempre necessario per la società che questa sia governata da "*una persona unica che ne assumi la rappresentanza e il potere per gli inevitabili mali che sorgerebbero dal venir lo Stato governato da più persone*"[44]. Lombardi procede poi ad una riflessione sulla forma di governo parlamentare così come adottata dalla Carta Costituzionale italiana del 1948: *"[è] se nelle moderne costituzioni si vede l'autorità del governo quasi un'altra autorità accanto a quella del capo dello stato, si deve considerare che i ministri, che presiedono al governo delle nazione, come i parlamentari che legiferano, sono sì una pluralità di uomini, che sembra escludere la necessità di un capo supremo, ma la loro concordia è assicurata soltanto dalla presenza di quel capo, onde la sua necessità. Infatti per questo i ministri e le camere vengono e nominati e dimessi e convocate e sciolte, dal capo dello stato, perché ove sorga, tra quelli, discordia o abuso, fuori dei limiti delle leggi e degli usi, o l'opportunità di nuovi ministri e nuovi parlamentari, il capo supremo possa ovviare ai predetti inconvenienti. In un solo, non può esservi discordia, e un solo assicura a un tempo la continuità e i necessari cambiamenti, se non nella sua persona, nelle persone dei ministri e dei parlamentari che ordinariamente è quanto si ritiene"*[45].

Si registra una evoluzione del pensiero e quindi una inversione di tendenza in Lombardi, da *Critica delle metafisiche* a *Da Platone a Stalin*, nel preferire la monarchia alla repubblica. Infatti, se in *Critica delle metafisiche* guarda alla monarchia come alla "più nobile" forma di Stato, in *Da Platone a Stalin* egli asserisce che nelle società moderne è da prediligersi la forma

---

[41] *Ivi* p. 227.

[42] *Id.*, *Da Platone a Stalin,* testo dattiloscritto. p. 152. Disponiamo del dattiloscritto così come custodito nel *Fondo Lombardi*. Il testo, ritrovato tra le carte di Lombardi, dopo la sua morte, è stato sistematizzato dalla prof.ssa Rosetta Lombardi che ha provveduto pure a realizzare un indice provvisorio ed a numerare le pagine, dando quindi una certa organicità all'opera. A ciò si riferiscono le citazioni del lavoro *Da Platone a Stalin* che seguiranno.

[43] *Ivi,* p. 153.

[44] *Ibidem.*

[45] *Ivi,* pp. 153-154.

repubblicana, in quanto i cittadini "*hanno la forza ed il diritto di eleggere gli istituti sociali e il capo della società*"[46].

Lo "spirito del Cristianesimo" informa, poi, anche l'idea del rapporto tra Stato e fattore religioso, nell'ambito di una riflessione più strettamente ecclesiasticistica. Per Lombardi, secondo la prospettiva di uno Stato etico *hegeliano*, fondamento dello Stato è la religione: "*conveniamo ancora che la religione debba essere il fondamento dello Stato, e ancora che l'idea di Dio saputa in essa debba esser la vera*"[47]. Tale visione ha la sua influenza nella sfera dell'obbedienza del cittadino nei confronti dello Stato, ed in particolar modo per quel che riguarda il rapporto tra valori religiosi e leggi dello Stato, norme giuridiche. "*L'obbedienza religiosa* – precisa Lombardi –, *è ovvio, importa anche l'obbedienza alla legge dello Stato; ma naturalmente pone la religione al di sopra dello Stato, e però, ove lo Stato sia contro la religione, o in quanto lo sia, essa è contro lo Stato*"[48]. Sebbene sia da rifuggire ogni istanza che guardi al peccato (disobbedienza religiosa) in termini di reato (civile), per il credente, nell'ambito della sua coscienza religiosa, il reato costituisce di per sé peccato. Ma non si può non evidenziare come Lombardi, in piena sintonia con l'impostazione tomistica, legittima l'obiezione di coscienza ed anzi, più in particolare, il diritto di resistenza. La Scolastica, infatti, a partire dall'insegnamento dell'Aquinate, elabora la teoria della resistenza al tiranno che usurpa senza titolo il potere politico o esercita il potere contro il bene comune dell'agire sociale.

4. *La misericordia come "categoria giuridica" nella riflessione canonistica. Misericordia, carità e giustizia*

Un ulteriore "snodo" di interesse risulta essere il tema della *misericordia*. Continui sono i richiami a tal proposito di Papa Francesco[49], il quale ha indetto un anno giubilare sulla misericordia con la bolla *Misericordiae vultus* dell'11 aprile 2015. La misericordia entra nel mondo del diritto laddove si chiede alla gerarchia ecclesiastica più *misericordia* nell'accogliere le coppie

---

[46] *Ibidem.*

[47] Id., *Critica delle metafisica,* cit, p. 227.

[48] *Ivi,* p. 228.

[49] Cfr., per tutti, Francesco, *Il nome di Dio è Misericordia,* una conversazione con Andrea Tornielli, Piemme, Milano, 2016, p. 89: "*[l]a misericordia è un elemento importante, anzi indispensabile nei rapporti tra gli uomini, perché vi sia fratellanza. La sola misura della giustizia non basta. Con la misericordia e il perdono Dio va oltre la giustizia, la ingloba e la supera in un evento superiore nel quale si sperimenta l'amore, che è a fondamento di una vera giustizia*".

non unite sacramentalmente nel matrimonio, più *misericordia* nell'accompagnare nel loro percorso d'amore coppie omosessuali, più *misericordia* nel far accostare ai sacramenti le persone divorziate. Nel *discorso della Montagna* si legge "Beati i misericordiosi perché troveranno misericordia" (Mt 5,7). Una beatitudine "duplicata", com'è stata definita, in quanto il termine "misericordia" compare due volte, il "*dono che si riceve è identico a quello che si fa*"[50]. La misericordia, innanzitutto, è il metro della giustizia sociale, e chiede di partecipare ai bisogni ed alle necessità di quanti sono più deboli e svantaggiati. Se la misericordia è il metro della giustizia sociale, essa è qualcosa di diverso dalla giustizia; così come la giustizia è qualcosa di diverso dalla carità. I termini potrebbero essere messi quindi nel loro ordine: giustizia-carità-misericordia. "*La giustizia* – scrive Giovanni Maria Flick – *deve coniugarsi con la carità, per poter giungere alla misericordia, che è perfezionamento e al tempo stesso superamento della giustizia*"[51].

Alcuni punti interrogativi: c'è oggi – è la domanda che ci poniamo tutti – misericordia in questo mondo? È la misericordia esperienza di questo mondo? La misericordia può assurgere a categoria – anche "giuridica" – tale da essere di interesse per gli studiosi del diritto canonico?

Le risposte a queste sollecitazioni arrivano dall'itinerario spirituale del filosofo Antonio Lombardi, per il quale la misericordia è prima di tutto grazia di fede, che egli sperimenta con la conversione.

Per quanto riguarda il rapporto tra diritto, giustizia umana e carità, Lombardi stesso, in uno dei testi in cui più espressamente rivela la sua anima di

---

[50] Pierangelo Sequeri, *Misericordia, lo scambio perfetto. (Ovvero dell'umanità perduta e ritrovata),* in Pierangelo Sequeri - Duccio Demetrio, *Beati i misericordiosi perché troveranno misericordia,* Lindau, Torino, 2012, p. 15.

[51] Giovanni Maria Flick, *Giustizia, carità e misericordia,* Relazione al Convegno annuale della Fondazione *Centesimus annus* – Pro Pontefice, Cuneo, 19-20 ottobre 2012, in http://www.notedipastoralegiovanile.it/index.php?option=com_content&view=article&id=4893:giustizia-carita-e-misericordia&catid=172:questioni-sociali.
C'è una definizione di Bobbio che appare lapidaria: "*il valore supremo laico, in alternativa alla carità, è la giustizia. Se ci fosse più giustizia non ci sarebbe bisogno della carità*" (Norberto Bobbio, *Elogio del dono,* in *Campus*, n. IX, 1997, pp. 16-20, così come riportato in Francesco D'Agostino, *Diritto e giustizia. Per una introduzione allo studio del diritto,* San Paolo, Milano, 2000, p. 38). La giustizia non è alternativa alla carità.. Essa semmai rappresenta "*la prima delle condizioni di possibilità*" (Francesco D'Agostino, op. cit., p. 39). Tant'è che nella *Caritas in Veritate* si legge: "*La giustizia è la prima via della carità*" (Benedetto xvi, Lettera enciclica *Caritas in veritate,* 29 giugno 2009, par. 6, in http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate_it.html). Insomma, la giustizia presuppone che l'altro abbia un diritto, mentre la carità, invece, come scrive Benedetto XVI, "*eccede la giustizia perché amare è donare*" (*Ibidem*). La giustizia è stata definita come "*l'amore dei diritti del fratello*" (vincenzo bertolone, op. cit., p. 45), quindi, se la giustizia si configura in un rapporto di relazione (il diritto), la carità si configura in un rapporto di gratuità (l'amore).

"*giurista*"[52], pur ammettendo il "valore reale delle leggi", ritiene che ogni "*sentenza non sarà mai assolutamente giusta, ma sarà, o potrà essere approssimativamente giusta*"[53]. Ciò perché la disposizione legislativa non può mai prevedere in astratto e anteriormente ogni singolo fatto dell'esperienza umana, al quale si rapporta in termini più o meno casistici; di conseguenza nel momento in cui il giudice applica la legge non realizza mai una piena giustizia, ma si approssima ad essa. Lombardi, quindi, è convinto della "relatività" delle leggi umane e così, com'è stato osservato, "*dietro le quinte di questo ragionamento affiora sempre la tensione verso il trascendente, che impone di rapportare la giustizia umana a quella divina, la verità particolare a quella assoluta: ma in questo senso muta completamente il contenuto e si alterano radicalmente i valori*"[54]. Ovvio che non vale *donare* per carità se l'altro, prima, non riceve quello che gli spetta secondo giustizia. È il senso dell' "Appello alla Carità" che Lombardi rivolge dalle colonne dell'*Idea Cristiana* il 23 gennaio 1944: "*[n]on sarebbe dunque doveroso che coloro che più hanno dessero a quelli che hanno meno e dessero non per solo sentimento di carità, ma per obbligo di giustizia sociale*"[55].

5. *Lo stato di perfezione dei consacrati*

In uno degli ultimi capitoli dell'opera *Da Platone a Stalin* Lombardi parla di "*società ascetica*"[56], intendendo, per quest'ultima, la società di quanti vivono i consigli evangelici della povertà dell'obbedienza e della castità. La società ascetica è da Lombardi contrapposta alla *società del mondo*. E si capisce tale scelta terminologica nel rilievo che comunemente chi pratica i consigli evangelici si intenda viva "*fuori dal mondo*", proiettato verso quello che sarà il regno dei Cieli. È questa "*una implementazione della vocazione del laico e del chierico nella vocazione del consacrato che, senza rinnegare la propria vocazione personale, istituzionale ed originaria, tende a rimarcare la dimensio-*

---

[52] Presa in considerazione l'intera opera di Lombardi, tali pagine rappresentano "*un'incursione più viva nella realtà operativa del diritto, spaziando tra legge e sentenza*", così Alberto Scerbo, op. cit., p. 452.

[53] Antonio Lombardi, *La Filosofia di Benedetto Croce,* Bardi, Roma, 1946, pp. 73-76.

[54] A riguardo cfr. Alberto Scerbo, op. cit., p. 452. Di fatto in questa prospettiva diventa necessario credere che – come dice Lombardi – "il Signore ci vuole dunque non giusti, cioè giudici, ma compassionevoli. Egli non ama che noi siamo alteri e giudichiamo, ma che siamo compassionevoli e umili" (Antonio Lombardi, *Regno di Gesù Cristo*, così come riportato in Alberto Scerbo, op. cit., p. 452).

[55] È riportato in Luigi Mariano Guzzo, *Il Servo di Dio Antonio Lombardi*, cit., pp. 28-29.

[56] Cfr. Antonio Lombardi, *Da Platone a Stalin,* cit., pp. 196 e ss.

ne trascendentale e ad evidenziarla oggettivamente dinnanzi al mondo e alla chiesa"[57]. La società dei consacrati forma così *una società nella società.* Certo, il distacco dei beni che si pretende nella società ascetica, laddove negli ordine religiosi "*vige la comunità dei beni, senza privati possessi*"[58] – sottolinea Lombardi –, si differenzia da quanto si attua nella società socialista, poiché "*negli ordini religiosi, v'è l'espressa vocazione alla povertà, alla rinunzia dei beni, e nessuno può rivolgere ad altri l'accusa di averlo costretto in quello stato, che, per definizione, è volontario*"[59]. Lombardi, ancora, si pone l'interrogativo del rapporto tra la società del mondo e la società ascetica.

Se nel passato lo stato di vita del consacrato veniva definito come lo "*stato di perfezione*", il Vaticano II, nella Costituzione *Lumen Gentium* ha espressamente evidenziato che la perfezione è una vocazione di tutti i *christifideles:* "*comune è la dignità dei membri per la loro rigenerazione in Cristo, comune la grazia di adozione filiale, comune la vocazione alla perfezione"*[60]. Ed in effetti, in questo, Lombardi appare un precursore delle istanze conciliari, in quanto afferma che "*anche la società del mondo, la società non ascetica, è una perfettissima società, poiché è secondo i fini di Dio che sono perfettissimi"*[61]. Ciononostante – sebbene per Lombardi non vi sia conflitto tra le due società – "*quelli che abbracciano lo stato religioso, sogliono essere più perfetti di quelli che abbracciano lo stato del mondo, perché già con quell'atto, quand'è sincero, dimostrano il loro amore a Dio, e l'ossequio alla sua volontà, che a quello stato li chiama*"[62]. D'altronde, per Lombardi, oltre ai soggetti che scelgono di contrarre matrimonio, in quanto a questo si sentono chiamati, bisogna che vi siano "*quelli che possano amare, intendere ed agire più magnanimamente che quelli del mondo non possono*"[63].

6. *Prime conclusioni: l'attualità del pensiero di Lombardi, teorico della giustizia sociale*

In *Da Platone a Stalin,* Lombardi, ormai filosofo maturo nella sua analisi,

---

[57] Salvatore Berlingo' - Marta Tigano, *Lezioni di Diritto Canonico,* cit., p. 170.

[58] Antonio Lombardi, *Da Platone a Stalin,* cit., p. 198.

[59] *Ibidem.*

[60] Costituzione dogmatica *Lumen Gentium*, par. 40, in *http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19641121_lumen-gentium_it.html*. Cfr., anche, Salvatore Berlingo' - Marta Tigano *Lezioni di Diritto Canonico,* cit., p. 169.

[61] Antonio Lombardi, *Da Platone a Stalin,* cit., p. 199.

[62] *Ibidem.*

[63] Antonio Lombardi, *Critica delle metafisiche,* cit., p. 228.

si sofferma sulla formazione della società, sulle critiche ai regimi sovietici ed al capitalismo e, in particolare, sull'ingiusta distribuzione delle ricchezze della terra. Egli traccia così una originale strada di giustizia sociale.

Dall'approfondimento di queste pagine il giurista, l'economista, il filosofo e lo studioso di fenomeni sociali non potranno non constatare quanto siano attuali, per i tempi che viviamo, le riflessioni che Lombardi propone.

Il capitalismo è generatore di forti diseguaglianze economiche e sociali. La crisi economica del mondo occidentale[64], insegna che il solo diritto positivo non è sufficiente a garantire ed assicurare l'ordine sociale. Si chiede così una più ampia considerazione sul ruolo che il diritto ha da assumere nella regolamentazione dei mercati finanziari, oltre ogni istanza libertaria. Lombardi, quasi settant'anni addietro, sapeva bene che non bastano le leggi "*per dare garanzia di uguaglianza*", in quanto esse "*non sono fatte che da coloro che detengono le ricchezze e il potere, e sono per loro natura oppressiva, quando danno sì garanzia di parole, ma tolgono ogni altra effettiva garanzia, stabilendo la spoliazione dei cittadini*" [65]. La stessa *rivoluzione liberale* trova la sua origine in una rivoluzione "vuota" che dimostra l'impotenza del diritto ad assicurare una pari dignità sociale dei cittadini. La rivoluzione d'Inghilterra per Lombardi fu una rivoluzione borghese e non proletaria come quella francese[66].

Come ogni rivoluzione borghese, quella inglese, consistette "*nel dare a ciascun cittadino la medesima libertà e i medesimi diritti di fronte alla legge, nel proclamare l'uguaglianza di tutti i cittadini, ma mantenendo la lotta e la distinzione di classi, mantenendo la sperequazione delle ricchezze, proclamando un'uguaglianza in gran parte vuota; poiché, se veramente v'era un'uguaglianza dei cittadini di fronte alle leggi in modo che tutti potessero far valere ugualmente i loro diritti, le leggi però non stabilivano l'uguaglianza economica dei cittadini, né alcuna proporzione economica, ma mantenevano lo stato di*

---

[64] Per una lettura dei risvolti sociali della crisi che ha portato le comunità cristiane ad interrogarsi sul ruolo che esse devono svolgere a partire dalla contestualizzazione della Scrittura cfr. Luigi Mariano Guzzo, *La Teologia della Liberazione una sfida per l'Occidente neo-pagano,* nel volume *Per un approccio alla teologie del contesto*, a cura di Antonino Mantineo, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2012, pp. 211 e ss.

[65] Antonio Lombardi, *Da Platone a Stalin*, cit., p. 119.

[66] Cfr. *ivi,* p. 96, in cui si legge: "*[l]a rivoluzione francese fu la prima vera e grande rivoluzione proletaria contro i capitalisti. Essa non fu propriamente o principalmente la rivolta del nuovo proletario dell'industria; fu piuttosto la rivolta dei servi della gleba misti agli operai della città, contro il sussistere del feudalesimo; fu, in ogni modo, la rivolta della classe oppressa e proletaria contro la classe privilegiata. Affermano alcuni che la rivoluzione francese fu soltanto una rivoluzione borghese, non proletaria. Il che è evidentemente erroneo, poiché borghese fu la vittoria della rivoluzione, ma la rivoluzione stesa fu principalmente proletaria*".

sperequazione sociale. Da ciò è provenuto che il diritto concesso ai cittadini, è risultato in gran parte irrisorio, tanto più che i capitalisti, i quali avevano in mano la ricchezza, possedevano anche la potenza economica e politica"[67].

Insomma, per ovviare alle diseguaglianze generate dal capitalismo, il diritto sembra risultare impotente: "*né l'organizzazione del proletariato, né la garanzia delle leggi* – scrive Lombardi –*, potrebbero mai valere contro la forza del capitalismo"* [68], non fosse altro perché "*in una società capitalistica, i ricchi hanno sempre alla loro dipendenza una gran quantità di persone bisognose, che, proprio a cagione della loro miseria e per l'umana debolezza a quelli si stringono: uomini che vengono, o possono sempre venire organizzati, amati, così da poter domare qualunque ribellione, e da costituire l'unica vera forza della società*"[69].

Per Lombardi, quindi, "*la grande ricchezza del capitalismo rappresenta sempre un pericolo immenso per la società, e finché sussistono delle grandi ricchezze concentrate in mano di pochi, la vita della società è sempre incerta, debole, non mai pienamente efficiente*"[70].

Il problema dell'origine della ricchezza è alla base della riflessione di Lombardi per il quale "*il fatto di occupare per primo una terra, di ritrovare un tesoro, costituisce naturalmente un diritto di proprietà*"[71]. E tale diritto è giustificato in quanto "*l'uomo ha naturalmente il dominio sopra la terra, poiché egli solo, essendo creatura razionale e principe di tutte le creature terrestri, può dare alle cose una razionale destinazione, possederle e servirsene secondo fini razionali*"[72].

Il diritto di proprietà che nella prospettiva liberale è assoluto ed assurge come tale a dogma giuridico, in Lombardi si rende socialmente funzionale e viene ad essere considerato come un "*diritto almeno virtualmente e condizionatamente limitato*" in quanto "*spetta non esclusivamente al singolo, ma agli uomini tutti*"[73]. Così i beni della terra sono "*fatti per l'uso non esclusivo del singolo, ma della moltitudine*" ed è evidente che "*essi beni non possono venir tolti all'uso sociale*"[74]. In un altro suo scritto inedito dal titolo *I Papi e la questione sociale* Lombardi evidenzia come "*l'accentramento di grandi ric-*

---

[67] *Ivi*, p. 97.

[68] *Ivi,* p. 144.

[69] *Ibidem.*

[70] *Ibidem.*

[71] *Ivi*, p. 61

[72] *Ibidem.*

[73] *Ivi,* p. 62.

[74] *Ibidem.*

chezze in mano di qualcuno ha una sua funzione e necessità sociale" in quanto il fine dell'uso di queste ricchezze non è "meramente personale, ma altamente sociale"[75].

Lombardi anticipa in tal modo la teoria dei beni comuni, in una prospettiva che è assolutamente evangelica. Il Vangelo disegna un'economia in cui i beni della terra sono divisi il più equamente possibile. In questo senso, il discorso si collega intorno ai beni comuni[76], alla parola di Dio, ed in particolare alla creazione biblica.

Il *Capitale* di Marx per Lombardi ha il pregio di essere "*non solo una particolareggiata vita, intima, efficace descrizione delle miserie della nostra società; ma quello proprio e assai maggiore di mostrare questo quadro di miserie nella varietà delle sue condizioni e delle sue cause, di smascherare le ipocrisie della società borghese, metterne a nudo le infamie, mostra i modi onde la società capitalistica riesce a tenere in schiavitù il proletariato; come le ricchezze e il progresso ridondino quasi necessariamente a danno di chi nulla possiede; come il capitale, in tutti i rami e modi dell'economia, segue sempre la tendenza a stabilizzarsi ed accrescersi; come, infine, colui che non altro possiede che il proprio lavoro da vendere, sia metodicamente sfruttato dal capitalismo*" [77].

Nonostante Lombardi apprezzi l'analisi economica del Capitale, è convinto che sia necessario trovare una "terza via" tra il capitalismo ed il socialismo, che sia capace di "*assicurare a tutti i membri della società i beni necessari, e distribuirli in modo che si evitino per quanto è possibile i disordini economici e politici*" [78]. Una "terza via" che non annulli del tutto né la proprietà collettiva, come vorrebbe la dottrina liberista, né la proprietà individuale, come vorrebbe il regime sovietico, e si richiama così il modello fatto proprio dalla Costituzione, che egli definisce di "*società mista*".

Lombardi, insomma, se, da un lato, rigetta il sistema economico dei paesi comunisti – volto alla collettività dei mezzi di produzione – dall'altro lato, condivide l'analisi economica e storica che Marx fa della società, il quale nella dialettica tra borghesia e proletariato denuncia l'ingiusta sudditanza degli ultimi ai primi. Si fa così precursore, Lombardi, di quelle teorie che saranno sviluppate dagli anni Sessanta in poi del secolo scorso dalle *teologie della li-*

---

[75] Id., *I Papi e la questione sociale,* dattiloscritto inedito, senza data, in *Fondo Lombardi.*

[76] I beni comuni si caratterizzano per essere "*finalizzati al raggiungimento di obiettivi sociali e alla soddisfazione di diritti fondamentali* […] *appartengono a tutti e a nessuno: tutti possono accedervi, nessuno può vantare diritti esclusivi*" (Stefano Rodotà, *Il diritto di avere diritti,* Laterza, Roma, 2013, p. 125)

[77] Antonio Lombardi, *Da Platone a Stalin*, cit., pp. 98-99.

[78] *Ivi*, p. 149.

berazione che, all'indomani del Concilio Vaticano II, si svilupperanno nell'America Latina. I popoli del Sud America spiegano il loro mancato sviluppo rispetto al Nord America attraverso una lettura marxiana dei processi sociali, la cosiddetta "teoria della dipendenza": si capisce, in altre parole, che le nazioni latino-americane sono un'economia periferica a servizio di un'economia centrale dei paesi ricchi. La condizione di sottosviluppo è destinata a rimanere tale, insomma, fin quando non si scardinerà questo legame di subordinazione dei Paesi sottosviluppati ai Paesi sviluppati. Subordinazione che se in economia ha come effetto una "dipendenza" ed in etica uno "sfruttamento" o una "ingiustizia", secondo quell'indirizzo teologico sarà la causa di un "peccato strutturale". Ed è da questo peccato che ci si dovrà "liberare" per avere una società secondo il cuore di Dio: giusta, fraterna, moderna politicamente ed economicamente. La strada indicata da Lombardi è quella di uno sviluppo umano rispettoso delle esigenze politiche, sociali, economiche e spirituali[79]. Lombardi nel suo lavoro parla proprio di interdipendenza economica tra i popoli. Vi è – dice – una "enorme disuguaglianza" tra popoli e popoli, "*la quale pone, da un lato, un piccolo gruppo di stati onnipotenti, e, d'altro lato, un gran numero di popoli miseri e deboli ed economicamente asserviti*"[80].

È necessario, quindi, per Lombardi un "*nuovo ordine sociale*" che sia formato da "*una società nuova con proprio ordine e autorità*"[81]. E per realizzare questo nuovo ordine sociale si fa necessaria una "*rivoluzione universale*", che porti ad "*un equilibrio universale delle ricchezze e ad un'effettiva unione dei popoli*"[82]. Ma, tale rivoluzione per Lombardi non significa guerra, sebbene egli sappia che "*l'instabilità e l'ineguaglianza delle condizioni sociali difficilmente potranno non esser fonti di nuove guerre*"[83].

Insomma, per concludere, come abbiamo visto, tanti e molteplici sono gli spunti che possono interessare al canonista dall'approfondimento delle opere e della vita di Antonio Lombardi. Quel che più conta è, in ultima analisi, che Lombardi tenta di riportare il diritto sul piano della giustizia sociale, nella consapevolezza che il diritto, tutto il diritto, non basta a se stesso. Se vi è oggi una tentazione dalla quale deve rifuggire il diritto canonico è proprio

---

[79] In effetti, la grande sfida è far partecipe tutta la popolazione mondiale dei "*vantaggi della modernità, senza cadere però nelle tentazioni del materialismo e dell'edonismo consumistico*" (HERVÉ CARRIER, *Dizionario della Cultura. Per l'analisi culturale e l'inculturazione*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1997, p. 192).

[80] *Ivi*, p. 124.

[81] *Ivi*, p. 120.

[82] *Ivi*, p. 124.

[83] *Ivi*, p. 129.

il "*trionfo del positivismo giuridico*" che tende a far corrispondere i concetti di legge e di giustizia, superando così ogni istanza giusnaturalistica.

In questa prospettiva Lombardi è anticipatore del Concilio Vaticano II prima di tutto per la sua visione antropologica[84]. Mettere al centro l'uomo – per Lombardi – significa essere consapevoli che "*se l'uomo seguisse l'universalità della sua natura, s'egli si lasciasse governare dalla ragione e non dalle passione e dai moti particolari, se portasse a perfezione la vita della società, egli stabilirebbe per conseguenza soltanto dei rapporti equi e veramente umani*"[85]. Lombardi intende così ricostruire un nuovo umanesimo[86].

Tra fede e ragione, insomma, per Lombardi la legge dell'uomo è funzionale alla realizzazione della legge di Dio. La nuova giustizia sociale, insegna Lombardi, "*non verrà dai piani economici se questi dovranno servire ad accrescere la potenza degli uni e la miseria degli altri. Essa* – continua il nostro filosofo – *non verrà dai patti di offesa o di difesa, di guerra o di pace, se per difesa e per pace s'intende il consolidamento di una condizione di sopruso per gli uni e di oppressione per gli altri. Essa non verrà dall'unione dei proletari, secondo la frase famosa: 'proletari di tutto il mondo, unitivi'; finché i proletari vivranno sotto l'oppressione del capitalismo pubblico o privato; finché gli stessi lavoratori saranno divisi in due classi, i soddisfatti e gli soddisfatti. Se la nuova giustizia dovrà sorgere nel mondo, essa sorgerà quando la più grande proletaria, la Russia, rinata alle auree di libertà, porgerà il conforto della sua grand'anima alle nazioni sorelle; quando le grandi nazioni dell'Oriente daran lor voce nel mondo; quando nell'Inghilterra e nella libera America vi saranno abbastanza spiriti generosi da cooperare alla redenzione dei popoli* […]"[87].

Sebbene con la caduta del muro di Berlino non si registri più la presenza dei due blocchi contrapposti – Russia da un lato e America dall'altro –, le

---

[84] La visione antropologica "*permette di superare la visione secolarizzata odierna che ostacola in modo evidente la corretta interpretazione dell'esperienza giuridica*" (Velasio De Paolis, *Note di Teologia del diritto,* Marcianum Press, Venezia, 2013, p. 462). Tanto è vero che "*l'uomo considerato nella sua unità e nella sua totalità, corpo e anima, l'uomo cuore e coscienza, pensiero e volontà*" è il centro dell'intera Costituzione conciliare *Gaudium et Spes* (Costituzione Conciliare *Gaudium et Spes,* par. 3, in http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_it.html).

[85] Antonio Lombardi, *Da Platone a Stalin*, cit. p. 80/81.

[86] La prospettiva, nell'ambito giuridico, di "nuovo umanesimo" sarebbe capace di "*ridare verità e certezza al diritto*", come afferma Velasio De Paolis, op. cit., p. 463. Accanto all'umanesimo, Una seconda categoria giuridica da riscoprire all'interno del fenomeno giuridico, ben presente, già, nell'itinerario filosofico di Lombardi, è quella della "*creazione*". Cfr., sul punto, *ivi,* p. 464: "*la storia della filosofia del diritto, che ha avuto nel diritto naturale la sua base, potrebbe fare un vero salto di qualità con la categoria di creazione, che recupera e approfondisce anche quello di natura*".

[87] Antonio Lombardi, *Da Platone a Stalin*, cit., pp. 200-201.

parole di Lombardi si rivestono di una attualità anche per quanti sono interessati all'approfondimento dei fenomeni giuridico-sociali.

Al canonista, infatti, oggi, non soltanto è chiesto di essere soggetto attivo della nuova evangelizzazione, mediante l'interpretazione del diritto, ma soprattutto di garantire "*un ordine secondo giustizia*"[88], che deve condurre ad istanze di equa ridistribuzione delle risorse, di pace e di rispetto per l'ambiente; istanze realizzabili attraverso l'esperienza giuridica che informa di sé l'intera società dell'uomo.

[88] Velasio De Paolis, op. cit., p. 467.

La religione in Giappone

Jacopo Moretto[1]

1. *Il buddismo nel Giappone arcaico*

La storia dell'arrivo del Buddismo in Giappone esprime bene le caratteristiche giapponesi: da un lato c'è una data certa e storicamente comprovata per la sua introduzione, dall'altro tutto ciò che c'è alle spalle di questa situazione sconfina nel mito[2].

Quello che si può dire per certo è che tutto comincia a partire dal Periodo Yamato (*Yamato-jidai* 大和時代, c.250 d.C.-710 d.C) cioè il periodo in cui il nascente stato giapponese comincia a darsi una forma più strutturata e questo in particolare grazie agli influssi provenienti dalla penisola coreana; infatti in storie ammantate di mito risalenti all'inizio del periodo Yamato si racconta di contatti intercorsi tra giapponesi e coreani, quello che si sa per certo è che tra i clan che dominavano il governo giapponese in quell'epoca salì alla ribalta nel sesto secolo il clan Soga (蘇我氏 *Soga uji*), una famiglia originaria dei regni coreani di Baekje (백제, 18 a.C.-660 d.C.) e Goguryeo (고구려, 37 a.C.-668 d.C.); nel sesto secolo[3] infatti Soga no Koma (蘇我高麗), probabile figlio di un esule coreano, fu nominato alto dignitario alla corte giapponese presumibilmente come leader e portavoce della comunità coreana in terra giapponese[4].

La definitiva ascesa si ebbe però con il figlio Soga no Iname (蘇我 稲目, 506?d.C.-570 d.C.) il quale riuscì a farsi nominare dall'imperatore Senka (宣化天皇, 467d.C.-539 d.C.) "grande ministro" (Ōomi 臣) e sotto il suo

---

[1] Il Dott. Jacopo Moretto, è un collaboratore del sito www.Cois.it/ asiadu.

[2] Robert Calvet, *Storia del Giappone e dei giapponesi*, Lindau, Torino, 2008.

[3] Secondo il *Nihon Shoki, Kodansha Encyclopedia of Japan*, Tokyo, Kōdansha 1983.

[4] Daigan Mastunaga, Alicia Mastunaga, *Foundation of Japanese Buddhism I The Aristocratic Age, Buddhism book International*, Los Angeles, 1978.

influsso da Baekje cominciarono ad arrivare monaci buddisti a predicare; in seguito Soga no Iname mantenne il suo incarico sotto il nuovo imperatore Kimmei (欽明天皇, 509 d.C.–571 d.C.), anzi aumentò il proprio potere dando in moglie al giovane sovrano due delle sue figlie, Soga no Kitashi-Hime e Soga no Oane-Hime, i cui figli sarebbero a loro volta stati imperatori; Iname coinvolse pesantemente il Giappone nelle guerre tra i Tre Regni di Corea (삼국시대), in sostegno dei sovrani di Baekje e in cambio il sovrano di quel paese inviò statue di Buddha e testi sacri buddhisti in Giappone che furono accolti dall'imperatore con gioia e per conservare i quali fu costruito il primo tempio buddista in Giappone nel 552d.C. e il buddismo fu riconosciuto religione dalla corte; ciò però irritò grandemente i conservatori del clan Nakatomi (中臣氏 *Nakatomi-uji*) e del clan Mononobe (物部氏 *Mononobe uji*) che controllavano rispettivamente i maestri cerimonieri di palazzo (*Jingihaku* 神祇伯) e l'esercito.

Però pochi anni dopo scoppiò un'epidemia di peste e i Nakatomi spalleggiati dai Mononobe convinsero Kinmei che questa era dovuta all'ira delle divinità shintoiste furiose con l'imperatore per aver introdotto un nuovo culto perciò questi fece gettare in mare le statue e incendiare il tempio, chiudendo questa prima parentesi buddista; ciò nonostante Soga no Iname mantenne tutti i suoi incarichi a palazzo fino alla morte.

La politica di apertura al buddismo fu proseguita dal figlio Soga no Umako (蘇我 馬子, 551?d.C.-626 d.C.); infatti l'imperatore Bidatsu (敏達天皇, 538 d.C.-585 d.C.), figlio e successore di Kinmei, confermò l'incarico di grande ministro a Umako, che lo mantenne anche sotto i successivi imperatori Yomei (用明天皇, 518 d.C.-587d.C.), Sushun (崇峻天皇, 520 d.C.-592 d.C.) e l'imperatrice Suiko (推古天皇, 554 d.C.-628 d.C.), in particolare grazie alla politica, già usata dal padre, di far sposare le sue figlie agli imperatori.

Sotto l'imperatore Bidatsu Soga no Umako reintrodusse il buddismo grazie al nuovo invio da Baekje di monaci e testi sacri e con la costruzione di alcuni templi ma come all'epoca del padre lo scoppio di una nuova epidemia di vaiolo permise ai Mononobe e ai Nakatomi di bloccare nuovamente il progetto; ciò nonostante lo stesso Bidatsu morì di vaiolo e il suo successore Yomei fu un fervente ammiratore del buddismo tanto che si racconta che Umako convinse lo stesso imperatore a convertirsi anche se la sua salute malferma rendeva questa conquista molto precaria e così il conflitto tra shintoisti e buddisti si acuì sempre più; il breve governo di Yomei fu caratterizzato soprattutto dagli intrighi di corte che videro da una parte il fratellastro Anahobe (穴穂部皇子), supportato da Mononobe no Moriya (物部 守屋, d. 587d.C.), e dall'altra Soga no Umako, che proteggeva la futura imperatrice Suiko dalle insidie di Anahobe. Ma soprattutto Umako trovò un fedele alle-

ato nel giovanissimo figlio di Yomei, il principe Shōtoku Taishi (聖徳太子, 574d.C.-621-622 d.C.), il quale vedeva il buddismo come uno strumento di modernizzazione del paese.

Così alla morte di Yomei, avvenuta nel quarto mese del 587d.C., si scatenò una violenta lotta di successione. I Mononobe ed i Nakatomi candidarono al trono il principe Anahobe mentre Soga no Umako oppose la candidatura del fratello di Anahobe principe Hatsusebe. Il contrasto fu radicale e si risolse con la battaglia di Shigisan (丁未の乱). Lo scontro vide il trionfo dell'armata Soga e la distruzione del clan Mononobe. Mononobe no Moriya trovò la morte assieme al principe Anahobe ed al capo-clan dei Nakatomi e Hatsusebe ascese al trono come imperatore Shushun.

Sconfitti gli oppositori Soga no Umako cominciò l'opera di rinnovamento del paese e come prima mossa nominò il buddismo religione ufficiale della corte e nel 588d.C. fu eretto lo Hōkō-ji (法興寺) detto anche Asukadera, uno dei primi complessi templari buddhisti costruiti in Giappone interamente però costruito e poi amministrato da coreani.

Infatti per realizzare le sue riforme Umako fece affluire in Giappone un considerevole numero di specialisti coreani e cinesi in cambio dei quali il Giappone prestò le proprie armate per scontri sul continente; Umako inoltre con l'aiuto di Shōtoku Taishi promosse una riforma dell'amministrazione pubblica su modello di quella cinese di ispirazione confuciana.

Sushun con il passare del tempo maturò un forte risentimento verso l'immenso potere di Soga no Umako e ne progettò l'assassinio. Tuttavia Umako giocando d'anticipo assoldò il sicario Yamato no Aya no Ataikoma (東漢直駒), che uccise l'imperatore nel 592d.C.

Soga no Umako a questo punto mise sul trono del crisantemo la principessa Suiko, che era carnalmente sua nipote, e per la prima volta il Giappone ebbe una imperatrice; ciò nonostante Umako prudentemente affiancò all'imperatrice Suiko come reggente Shōtoku Taishi.

Si aprì così un periodo di pace e prosperità per il Giappone in cui fiorirono le arti, il commercio con l'estero e in generale quasi ogni aspetto della vita pubblica giapponese fu riformato e innovato; l'unità di intenti tra Soga no Umako, Suiko, ed il reggente Shotoku Taishi portò ad una serie di eventi epocali che avrebbero trasformato il Giappone in un paese moderno, allineandolo ai grandi stati del continente sotto ogni profilo[5]; nel 593d.C. Shotoku Taishi fece erigere il grande complesso templare buddista di Shitennō-ji (四天王寺) e su ispirazione cinese i ruoli nella pubblica amministrazione

[5] William George Aston, *Nihongi: Chronicles of Japan from the Earliest Times*, New York, Routledge, November 1, 2010, vol. 2 p. 95 ss.

furono assegnati in base al merito e non più in base alle discendenze familiari; Nel 604d.C. fu compilata la Costituzione di 17 articoli (十七条憲法 *Jūshichijō kenpō*)[6] che fissava i codici di comportamento di governanti e sudditi nell'ambito di una società buddista, e che sarebbe rimasta in vigore fino al 1890 e venne inoltre ufficialmente adottata a corte la scrittura in caratteri cinesi.

Sotto il dominio degli eredi di Umako il buddismo continuò a prosperare e nel 627d.C., vi erano in Giappone 46 templi Buddhisti, 816 preti Buddhisti, e 569 suore Buddiste e così furono nominati dal governo un Sojo (arcivescovo) e Sozu (vescovo); questo iniziale periodo vide l'affermarsi di sei grandi scuole Cinesi (Nanto Rokushū 南都六宗 *the Six Nara Sects*): *Ritsu* (Vinaya); *Jōjitsu* (Satyasiddhi); *Kusha* (Abhidharma); *Sanron* (Madhyamika); *Hossō* (Yogacara); *Kegon* (Hua-yen)[7].

Queste scuole erano prevalenti nelle antiche capitali di Asuka(飛鳥京) e Nara (奈良市), dove erano eretti i templi più grandi e famosi; queste sette più che scuole in senso stretto potevano essere considerate dei "gruppi di studio" in cui ogni tempio di una setta ospitava numerosi aderenti alle altre.

Il Buddismo di questo periodo non era una religione in senso stretto ma era più il terreno di coltura di una serie di abili preti oratori che pregavano ufficialmente per la pace e la prosperità dello stato dell'imperatore e si contendevano fedeli grazie ad appassionate arringhe. Questo buddismo aveva ovviamente poco da offrire alle masse illetterate, poco interessate alle disquisizioni dottrinali, e si vide perciò una fioritura di "preti di strada", che spesso avevano soltanto un'infarinatura di teologia buddista, e le cui pratiche erano mischiate a elementi taoisti o shinto. Alcune di queste figure divennero immensamente popolari, e una fonte di critica per il sofisticato e accademico buddismo delle capitali[8].

Ovviamente il dominio del clan Soga sulla corte imperiale non poteva durare in eterno, anche per la sfacciata ostentazione del proprio potere esibita da parte dei Soga; così dopo che il capoclan Soga no Iruka (蘇我 入鹿, d. 645 d.C.) nel 643d.C. fece uccidere il probabile erede al trono, il principe Yamashiro Ōe, fu la stessa famiglia imperiale a muoversi contro di esso e il principe Nakano Ōe (中大兄皇子, 626d.C.-672d.C.) organizzò un complotto insieme a Nakatomi no Kamatari, (中臣 鎌足, 614d.C.-669d.C.) capo del clan Nakatomi, ed un ramo minore dello stesso clan Soga (乙巳の変 *Isshi*

---

[6] William George Aston, trans., *Nihongi: Chronicles of Japan from the Earliest Times to A.D. 697, 2 vols. in 1* (London, Keagan and Co., 1896), vol. 2, pp. 128-133.

[7] John Powers, *Japanese Buddhism. A Concise Encyclopedia of Buddhism* 1, Oxford, Oneworld Publications, 2000, pp. 103-107.

[8] Aldo Tollini, *Antologia del Buddismo Giapponese*, Torino, Einaudi, 2009.

no Hen). Nel 645 d.C. Soga no Iruka fu ucciso dal principe mentre riceveva un ambasciatore coreano, il padre Soga no Emishi (蘇我 蝦夷, 587d.C.-645d.C.) tentò di radunare i propri seguaci ma tradito dai Soga defezionisti perse ogni speranza e si suicidò nell'incendio della propria casa[9]. Il declino dei Soga segnò la fine di un'epoca, la struttura dello stato venne riordinata con la promulgazione degli Editti di Riforma Taika (大化の改新 *Taika no Kaishin*)[10], una serie di leggi basate sul modello cinese che miravano a rafforzare il potere imperiale con un maggior accentramento di potere nella capitale tramontando così lentamente il potere dei vari capi-clan delle altre province giapponesi. Il buddismo però ormai diffusosi tra l'aristocrazia, non fu sradicato, ma la corte ripristinò la superiorità dei riti shinto. Il clan Nakatomi, i cui capi tradizionalmente erano i maestri di tali riti, presero il posto dei Soga al vertice della gerarchia nobiliare, ed il nome del clan venne mutato in Fujiwara. Nakano Ōe divenne poi l'imperatore Tenji e Nakatomi no Kamatari fu il nuovo arbitro della politica giapponese.

2. *Lo Shinto*

Il buddismo però non si innestò su un terreno vergine ma anzi si confrontò con una fertile religione autoctona che comunque, non ancora strutturata in maniera dottrinale, era molto vivace e florida[11].

L'introduzione della scrittura nel V secolo d.C. e del Buddismo nel VI secolo d.C. furono al contrario un catalizzatore per lo sviluppo unitario di un sistema di credenze shintoiste. Volendone descrivere i caratteri essenziali con Shinto ci si riferisce letteralmente alla "Via dei kami". Siamo essenzialmente di fronte a una religione di stampo animista che si basa sull'idea che oltre agli esseri umani vivessero in Giappone innumerevoli altri esseri detti kami(神), di svariata origine e natura.

Nel giro di un breve periodo di tempo all'inizio del periodo Nara (奈良時代 *Nara-jidai*), furono compilati il Kojiki (古事記, *Memorie degli eventi antichi*, 712 d.C.) ed il Nihonshoki (日本書紀, *Annuali del Giappone*, c.720 d.C.), nei quali oltre a una trattazione della storia del Giappone passato si

[9] Sakamoto, Tarō, Ienaga Saburō, Inoue Mitsusada, Ōno Susumu, *Nihon Koten Bungaku Taikei: Nihon Shoki*, Tokyo, Iwanami Shoten, Publishers , 1965, Vol. II, p. 264.

[10] Kan'ichi Asakawa, *The Early Institutional Life of Japan: A Study in Reform of 645*, Tokyo, Shueisha, 1963, p. 267.

[11] Jun'ichi Isomae, *Religious Discourse in Modern Japan: Religion, State and Shinto*, Koninklijke Brill NV, Leiden, 2014.

cercò di riunificare miti e leggende esistenti in un resoconto unificato. Questi manoscritti avevano un duplice scopo: innanzitutto introdurre temi taoisti, confuciani e buddhisti nella narrativa, dandole così una struttura e una legittimità internazionale *per le popolazioni dell'area*; in secondo luogo queste narrazioni erano volte ad una legittimazione della casa imperiale, che era fatta discendere dalla dea del Sole Amaterasu (天照大). La maggior parte del territorio giapponese era sotto un controllo territorialmente discontinuo da parte della famiglia imperiale, e vi era ancora la minaccia di gruppi etnici rivali confinanti (come gli autoctoni emishi 毛人). Le antologie mitologiche, insieme ad altre antologie di poesie come il *Manyoshu* (万葉集), furono quindi uno strumento di accentramento amministrativo. Con l'introduzione del Buddhismo e la sua rapida adozione a corte divenne fondamentale differenziare organicamente il credo nativo giapponese e gli insegnamenti buddhisti.

In effetti lo Shintoismo non ebbe neppure un nome fino a che non divenne necessario distinguerlo dal Buddhismo. Quest'ultimo quindi non penetrò cancellando l'antecedente fede giapponese, ma al contrario concorse al suo consolidamento. Esso avallò infatti tutti gli dei giapponesi, considerandoli come entità sovrannaturali intrappolate nel ciclo delle rinascite.

Ciò nonostante lo Shintoismo è una religione difficile da classificare. Da un lato può essere considerata effettivamente una forma molto organizzata di animismo, ma l'esistenza di una mitologia definita la rende più una religione politeista con tratti sciamanici: "Costituiva oggetto di culto qualsiasi cosa purché incutesse timore o fosse ritenuta dotata di una forza misteriosa, benefica o malefica che fosse. Così, potevano essere venerati come kami volpi, serpenti, spade, pietre lavorate e qualunque oggetto del mondo naturale quali astri, rocce, montagne, fiumi, alberi e via dicendo"[12].

Alcuni kami sono locali e possono essere considerati come gli spiriti guardiani di un luogo particolare, ma altri possono rappresentare uno specifico oggetto od un evento naturale, come per esempio Amaterasu, la dea del Sole. Accanto ad essi sorsero poi in un epoca più tarda un ulteriore tipo di kami, gli ujigami(我氏神), che erano in sostanza spiriti di antenati che vegliavano sulla loro discendenza, da una singola famiglia ad un'intera comunità.

Ma ci sono anche altri spiriti denominati kami come gli spiriti guardiani della patria, della casa e delle virtù; spiriti di eroi giapponesi, di uomini di azioni o virtù fuori del comune, e di coloro che hanno contribuito alla civilizzazione, alla cultura ed al benessere dell'umanità; di coloro che sono

[12] Toshiaki Takeshita, *Il Giappone e la sua civiltà: Profilo Storico*, Bologna, CLUEB, 1996, p. 28.

morti per la patria o per la comunità; e di quanti sono morti pietosamente. Bisogna notare però che possono essere considerati kami nello Shinto non soltanto gli spiriti superiori all'uomo, ma anche quegli spiriti che suscitano un sentimento di pietà o che sono ritenuti deboli.

Il culto vero e proprio riguardava prevalentemente gli ujigami e i kami che si ritenevano legati al ciclo agricolo, come Tano Kami (田の神) protettore del riso, in onore dei quali ancora oggi vengono celebrate delle grandi feste, matsuri (祭) e che sono legati a un santuario, jinja (神社) in questa occasione si manifestano dei comportamenti che secondo il punto di vista occidentale possiamo definire cultuali e di preghiera, manifestazione di un'invocazione e una richiesta di aiuto che viene tradizionalmente rivolta a un'entità che si ritiene possa aiutare a soddisfare le aspettative. In sintesi lo Shinto è un complesso di pratiche magiche, usi e costumi volti a garantire il benessere e la felicità nella vita terrena e l'allontanamento dei mali del mondo. Ovviamente in quest'ottica la dea Amaterasu, patrona della famiglia imperiale, è considerata il kami più potente di tutti a cui tutti devono obbedienza.

Amaterasu era sempre stata una delle divinità più importanti essendo il kami del Sole e probabilmente era stata la dea principale in antichissimi culti solari[13]; ma con la redazione del Kojiki ed del Nihonshoki, da non dimenticare compilati anche su suggerimento imperiale, Amaterasu fu posta su un gradino ancora più alto legittimandola in sostanza come regina assoluta di tutti i kami e imperatrice dei cieli; nei testi si narra che Amaterasu aveva mandato il nipote Ninigi-no-Mikoto (瓊瓊杵尊) sulla terra per governarla e che Jinmu (神武天皇), il mitico primo imperatore del Giappone, non fosse altro che un discendente di Ninigi e quindi si poté sostenere che la famiglia imperiale discendeva in linea diretta da Amaterasu imperatrice dei kami e che come i kami obbedivano a lei così gli uomini dovevano obbedire all'imperatore che era un kami incarnato in forma umana[14]. Questo aspetto fu grandemente accentuato a partire dalla Restaurazione Meiji (明治維新 *Meiji Ishin*) del 1868 dopo la quale formalmente il potere, politico, giudiziario e religioso, fu riconsegnato nelle mani dell'imperatore. Quel che è storicamente accertato è che si assistette all'istituzione da parte del Governo giapponese di un sistema di templi shinto che promuovevano un'accentuazione dell'aspetto divino dell'imperatore e l'esaltazione dei giapponesi e del

[13] Post Wheeler, *The Sacred Scriptures of the Japanese*, New York, Henry Schuman, 1952, pp. 393-395.

[14] Fu solo con lo storico discorso dell'imperatore Hirohito nel 1946 che l'imperatore rinunciò formalmente alla sua natura divina: Peter Wetzler, *Hirohito and War*, Honolulu, University of Hawai'i Press, 1998, p. 3.

Giappone stesso, considerati spiritualmente superiori a tutte le altre nazioni (Kokka Shinto 国家神道)[15].

Gli storici sono divisi nel ritenere se e fino a quale grado a partire dal 1868 si assista a una istituzionalizzazione di una religione di Stato, ipotesi a conferma sarebbe tra l'altro dalla costituzione di un Ministero dei riti avvenuta nel 1900 mentre molti si rifanno alla ricostruzione fatta dai militari americani contenuta a seguito dell'adozione dello Shintō shirei (神道指令 la direttiva shintoista) del 15 dicembre 1945.

In questa direttiva emanata dal Comandante Supremo delle Forze Alleate (SCAP) Douglas MacArthur (Little Rock, 1880 - Washington, 1964) si fa riferimento come prove dell'instaurazione di una religione di Stato alla separazione nel 1882 dei ruoli di Stato dei sacerdoti e dei predicatori che dichiaravano che i templi non fossero entità religiose ma istituzioni civili dedite al culto dell'imperatore e alla creazione del già citato del Jinja kyoku (神社局, Ufficio del tempio) nel 1900 che disaggregava l'amministrazione dei templi dagli altri istituti religiosi.

Quale conseguenza di queste iniziative amministrative, i templi shintoisti sarebbero stati intesi da allora in poi come rientrati nello shintoismo di Stato o nazionale, e la supervisione e l'amministrazione di essi e dei riti che vi si celebravano avrebbe costituito un'importante dimensione degli affari nazionali. Misure amministrative concrete avrebbero riguardato il finanziamento del kankoku heisha (官国幣社, templi imperiali e nazionali) provenienti dalle riserve dello Stato, la presentazione degli shinsen (神饌, offerte) ai templi municipali, prefettuali e a quelli gerarchicamente inferiori, e la sistematizzazione dei riti e dei sacerdoti nei templi shintoisti.

Si discute se queste misure siano sufficienti a ritenere che lo Shinto costituisse effettivamente una religione di Stato nel senso occidentale del termine. Quel che è certo è che vari tipi di shintoimo coesistettero sino alla promulgazione di leggi e misure amministrative di vario tipo che ne regolamentarono gradualmente l'attività fino al 1945. Tuttavia va ricordato che non esisteva alcuna cornice legale certa di riferimento. Piuttosto, il sistema finì per prendere forma a seguito della promulgazione di una serie di leggi individuali e mediante l'adozione di provvedimenti amministrativi dando luogo a una normazione incerta e alimentando i dubbi di molti studiosi[16].

---

[15] Jun'ichi Isomae, "*Religion, Secularity, and the Articulation of the 'Indigenous' in Modernizing Japan*", in Bernhard Scheid, *Kami Ways in Nationalist Territory*, Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, 2013, pp. 23-50.

[16] Trent E. Maxey, *The "greatest problem": religion and state formation in Meiji Japan*, Cambridge, MA: Harvard University Asia Center, 2014, p. 19.

Il governo tentò più volte di unificare i differenti sistemi costituendo dei comitati di ricerca, tra cui il Jinja seido chōsa kai (神社制度調査会, Comitato di ricerca di sistema dei templi), costituito nel 1929 per condurre una drastica revisione delle norme amministrative che regolavano le attività dei templi. Gli unici risultati concreti prodotti da questi comitati prima del 1945 furono esclusivamente l'amministrazione congiunta di Yasukuni e di altri templi ad esso collegati come pure la creazione dello Jingiin (神祇官, Instituto delle divinità).

Con lo Shintō shirei tutte le leggi alle quali abbiamo fatto riferimento vennero abrogate. Comunque fu solo con lo storico discorso dell'imperatore Hirohito (人間宣言 *Ningen-sengen*) nel 1946 che l'imperatore rinunciò formalmente alla sua natura divina[17]: Tuttavia l'esatta interpretazione della proclamazione, stante le particolarità della lingua giapponese, non è univoca e in essa l'imperatore non rinuncerebbe a essere discendente di divinità ma soltanto a non essere lui stesso divinità incarnata (akitsumikami 現御神).[18]

3. *Ulteriori sviluppi del buddismo giapponese*

Nei secoli seguenti si vide l'arrivo dal continente in Giappone di nuove scuole e correnti buddiste e pian piano si cominciarono a formare correnti buddiste autenticamente giapponesi.

Verso la fine del VIII secolo si vide l'introduzione in Giappone della corrente del Buddismo Esoterico o Vajrayāna (密教 *mikkyō*). Il Buddhismo Vajrayāna poggia le sue fondamenta sui rituali e le pratiche meditative rivolte al raggiungimento dell'Illuminazione; i maggiori esponenti di questa corrente furono il monaco giapponese Kūkai (空海, 774d.C.-835d.C.), che fondò la scuola Shingon (真言) e il monaco Saichō (最澄,767 d.C.-822 d.C.) che fondò la scuola Tendai (天台).

In quegli anni si era sviluppata la tendenza da parte dei monaci giapponesi di andare a studiare i testi sacri buddisti direttamente in Cina al fine di ottenere maggior prestigio in patria e Kūkai e Saichō erano tra i membri più innovativi di questa tendenza.

Kūkai era un monaco originario dell'isola di Shikoku (四国), la più piccola delle quattro isole maggiori dell'arcipelago giapponese, di una famiglia nobile ma ormai impoverita che gli aveva comunque garantito un educazio-

[17] Peter Wetzler, *Hirohito and War*, Honolulu, University of Hawai'i Press, 1998, p. 3.

[18] John W. Dower, *Embracing Defeat: Japan in the Wake of World War II*, New York, W. W. Norton & Company, 1999, pp. 310-317.

ne dignitosa, tanto che il giovane Kūkai era stato chiamato a studiare come funzionario a Nara; qui però Kūkai divenne disilluso dagli insegnamenti confuciani attuati dai burocrati imperiali e si trovò sempre più attratto dal buddismo; Kūkai cominciò così una personale ricerca spirituale nel buddismo ma estraneo al complesso delle Sei Scuole[19] era pubblicamente sbeffeggiato ed emarginato[20]. Durante le sue solitarie meditazioni Kūkai si convinse che la dottrina che cercava era quella contenuta nel Mahavairocana Sutra (大毘盧遮那成仏神変加持経)[21].

Sfortunatamente Kūkai scoprì che non esisteva ancora una copia di questo sutra in giapponese così, avendo un'ottima conoscenza del cinese. decise di andare lui stesso a studiare il testo in Cina al seguito di una spedizione governativa in cui era riuscito ad entrare; lì Kūkai studiò presso vari maestri e templi fino a ricevere l'effettiva formazione nel Vajrayāna al Monastero Qinglong (青龍寺) dal maestro Hui-kuo (惠果; 746 d.C.-805 d.C.); quando Kūkai tornò in Giappone a diffondere quanto aveva imparato trovò che già Saichō aveva diffuso i dettami del buddismo esoterico presso la corte giapponese e così iniziò una fase di collaborazione e rivalità tra i due monaci.

L'ascesa di Kūkai avvenne nel 810 d.C. quando Kūkai riuscì ad entrare nelle grazie dell'imperatore Saga (嵯峨天皇, 785 d.C.-842 d.C.) e fu così nominato abate del Tōdai-ji (東大寺), il tempio principale di Nara, e in seguito, dopo aver ricevuto pubblica ammirazione anche da alcuni venerabili monaci, ordinò la costruzione di un maestoso complesso templare al Monte Kōya (高野山), che divenne il centro della scuola Shingon, e fu scelto dall'imperatore come capo del Tō-ji (東寺) uno dei due templi della nuova capitale di Heian-kyō (平安京), oggi Kyoto; il nuovo imperatore Junna (淳和天皇, r. 823d.C.-833 d.C.) affidò il tempio come sede della scuola Shingon che fu ufficialmente legittimata nel 823 d.C.

La scuola Shingon si distinse per la convinzione che l'Illuminazione non è una realtà distante, tale da richiedere innumerevoli reincarnazioni, ma un obiettivo raggiungibile nella vita attuale, coltivando il potenziale spirituale innato in ogni essere vivente. La scuola ebbe un immediato successo che sarebbe rimasto incontrastato per tutto il periodo Heian, influenzando profondamente tutta la cultura giapponese dell'epoca.

"L'enfasi [dello Shingon] sull'arte piaceva alla ben sviluppata estetica dei nobili, allettati anche dai sontuosi rituali associati con le sue parole e gesti

---

[19] Vedi § 2.

[20] Yoshito S. Hakeda, *Kūkai and His Major Works*, New York, Columbia University Press, 1972.

[21] Abe Ryuichi, *The Weaving of Mantra: Kukai and the Construction of Esoteric Buddhist Discourse*, New York, Columbia University Press, 1999.

sacri. Anche le comunità Tendai sullo Hieizan ne furono profondamente influenzate, mutuandone immagini e cerimoniali".[22]

Kūkai fu inoltre sostenitore della teoria iniziatica dello honjisuijaku (本地垂迹) secondo la quale le divinità dello Shinto, i deva e le divinità cinesi, considerate fino ad allora come esseri prigionieri del ciclo delle rinascite, appartenevano invece al regno dell'illuminazione; erano manifestazioni di Buddha e bodhisattva[23].

Kūkai fu anche uno stimatissimo calligrafo, ed è considerato l'inventore dei kana, i sillabari con i quali, assieme ai caratteri kanji di origine cinese, si scrive la lingua giapponese.

Saichō invece nacque in una famiglia di ferventi buddhisti. All'età di dodici anni i genitori lo inviarono a studiare presso il Kokubun-ji (國分寺), tempio provinciale di Ōmi (近江), sotto la direzione di eminenti maestri appartenenti alla scuola Ritsu.

Ordinato monaco nel 785d.C. come Kūkai si ritirò in meditazione in un eremo sul Monte Hiei (比叡山) e durante questo periodo approfondì le pratiche meditative e le dottrine Kegon ma anche i testi della scuola cinese Tiāntái (天台宗), basati in particolare sul Sutra del Loto (Myōhō Renge Kyō 妙法蓮華經), ma diversamente dall'amico/rivale nel 795d.C. Saichō fu coinvolto nelle politiche di corte, che cercò di usarlo come uno strumento contro le liti dottrinali delle Sei Scuole[24]; adeguatosi alla situazione Saichō ne approfittò per farsi finanziare un viaggio in Cina e casualmente si ritrovò nella stessa spedizione di cui era parte Kūkai.

In Cina Saichō approfondì immensamente le sue conoscenze sulla scuola Tiāntái tanto da essere infine insignito dal patriarca della scuola Dàòsuì (道邃) di una ordinazione speciale che di fatto indicava Saichō come rappresentante del Tiāntái in Giappone. Tornato in patria Saichō fondò quindi la scuola Tendai, emanazione giapponese della scuola Tiāntái ma si rese ben presto conto che la corte giapponese era più affascinata dalla dottrine del buddismo esoterico e così si approcciò a Kūkai. Nacque pertanto un sodalizio durato alcuni anni ma poi interrotto a causa di inevitabili inconciliabilità dottrinali, e sembra anche da uno spostamento di allievi Tendai alla scuola Shingon[25]; Saichō allora strutturò più rigidamente la propria scuola e nella

---

[22] John Caiger, Richard Mason, *A History of Japan*, North Clarendon, Tuttle Publishing, 1997, pp. 106-107.

[23] Andrew Skilton, *A Concise History of Buddhism*, Birmingham, Windhorse Publications, 1994.

[24] Paul Groner, *Saicho: The Establishment of the Japanese Tendai School*, Honolulu, University of Hawaii Press, 2000.

[25] Abe Ryūichi, *Saichō and Kūkai: A conflict of interpretations*. *Japanese Journal of Religious Studies*, Tokyo, Nanzan Institute for Religion and Culture, Vol. 22/1-2, 1995, pp. 103-137.

stessa ottica Saichō richiese alla Corte imperiale di poter effettuare le ordinazioni monastiche direttamente sul Monte Hiei, liberandosi in questo modo dal controllo dei monasteri delle Sei Scuole, luoghi di tutte le ordinazioni monastiche in Giappone, ma questa richiesta fu esaudita solo dopo la sua morte.

La dottrina Tendai si basò su quella della Triplice Verità (*enyū santai*, 圓融三諦): oltre alla Verità Assoluta e alla Verità Apparente esiste una Verità di Mezzo ed è questa la via del saggio. Altro punto fermo è la dottrina dell'hongaku (本覺) che sostiene che ogni cosa possiede una illuminazione intrinseca, originaria, unitamente all'illusione e che la relazione tra queste due può produrre l'illuminazione realizzata. Quindi per il Tendai tutti gli aspetti duali del mondo poggiano in realtà, sempre e comunque, sulla non-dualità. Il mondo va sempre concepito come espressione stessa della buddhità. Non c'è altra illuminazione al di fuori del mondo e delle sue apparenze.

Un punto di svolta della sua dottrina rispetto alla scuola madre Tiāntái fu l'introduzione e l'equivalenza (*enmitsu ichi*) tra le dottrine di quest'ultima con gli insegnamenti esoterici e in generale un sincretismo con varie tradizioni buddiste. Saichō è degno di nota anche per essere uno dei primi ad introdurre in Giappone l'insegnamento Chán (禅), base dello zen[26].

A livello dottrinale non ci furono significative evoluzioni nei secoli seguenti ma si verificò un grosso mutamento a livello concettuale intorno al inizio del X secolo, infatti parallelamente allo sviluppo della casta samuraica i vari monasteri di fronte a crescenti contrasti tra poteri politici concorrenti che appoggiavano ognuno una particolare branca buddista o per appianare conflitti dottrinali con templi rivali cominciarono a dotarsi di veri e propri eserciti, gli Sōhei (僧兵).

Gli sōhei mantenevano molte somiglianze con i "monaci guerrieri" degli ordini monastici europei. Tuttavia, a differenza di questi, si consideravano appartenenti al medesimo ordine religioso anche tra nemici. Le basi dottrinali che poterono consentire a dei monaci buddhisti di prendere le armi e usare la violenza sono riscontrabili nel Mahayana Mahaparinirvanasutra (大般涅槃經) importantissimo sutra buddista di origine sanscrita[27].

Tra gli sohei più potenti ed organizzati vi erano quelli delle scuole Shingon e in particolare Tendai, il monastero di Enryaku-ji (延暦寺) sul Monte

---

[26] vedi § 4, 5.

[27] Così Paul Williams: «*svariati brani del Mahaparinirvana sutra, particolarmente famosi ed influenti, ammettono anche l'omicidio per la difesa degli interessi del Dharma, incluso l'omicidio di chi diffama la vera Dottrina e dunque per ragionevole conclusione, la propria setta*», in Paul Williams, *Il Buddhismo Mahayana*, Roma, Ubaldini, 1989, p. 185.

Hiei divenne con il tempo una vera e propria fortezza brulicante di uomini armati. Il primo conflitto armato avvenne nel 949 d.C. quando un gruppo di 56 monaci organizzò una protesta presso la residenza di un funzionario imperiale a loro avverso. Questo tipo di proteste si protrassero per tutto il decimo secolo fino a quando non si registrano i primi morti. Nel 970 d.C., in seguito ad una disputa tra il Enryaku-ji e il santuario shinto di Yasaka (八坂神社) a Kyōto i tendai formarono il primo esercito di monaci guerrieri nella storia del Giappone. Non è mai stato chiarito comunque se questo esercito fosse esclusivamente formato da monaci guerrieri oppure se tra le loro file vi fossero anche dei mercenari. È invece provato che con la costituzione di questo esercito monastico fu redatto anche il primo codice comportamentale che tra le altre regole stabiliva il divieto assoluto per i monaci di abbandonare le armi prima di 12 anni di esperienza. A partire dal 981d.C. vi furono le prime vere e proprie battaglie tra gli eserciti dei templi di Enryaku-ji e Miidera. Spesso all'origine degli scontri c'era la nomina ad abate del tempio rivale di qualche membro del proprio tempio non ben considerato o contrasti su questioni di etichetta.

Questi conflitti si aggravarono sempre più tanto che è rimasto celebre il commento dell'imperatore abdicatario Shirakawa (白河天皇, 1053d.C. -1129d.C.): "Solo tre cose sfuggono al mio controllo: le piene del fiume Kamogawa, i dadi da gioco e i monaci armati del Enryaku-ji"[28], tutto ciò continuò fino al XII secolo quando tutto il Giappone fu coinvolto nella brutale Guerra di Genpei (源平合戦, 1180 d.C.–1185 d.C.). Infatti anche se le faide tra i templi non cessarono, furono sormontate da più rilevanti eventi.

4. *Le Teorie buddiste rivoluzionarie*

Come abbiamo avuto modo di vedere, una volta definite le diverse figure di riferimento dello shintoismo e del buddismo inizia una elaborazione di queste dottrine religiose tesa ad adeguarle allo sviluppo della società e alle esigenze di allargamento di queste ad una più ampia fruizione sia delle classi dominanti che della popolazione, con l'obbiettivo di elaborare quei valori di riferimento che con il tempo caratterizzeranno la cultura giapponese.

Un grande rivolgimento e rinnovamento del buddhismo si vide già in epoca Sengoku e nella seguente Momoyama Jidai; fu in questo periodo che cominciarono infatti a evolversi forme di buddhismo autenticamente giap-

[28] Toshiaki Takeshita, *Il Giappone e la sua civiltà: Profilo Storico*, Bologna, CLUEB, 1996, p. 48.

ponesi e non sviluppate da scuole cinesi o indiane, che pure portarono nuove idee innovative nell'arcipelago[29].

Per adattarsi alla nuova epoca e alle rinnovate condizioni sociopolitiche si svilupparono infatti nuovi modi di pensare adatti alle mutate esigenze: si svilupparono forme di buddhismo adatte all'etica dei samurai. Tra esse sorse anche il buddismo che era alla base della costituzione della setta dei guerrieri dell'Ikkō-Ikki.

Uno dei primi e più importanti innovatori religiosi giapponesi fu il monaco Shinran. Dalla Cina la filosofia della Terra Pura arrivò in Giappone nel XII secolo, e fu organizzata in una scuola separata dal monaco Hōnen[30], detto Hōnen Bo Genku, (法然, 1133-1212) e dal suo discepolo Shinran Shonin (親鸞聖人, 1173-1262). Hōnen fu un monaco della setta Tendai (天台宗) al grande complesso monastico del Monte Hiei (比叡山) ma fu fortemente influenzato dalla dottrina del *mappō* (末法), che predicava il declino della legge divina (Dharma). Hōnen vide i suoi tempi come un'epoca di irrimediabile decadenza in cui nessuno era tanto abile da liberare da solo se stesso dal ciclo di morti e rinascite (*jiriki* 自力). Per Hōnen era chiaro che gli ideali dei Bodhisattva erano stati persi nella generale ignoranza; gli uomini di quell'epoca erano così coinvolti nel cattivo karma da essere incapaci di provare vera altruistica compassione per gli altri, requisito essenziale per divenire Bodhisattva.

Hōnen riteneva che la buddhità non potesse essere ottenuta da soli: conscio delle umane limitazioni, invocava l'appoggio di un "Altro Potere" (*tariki*, 他力), che in questo caso era il Buddha Amida (帶業往生), per ottenere la liberazione. La novità di questa pratica era che non era necessaria alcuna pratica particolare ma la sola invocazione del Buddha Amida[31], chiamata *nembutsu* (念佛): la formula *Namu Amida Butsu* (南無阿弥陀仏: Io mi rifugio nel Buddha Amida), avrebbe permesso all'anima di raggiungere il nirvana, Hōnen infatti riteneva l'anima degli uomini troppo corrotta per evocare correttamente l'immagine del Buddha Amida ed era perciò necessario invocarne soltanto il nome per la propria salvezza eterna. Tutti gli uomini

---

[29] Hank Glassman, *The face of Jizō : image and cult in medieval Japanese Buddhism*, University of Hawaii Press, Honolulu, 2012.

[30] George Bailey Sansom, *A history of Japan to 1334*, Stanford University Press, Stanford, 1958, *passim*.

[31] Amida è il Buddha della luce infinita o della vita infinita. L'Amidismo è un movimento nato all'interno del Buddismo Mahayana ed è caratterizzato dalla fede totale nel Buddha, dall'invocazione ripetuta del suo nome (Nenbutsu) e dalla promessa di rinascere nella Pura Terra (Jodo), il paradiso buddista. È una fede molto particolare nel Buddismo, e sembra abbia collegamenti col pensiero Indù della Devozione (Bacti) e con le altre religioni mediterranee.

possono salvarsi credendo fermamente al desiderio salvifico universale di Amida Buddha e affidandosi completamente a lui, recitando il Nome del Buddha, in quanto il *nembutsu* non era considerato una pratica e non generava meriti karmici. Si creò così una dottrina estremamente semplice che si diffuse ampiamente; non c'era quindi nessun bisogno di chiese, dogmi, sacerdoti o culti particolari, come del resto non aveva senso la distinzione tra nobili e popolo. Per queste sue idee rivoluzionarie Hōnen fu aspramente avversato dalla nobiltà ed esiliato da Kyōto. Hōnen fondò comunque la sua scuola della Terra Pura (浄土宗, *Jōdoshū*)[32].

Le innovazioni di Shinran, ancora più radicali di quelle del maestro, scandalizzarono molti. Egli infatti seguì lo stesso percorso del suo maestro, ma arrivò a conclusioni ancora più drastiche; Shinran predicò infatti che mentre si recita il nenbutsu bisogna totalmente abbandonarsi e smarrire la coscienza di sé e Amida e la Terra Pura non divengono altro che lo stato della mente libera da ogni attività mentale, la sua dottrina arrivò così a somigliare fortemente alla corrente zen. Shinran insomma diede importanza all'atto di fede totale (*shinjin*, 信心) nella forza salvifica di Amida Buddha, più che al recitare il Nenbutsu, le varie forme di esso e il numero di volte di recitarlo; inoltre Shinran insegnava una sorta di sacerdozio comune di tutti i praticanti, non facendo differenze tra laici e monaci e addirittura abolendo il voto del sacerdozio, consentendo anche ai religiosi di prendere moglie; ciò originò un nuovo modello di vita buddhista.

Ne nasce la divisione all'interno della corrente della Terra Pura chiamata fra i gruppi *Jōdoshū*, seguaci di Hōnen, e coloro che accettarono tutte le innovazioni di Shinran, che fondarono una nuova scuola detta Jōdo Shinshū (浄土眞宗 "Vera Scuola della Terra Pura").

I seguaci di Shinran formarono comunità secolari molto attive sia sul piano culturale (attraverso grandi centri di istruzione popolare) che economico. Progressivamente tali comunità, chiamate *Ikkō* [unica direzione] per la loro compattezza, andarono acquistando grande potere economico e militare.

Un altro grande riformatore buddista fu il monaco Nichiren (日蓮, 1222-1282), ispiratore della moderna Soka Gakkai; Nichiren, noto anche come Nichiren Daishōnin (日蓮大上人), condivise con Hōnen e Shinran la stessa base di partenza riguardo alle disgrazie dell'animo umano nell'era *mappo,* ma arrivò a conclusioni totalmente diverse[33]. Nichiren cominciò i suoi stu-

---

[32] Maria Chiara Migliore, Samuela Pagani, *Inferni Temporanei: visioni dell'Aldilà dall'estremo Oriente all'estremo Occidente*, Carocci, Roma, 2011.

[33] In Italia la Soka Gakkai ha Costituito l'Istituto Buddista Italiano, con sede in Firenze, che ha ottenuto il riconoscimento della personalità giuridica civile con il Dpr 20 11. 2000 Quale ente

di Buddhisti in un tempio vicino Kyōto, il Seichoji (清澄寺, oggi chiamato Kiyosumi-dera), ma lasciò presto il tempio per studiare a Kamakura e alcuni anni dopo viaggiò nel Giappone occidentale in particolare nell'area di Kyōto e Nara, dove erano ubicati i maggiori centri di studi Buddhisti, per ampliare le sue conoscenze. Durante questo periodo, egli si convinse della preminenza del Sutra del Loto e infine ritornò a Seichoji.

Nichiren infatti, rileggendo tutti i sutra, comprese che l'essenza dell'insegnamento di Shakyamuni si sarebbe trovata nel Sutra del Loto della Buona Dottrina e più propriamente nel suo appellativo Myōhōrengekyō (妙法蓮華経) ripreso dalla dottrina Tendai e da lui considerato l'unico e definitivo sutra in grado di elevare l'uomo. In particolare Nichiren, rispetto alle scuole amidiste che indirizzavano il pensiero della gente verso la vita ultraterrena, scelse di interessarsi ai problemi dell'uomo nel mondo terreno e nella vita reale e alla loro risoluzione mediante la sua dottrina; la missione di Nichiren era trasformare questo mondo reale nel paradiso del Buddha mediante la recitazione di una formula, chiamata *daimoku* (題目: "titolo"): *Namu Myōhō Renge Kyō* (南無妙法蓮華経,) e per fare ciò esercitò tali e tante pressioni sul Kamakura bafuku perché adottasse il suo sutra che ciò lo portò ad avere notevoli problemi.

Infatti Nichiren scrisse vari ammonimenti allo shogun perché abbandonasse gli insegnamenti provvisori e si dedicasse a quello che lui considerava il Vero Buddhismo, con il risultato di venire perseguitato da tutti i capi delle scuole avverse e a venir esiliato prima nella penisola di Izu (伊豆半島, *Izu-hantō*), poi sull'isola di Sado (佐渡島). Il suo più accanito oppositore era il prete Ryōkan (良観), che tentò addirittura di farlo decapitare, facendolo arrestare con non ben specificate accuse da Hei No Saemon (平の左衛門), capo della polizia locale, a Tatsunokuchi (辰口町), ma in alcuni scritti a lui

---

esponenziale della comunità religiosa Soka Gakkai i rappresentanti dell'Istituto hanno chiesto e ottenuto di aprire una trattativa con lo Stato per la stipula di una intesa ai sensi dell'art. 8 della Costituzione. Una apposita commissione dovrebbe redigere una specifica intesa ma, malgrado ogni sforzo profuso, le trattative non si sono ancora concluse, mentre è stato siglato l'accordo per quanto riguarda l'Unione Buddista Italiana. La commissione governativa, composta dai funzionari dei ministeri volta a volta interessati, era presieduta da Franco Pizzetti, segretaria Nardini; la commissione per parte dei buddisti era composta da Elsa Bianco (presidente), Maria Angela Falà, Fausto Guareschi, Leopoldo Sentinelli e, in qualità di esperto ai sensi dell'art. 4 DPCM 14.3.1997, da Nicola Colaianni. Una mancata apertura di uno specifico tavolo di trattative con la Soka Gakkai ha suscitato le più vive proteste da parte dell'organizzazione, la quale vanta una relativamente ampia diffusione nel paese (63.294 membri nella penisola da dati Censur). Sui problemi scaturiti dall'intesa con l'UBI e in generale sui rapporti con il buddismo, cfr.: F. Alicino, *Lo strano caso dei ministri di culto buddisti. Ovvero la legge sui culti ammessi Vs legge di approvazione delle intese*, in "*QDPE*", n. 2 agosto 2013, pp. 409-429; Nicola Colaianni, *L'intesa con i buddisti*, in *Osservatorio per le libertà religiose*, www.olir.it, aprile 2004.

attribuiti si narra che un meteorite caduto proprio in quel momento sulla spiaggia terrorizzò i soldati che decisero di abbandonarlo, appunto, nella gelida isola di Sado, dove il Daishōnin sopravvisse grazie all'enorme fede.

Nichiren, a questo punto, si convinse della sua deità e, abbandonata la sua "provvisoria" identità di prete mortale, rivelò la sua "vera" identità di reincarnazione del Bodhisattva Jōgyō (上行菩薩) o addirittura del Vero Buddha (本仏: *hombutsu*), secondo alcune interpretazioni. Il 16 gennaio 1272 tenne un dibattito religioso contro varie centinaia di monaci provenienti da altre scuole, vincendolo. In seguito grazie anche a questo episodio ottenne il perdono dal bakufu e fu rimpatriato a Kamakura dove ammonì per la terza e ultima volta lo shogun di convertirsi.

Purtroppo Nichiren non fu ascoltato, e si autoesiliò poiché per la legge Giapponese un prete che ammonisce tre volte il governo, ma rimane inascoltato, o si esilia o viene condannato a morte; Nichiren si ritirò sul monte Minobu (身延山),dove successivamente scrisse i suoi insegnamenti.

Nichiren fu inoltre particolarmente aggressivo nei confronti delle altre scuole buddhiste, in particolare verso l'amidismo, con cui Nichiren era dottrinalmente in contrasto; perciò la sua scuola, detta banalmente Nichirenshu (日蓮宗) o Hokkeshu(法華宗), fu tradizionalmente faziosa, fanatica ed assai interessata ai problemi politici dello Stato.

In tutt'altra forma si sviluppò invece la più tipica delle scuole buddhiste giapponesi, lo zen[34]; tradizionalmente, lo zen seguì relative radici ascrivibili già al buddhismo indiano, dove era conosciuto come "*dhyāna*" (ध्यान), un termine Sanscrito per la meditazione. Questo nome è stato traslitterato nel cinese come *Chán* (禪);"Chán" e successivamente è stato traslitterato in Coreano come *Seon* (선) ed ancora in giapponese come Zen (禅). Secondo alcune tradizioni, un mitico monaco indiano chiamato Bodhidharma (बोधधिर्म) portò il buddhismo zen in Cina nel quinto secolo[35]. Successivamente monaci cinesi e coreani che studiavano in Cina, imparato lo zen, lo diffusero fino al Giappone intorno al settimo secolo. Lo zen infatti era la derivazione giapponese della scuola cinese Chan e fu portata in Giappone inizialmente da monaci buddhisti cinesi.

I veri fondatori dello zen furono però due monaci giapponesi che avevano passato un periodo di studio in Cina[36]. Il primo fondatore fu il monaco

---

[34] Daisetz T. Suzuki, *Zen and Japanese Culture*, Princeton, Princeton University Press, 1993.

[35] Sul buddismo Zen: Reginald Horace Blyth, *History of Zen: Nangaku branch*, Tokyo, Hokuseido Press, 1976; Heinrich Dumoulin, *A History of Zen Buddhsim*, London, Faber and Faber, 1963; John C.H. Wu, *The Golden Age of Zen*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1968.

[36] Thomas Hoover, *La cultura zen*, Milano, Mondadori, 1981.

Myōan Eisai (明菴栄西, 1141-1215), detto semplicemente Eisai Zenji (栄西禅師: " il maestro zen Eisai"), che fondò la scuola Rinsai (臨済宗: *Rinsai-shū*); Eisai cominciò i suoi studi, come tutti i monaci buddhisti, presso l'Enriakuji ma insoddisfatto delle teorie buddiste ortodosse si spinse al monte Tiantai (天台宗) in Cina, sede centrale della dottrina buddista giapponese Tendai, e lì per la prima volta sentì parlare della dottrina Chan; in seguito divenne discepolo del maestro chan Xuan Huaichang (虚庵懐敞) e, tornato in patria, dopo alcuni anni trascorsi come maestro chan ufficiale iniziò la predicazione; secondo la tradizione fu lui a introdurre in Giappone il tè verde, così tipico dello zen.

Più famoso e celebrato fu il suo successore e discepolo Dōgen Zenji (道元禅師; 1200-1253) che aprì la scuola Sōtō (曹洞宗: *Sōtō-shū*). Secondo Eisai e Dogen il fine ultimo del buddhismo è un percorso intimo e individuale di ogni essere umano e si può raggiungere solo rimanendo continuamente in meditazione zenista(*zazen*, 座禅). Lo zazen consisteva semplicemente nella meditazione da seduti, accompagnata da determinate posizioni delle mani e determinati ritmi respiratori, con l'obiettivo di portare la mente a un vuoto produttivo; non meditare, non riflettere; semplicemente respirare e tentare di non pensare. Per arrivare a questo stato non bisognava forzare i pensieri ma permettere che fluissero, sgombrare la mente, elevarla oltre il limite; lo zazen doveva essere caratterizzato dal *mushotoku* (無所得) cioè assenza di scopo e spirito di profitto.

Al contrario dell'Amidismo, che esortava all'abbandono totale e passivo di se alla carità del Buddha Amida lo zen insistette sulla necessità di dedicarsi con tutte le proprie forze alla pratica meditativa, assumendo un ruolo attivo nel percorso spirituale; inoltre mentre per l'Amidismo il buddismo doveva servire a salvare il debole genere umano dal peso degli affanni quotidiani lo zen predicava che il buddismo era la vita reale di tutti i giorni.

Lo Zen prediligeva infatti l'atto puro, l'azione diretta, assieme a tutti quei modi di rapportarsi all'esperienza senza troppi vincoli culturali, e dunque anche l'intuizione.

Caratteristica fu la particolare concezione del vuoto per lo zen; il "mu" (無), l'indicibile nulla dello Zen, era qualcosa di estremamente dinamico, stato germinale di tutte le cose, condizione di ogni possibilità, contenitore del tutto. Uno dei modi di indicarlo è l'*enso*, un ideogramma dalla forma circolare che è tra i simboli più significativi dello Zen.

Obiettivo della pratica Zen era pervenire al satori (悟), l'illuminazione che porta a un più alto livello di coscienza. Satori e vuoto erano due concetti complementari che si sostenevano l'un l'altro, e proprio dalla concezione zen del vuoto è possibile capire la differenza tra il nirvana della tradizione

buddista e il satori. Se il primo si presentava infatti fondamentalmente come rinuncia al mondo e distacco da esso il satori si proponeva una partecipazione attiva e consapevole al mondo e non una fuga da esso.

Lo zen riscosse un grande successo presso i bushi a causa del grande autocontrollo che lo caratterizzava (e lo caratterizza ancora oggi); la scuola Rinsai fu particolarmente legata a pratiche di arti marziali e quindi più apprezzata da soldati e bushi, mentre la scuola Sōtō fu più apprezzata da artisti e aristocratici.

Un'altra dottrina rivoluzionaria giapponese fu quella degli yamabushi[37] (山伏), degli Asceti-Guerrieri che vivevano isolati sui monti, seguaci del buddhismo Shingon. Gli yamabushi nacquero come *yamahoshi*, gruppi isolati sulla montagna di eremiti, asceti e "uomini santi", che seguivano il cammino spirituale dello shugendō (修験道), una filosofia di ricerca di energie spirituali, místiche o sopranaturali ottenuta attraverso un percorso ascetico.

Shugendō era una antichissima dottrina di studio dei rapporti tra Uomo e Natura. "Shugendō" letteralmente significa "La via della crescita psichica e spirituale". Questa filosofia era centrata su uno stile di vita ascetico e scarno e incorporava studi di altre dottrine filosofiche; oltre a una mescolanza di Buddismo e Shintoismo vi si trovavano influssi taoisti, confuciani e dell'antico sciamanesimo emishi (蝦夷) e forse perfino zen.

Lo shugendō includeva pratiche strettamente ascetiche come il digiuno, la meditazione, l'uso di mantra e di mudra per raggiungere dimensioni estatiche. Gli Yamabushi ricercavano il "Kantoku" (完投), lo "Stato di Illuminazione", e per fare ciò si avvalevano di vari rituali di iniziazione, di pratiche sciamaniche, di danze e canti estatici. Erano soliti meditare sulla cima delle montagne sacre o presso le cascate e in quei luoghi costruivano templi per il culto; spesso fungevano anche da guaritori. Lo shugendō si divideva in due rami principali: la scuola del tempio Onzan (恩山寺), legato al Buddismo Tendai, e la scuola del tempio Tozan (東山寺), facente capo alla scuola Shingon del Buddismo esoterico Mikkyo.

Infatti molti di questi asceti, in aggiunta alla loro devozione allo shugendō, studiavano gli insegnamenti della setta Tendai o della setta Shingon; entrambe le sette infatti ponevano enfasi sull'isolamento, e lo studio e la contemplazione di se stessi e vedevano le montagne come il luogo ideale per ogni sorta di isolamento e contemplazione della natura.

Il fondatore dello Shugendō è considerato En no Gyōja (役行者, 634-706), detto anche En no Ozunu (役小角) un asceta e mistico leggendario ritenuto in possesso di incredibili poteri; egli fu venerato come il bodhisattva Jinben Dai (役行者).

---

[37] Stephen Turnbull, *Japanese Warrior Monks AD 949-1603*, Oxford, Osprey Pub Co., 2003, *passim.*

I monaci che seguivano questa dottrina furono conosciuti con una grande varietà di nomi, come kenja (賢者), kensa (検査) e shugenja (修験者); i mistici montani furono rinominati per le loro supposte abilità magiche e conoscenze occulte, ma non solo; nei loro ritiri montani, questi monaci studiarono la natura e i testi e le immagini religiose ma anche numerose arti marziali.

Lo studio delle arti marziali era visto come un modo per superare se stessi mentalmente e spiritualmente, oltre che fisicamente, ma era anche un modo per difendersi da banditi, altri monaci e samurai; infatti grazie al loro carisma e la loro aura magica gli yamabushi furono invitati a corte e il loro potere politico crebbe e nel Sengoku Jidai gli yamabushi formarono milizie organizzate chiamate konsha, e grazie a queste konsha, allo stesso modo dei sohei, gli yamabushi divennero membri di una potente confraternita di monaci-guerrieri e arrivarono a controllare larghe porzioni di territorio[38].

5. *La Soka Gakkai*

Per effetto della globalizzazione e una sempre maggiore circolazione delle persone e delle idee e a causa della crisi di valori che caratterizza oggi l'occidente il buddismo si è affermato in Europa, soprattutto in Francia, ma anche in Italia. Si registra nel nostro paese la presenza di diverse scuole, anche se il fenomeno è difficilmente censibile e quantificabile a causa del carattere individualista delle scelte che caratterizza il buddismo.

Ciò non ha impedito che particolari scuole buddiste, anche di origine giapponese, si siano diffuse e abbiano acquistato caratteri di visibilità grazie al natura particolarmente strutturata e organizzata che queste comunità religiose possiedono.

Uno dei casi più rilevanti è certamente costituito dalla Soka Gakkai (dal giapponese *Sōka Gakkai*, 創価学会: società per la creazione di valori), un movimento religioso giapponese di origine buddista fondato nel 1930 dall'educatore giapponese Tsunesaburo Makiguchi (牧口 常三郎)[39].

Inizialmente la Soka Kyoiku Gakkai raggruppava un piccolo gruppo di

---

[38] Abbiamo usato il termine scuola invece di setta perché ci sembrava più corretto morfologicamente. Sulla denominazione delle entità religiose e sulle differenze tra confessione, comunità, associazione e società religiose vedi: Giovanni Cimbalo, *Integrazione dei migranti: un Islam plurale per l'Europa*. (Rielaborazione dei marcatori ordinamentali della nozione di "culto" e di "confessione religiosa" nella prospettiva dell'U. E.), in *Revista General de Derecho Publico Comparado*, Iustel, Luglio, 2009.

[39] Kiyoaki Murata, *Japan's New Buddhism. An objective account of Soka Gakkai*, New York-Tokyo, Weatherhill, 1969.

educatori che erano interessati e rispondenti alle idee educative di Makiguchi. Mentre il gruppo professava la fede nel buddismo di Nichiren come base per le proprie teorie educative, essa si fondava sui concetti ideologici chiave della ricerca, condotta da Makiguchi per tutta la vita, intitolata la "Filosofia del Valore" (Kachi Ron)[40]. Nonostante i deboli inizi, la Soka Kyoiku Gakkai si sviluppò gradualmente fino a diventare un gruppo numeroso e connotato dal punto di vista religioso. Alla fine divenne un movimento riformista focalizzato sulla diffusione della "Filosofia del Valore" nella società giapponese, come principio guida per la vita quotidiana[41].

Con la seconda guerra mondiale, il governo militarista nipponico avviò una politica fortemente accentratrice per cui in nome della pace e della sicurezza nazionale tutte le religioni vennero sollecitate a federarsi e a riconoscere su di loro la prevalenza dello Shintoismo, in quanto religione di Stato giapponese. Nel 1943 Makiguchi con altri leader dell'organizzazione rifiutò di accettare queste forzature e venne perciò arrestato e incarcerato insieme ai suoi principali discepoli. Makiguchi morì poi in carcere il 18 novembre 1944 all'età di 73 anni. Il 3 luglio del 1945 Josei Toda, braccio destro di Makiguchi, venne rilasciato.

Dopo la seconda guerra mondiale e l'adozione della Costituzione voluta dagli americani che assicurava e garantiva la libertà di culto, il discepolo di Makiguchi e secondo presidente Josei Toda nel 1946 decise di rinominare la società Soka Gakkai (Società per la creazione di valori), persuaso che la missione dell'organizzazione non dovesse fermarsi solo all'ambito educativo, ma creare le condizioni per una concreta applicazione del Buddismo di Nichiren come modello di vita e di azione per le persone comuni. Il 3 maggio 1951 Toda diventò il secondo presidente della Soka Gakkai, e si ripromise di convertire 750.000 famiglie alla fede della Nichiren Shōshū. Nel 1957, in piena guerra fredda, pronunciò una storica dichiarazione contro le armi nucleari. Da allora le iniziative per la pace avrebbero costituito una delle attività principali della Soka Gakkai. Il 2 aprile 1958 Toda morì. Il 3 maggio

---

[40] Tsunesaburo Makiguchi, *L'educazione creativa*, Milano, La Nuova Italia, 2000; Dayle M. Bethel, *La creazione di valore. Vita e pensiero di Tsunesaburo Makiguchi*, Milano, Esperia, 2006; Arno Ken Kumagai, *Value-Creating Pedagogy and Japanese Education in the Modern Era*, in «*Journal of Oriental Studies*», n. 10, 2000, pp. 29-45.

[41] Per una interpretazione delle idee del maestro e una loro attualizzazione vedi: Tsunesaburo Makiguchi, *Philosophy of Value, Overseas Bureau Translation Division*, Edizione rivista e ampliata da Josei Toda, Tokyo, Seiko Press, 1964. Rispetto alla società occidentale si trattava all'origine di un movimento di innovazione pedagogica, per alcuni versi assimilabile, sotto il profilo educativo, alle scuole che adottavano il metodo Montessori o a quelle ispirate dalla pedagogia libertaria di Francisco Ferrer. Sul punto vedi Maria Montessori, *Manuale di pedagogia scientifica*, Napoli, Morano, 1921; Tina Tomasi, *Pedagogia libertaria e formazione umana*, Firenze, La Nuova Italia, 1973.

1960 Daisaku Ikeda divenne il terzo presidente della Soka Gakkai[42].

Nel 1968, Ikeda fondò una serie di istituzioni esterne ma affiliate alla Soka Gakkai come la Soka University, l'associazione concertistica "Min-On", e il Museo Fuji. Tra esse va ricordato il partito politico Kōmeitō (公明党), ancora adesso attivo sotto altre denominazioni. Oggi la Soka Gakkai International, fondata nel 1975, è una ONG accreditata presso le Nazioni Unite[43], presente in 198 paesi del mondo e annovera diversi milioni di seguaci. In Italia la Soka è presente in quasi tutte le regioni italiane e conta 70 mila fedeli certificati dal Censur, tra cui la Presidente della Camera Laura Boldrini, il calciatore Roberto Baggio, la regista Sabina Guzzanti e la cantante Carmen Consoli tra gli altri.

In base a ciò la Soka Gakkai Italia ha avviato fin dalla fine degli anni '90 le procedure per stabilire una Intesa con lo Stato Italiano, analogamente ma separatamente rispetto alla Unione Buddista Italiana (UBI); mentre l'intesa con l'UBI è giunta alla sua conclusione ed è stata firmata il 4 aprile 2007 e conferisce oggi agli aderenti a questa organizzazione uno statuto giuridico particolare e consente ad essi di accedere ai benefici dell'8x1000 le trattative con la Soka Gakkai si sono trascinate fino ad oggi senza esito, sia per varie problematiche dottrinali da analizzare, sia per la cattiva fama che il proselitismo *shakubuku*[44] della Soka ha attirato in molti paesi del mondo, come in Francia[45] e in Belgio.

In particolare i dubbi della commissione di trattativa sembrano riguardare quattro aspetti fondamentali.

– Il primo è l'individuazione certa di una divinità a cui il fedele deve votarsi; questo è un problema controverso per la Soka perché benché ufficialmente il fedele raggiunge l'illuminazione attraverso la recitazione del Sutra del Loto coloro che ne fanno parte danno grande enfasi alla figura di Nichiren, tanto da essere stati accusati da altri gruppi di ispirazione nichiren, come il Honmou Butsuryu Shu (本門佛立宗), di considerare Nichi-

---

[42] Daisaku Ikeda, *La rivoluzione umana*, Milano, Feltrinelli, 1965; Atsushi Mizoguchi, *Ikeda Daisaku: Kenryokusha no Kōzō* ("*Daisaku Ikeda: The structure behind a man with power*"), Tokyo, Kōdansha, 2005.

[43] http://www.unodc.org/ngo/showSingleDetailed.do?req_org_uid=2355

[44] Il termine significa confutare ed ha origine nella notte dei tempi, quando le scuole buddiste usavano confrontarsi attraverso dibattiti, al fine di dimostrare la correttezza degli insegnamenti seguiti. Non significa quindi 'tentare di convincere', bensì eventualmente 'dimostrare' la validità degli insegnamenti attraverso il dialogo e la propria esperienza di vita. In sostanza il fedele soka dovrà usare il shakubuku con amici e parenti al fine di illuminarli e, secondo molti, più nuovi fedeli si portano più si sale di livello nell'organizzazione. La stessa Soka al giorno d'oggi usa una forma di proselitismo più blanda.

[45] http://www.cftf.com/french/Les_Sectes_en_France/cults.html

ren un vero e proprio dio, ridimensionando e sminuendo lo stesso Buddha Sakyamuni.

– Altra questione dibattuta è quella riguardo i luoghi di culto; per i fedeli soka la pratica religiosa più importante è la recitazione di versi scelti del Sutra del Loto e delle sillabe «Nam myoho renge kyo». Nella liturgia della Soka Gakkai queste due pratiche prendono il nome di Gongyo (勤行) e Daimoku (題目). La recitazione del Gongyo si fa al mattino ed alla sera di fronte al Go-honzon; lo scopo è per i credenti quello di dare il ritmo giusto alla giornata e di stabilire dentro di sé una pratica assidua e corretta.

Il Daimoku, invece, consiste nella recitazione di «Nam myoho renge kyo», a volte anche per più ore consecutive. Il Daimoku ha come funzione principale quella di consentire a chi lo recita di entrare in diretto contatto con il flusso del ritmo fondamentale della vita, e permettere al praticante un graduale sviluppo esistenziale verso una consapevolezza della vita sempre più profonda. Il Go-honzon (御本尊, "Oggetto di culto") è un mandala iscritto su di una pergamena redatta in caratteri cinesi e sanscriti. Il Go-honzon è una fedele copia del Dai-Gohonzon iscritto da Nichiren in una tavola lignea e conservato tutt'oggi nel padiglione Hōan-dō (奉安堂), presso il tempio Taiseki-ji (大石寺). A tutti gli effetti per i fedeli soka il luogo dove essi erigono il proprio Go-honzon è il luogo di culto, anche se sono considerati allo stesso modo i centri dove i fedeli si riuniscono per recitazioni collettive del Daimoku.

– La Terza questione, e una delle più intricate, è quella dei ministri di culto. Fino al novembre 1991 la Soka Gakkai era affiliata alla comunità di monaci Nichiren Shōshū (日蓮正宗), che forniva anche a ogni membro della Soka il proprio Go-honzon personale, ma in quel periodo il patriarca Nikken ufficializzò la rottura del sodalizio tra i suoi monaci e i membri della Soka, sembra a causa di una lotta di potere con il presidente Ikeda, e intimando la restituzione dei Go-honzon. Oggi i Go-honzon usati dalla Soka sono delle copie di una pergamena trascritta nel 1720 da Nichikan Shonin (1665-1726), il 26° patriarca della Nichiren Shoshu offerta alla Soka da un monaco a loro favorevole mentre il patriarca Nikken ha ufficialmente scomunicato i membri della Soka e considera i Go-honzon soka "falsi". Più in generale oggi la Soka considera ministri di culto qualunque fedele diriga una recitazione collettiva, fedele che può in linea teorica cambiare ad ogni incontro.

– Il quarto aspetto, e il più oscuro, riguarda l'uso di una lingua rituale da parte della Soka Gakkai, infatti sebbene le meditazioni Gongyo e Daimoku debbano essere recitate vocalmente in lingua, questo è più un fatto mnemonico che una regola stabilita. Il "daimoku", che significa "titolo" in giapponese, è la semplice ripetizione vocale della frase Nam-myoho-renge-

kyo, che non è un mantra bensì il titolo del Sutra del Loto. In realtà il titolo del Sutra del Loto è soltanto Myo-ho-renge-kyo, che significa: "La Legge del Sutra del Loto". Quel "Nam" anteposto esprime devozione, dunque Nam-myoho-renge-kyo significa "Sono devoto alla Legge del Sutra del Loto" o anche "Onoro la Legge del Sutra del Loto". Il "Gongyo", che significa invece "pratica assidua", è la lettura, mattina e sera, dei capitoli 2 e 16 del medesimo Sutra, in giapponese medioevale. Per la Soka Gakkai, comprendere il testo di ciò che si recita oppure no è un problema del tutto secondario, in quanto l'efficacia della pratica sarebbe data dall'esecuzione materiale della pratica stessa, non dalla comprensione di ciò che il Sutra del Loto vuole dirci. Però sono solo queste formulazioni, risalenti a quel particolare antico testo sacro, che vanno pronunciate in una lingua specifica mentre per tutte le altre funzioni, come ad esempio i matrimoni, si usa abitualmente la lingua corrente; si rende perciò difficile stabilire se sia contemplato o no l'uso di una lingua rituale da parte dei fedeli soka.

Per poter sviluppare la propria attività in Italia beneficiando di tutte le facilitazioni concesse dalla legge alle confessioni religiose presenti in Italia l'associazione religiosa ha dato vita a un proprio ente esponenziale rappresentato dall'Istituto Buddista Italiano Soka Gakkai, con sede in Firenze. È stato quest'istituto ad avanzare la richiesta di intesa che ha incontrato l'opposizione soprattutto di ex-aderenti all'organizzazione, i quali lamentano di essere stati indotti a legarsi economicamente all'organizzazione, acquistandone i prodotti e di subire forti pressioni in occasione del loro recesso dall'organizzazione stessa. In questa circostanza "particolare" i forti metodi di condizionamento utilizzati dalla Soka presso i suoi aderenti continuano a condizionare l'atteggiamento dello stato nei confronti dell'organizzazione.

6. *Alcune brevi considerazioni conclusive*

Oggi non possiamo che prendere atto che il mondo è ormai un "villaggio globale", dove gli spostamenti degli uomini e delle merci da un capo all'altro del globo sono all'ordine del giorno. Perciò è naturale pensare che queste dottrine buddiste, fino a ora relegate solo al Giappone, e in forme diverse in Cina e in Indocina, si siano diffuse in Occidente e penetrino sempre più nella società globalizzata segnando il futuro del XXI secolo[46].

[46] La Francia è il paese in Europa dove il numero dei buddisti è più alto sia in percentuale che in valore assoluto e tocca la cifra di circa 1 milione di aderenti. il più noto e antico centro buddista del paese è il *Plum Village Buddhist Center* (denominato anche Lang Mai) centro monastico praticante il buddhismo theravada ubicato nella regione della Dorgogna nel sud della Francia.

Ovviamente è bene segnalare che come queste religioni influenzano il mondo occidentale, così esso le influenza a sua volta, insinuando in esse concetti come il rapporto Stato-Religioni, che finisce per incidere sulla nozione stessa di religione e tutto questo rischia di pervertire e corromperne gli insegnamenti originari. Ciò lascia spazio alle correnti più integraliste che sostengono l'immutabilità della dottrina al di la del tempo e dello spazio. Benché ci riferiamo ad un atteggiamento generale certo questo fenomeno tocca in maniera marginale questo tipo di religioni.

È infatti da ricordare che l'approccio alla spiritualità usato da queste scuole è nettamente diverso, e in alcuni casi incompatibile, con quello delle religioni del libro che prevale nel mondo occidentale. Ne è un esempio la minima rilevanza data alla figura di un dio creatore nelle religioni di origine orientale.

L'odierna società capitalistica, con la sua enfasi sui successi individuali, ben si sposa con gli insegnamenti buddisti, alla cui base di partenza vi è un approccio personale tra l'individuo e il Buddha, che tende a valorizzare le potenzialità dell'individuo e non si accompagna a una visione comunitaria del culto. Tuttavia questo è per molti versi un travisamento dei fondamenti più sacri del buddismo, con il suo culto per gli umili e la rinuncia ai beni terreni, condizioni imprescindibili per arrivare alla rivelazione.

Mafia e scomunica. (I. Latae sententiae)

Raffaele Pascali - Michelangelo Pascali

1. *Il foro occulto: la mafia, la religione e l'esattezza del rito. "La corda di Bergoglio"*

1. Uno degli istituti più singolari del diritto canonico è costituito dalle pene *latae sententiae*, istituto molto discusso – sul piano delle garanzie – pur nel non amplissimo cerchio degli specialisti in diritto penale ecclesiastico. Ora, tale ambito del diritto ecclesiastico di rito latino non si occupa mai, almeno direttamente, di *peccati*, ma solo di *crimini*. Ciò che rimane confinato nell'animo umano (*in interiore hominis*) e sfugge all'esteriorità (visibile o occulta che sia) non riguarda (non è di stretta *competenza* tecnica) di questa sfera giuridica circoscritta. Conseguentemente (e all'inverso) è di sua competenza (o *anche* di sua competenza)[1] tutto ciò che possa *potenzialmente* apparire delittuoso, anche se espresso nel chiuso di una cella e, di fatto, visibilmente sconosciuto (un aborto compiuto dalla madre e ignoto a tutti; una formula scismatica appena abbozzata in un appunto riservato ossia occultato e via dicendo, ma non semplicemente elaborato – senza esteriorità alcuna – nel chiuso della mente; ovviamente, un delitto formalmente perfetto cioè, per il criminale, mai accertato).

Ognuno naturalmente sa, in questa sede, anche qualora fosse interessato alla questione solo alla luce laica della mera rilevanza sociale, che non ci sarà alcun dubbio, indotto dal mero *nomen iuris*, sulla natura del crimine (nell'ordine suo) e sul regime di sua trattazione.

In ovvia tesi sono scontate e sono (o si danno) per note e presupposte le semplici regole distintive sulle qualificazioni terminologiche identiche, ri-

[1] Nel senso che, come ogni fattispecie umana, il crimine ecclesiastico è oggetto o può divenire oggetto di autonoma considerazione per ogni diverso magistero o specola, scientifica o no, di riflessione: compresa la valenza religiosa, morale, sociale, che qui direttamente ci riguardano.

guardanti diversi fenomeni o addirittura diversi rami del diritto (per cui, per esempio, la medesima espressione «diritto ecclesiastico» designa nel lessico italiano due materie assolutamente diverse e, specie nel passato, tradizionalmente contrapposte: il 'diritto ecclesiastico' della Chiesa cattolica, detto pure diritto canonico, e il 'diritto ecclesiastico' dello Stato, ossia il diritto ecclesiastico *civile* (di disciplina e controllo del fenomeno religioso), quello che il diritto germanico definisce, con opportuna precisione, *Staatskirchenrecht* e che si estenderebbe alla intera disciplina civile del fenomeno religioso. Comprenderebbe, per intenderci, secondo una parte della dottrina, perfino la normativa di tutela della libertà del 'non credere' (riguardante gli indifferenti, gli agnostici e gli atei, professi o no, e sicuramente, a parer nostro, i *nones*[2]). In questo significato *esteso*, tuttavia, la storia della materia dovrebbe astrattamente pur dare qualche conto alla purezza lessicale, anche se non sembra questo il tempo che valorizza i rasoi scientificamente scriminanti.

Se il tema in esame riguarda i rapporti tra l'essere mafioso e il dichiararsi cattolico e la condanna della Chiesa della compagine criminale come tale e per ogni singolo sodale, occorre subito precisare che, allo stato attuale, non ancora esiste, a livello di *codex iuris canonici*, il delitto di mafia come crimine canonico, specificatamente definito e contemplato in un canone. Vero, infatti, è che il diritto penale della Chiesa ha delle peculiarità sue proprie e, anzi, delle singolarità che difficilmente possono essere *ictu oculi* delibate dall'osservatore laico lontano da quel *sentire*, non necessariamente empatico, ma essenziale sotto il profilo cognitivo, che conduce, come d'incanto, ad una migliore comprensione della materia (la scienza si produce infatti con la mente, non necessariamente con la fede o solo con la fede). Almeno di tanto è convinto Pio Fedele, il più grande canonista del secolo trascorso: «Anche le costruzioni dei canonisti sono, come tutte le altre costruzioni giuridiche, un giuoco di logica; non sono professioni di fede. Non bisogna essere credenti per intendere»[3].

Il diritto penale ecclesiastico sembra, infatti (e meno male), aver percorso un sentiero idealmente inverso rispetto a quello attraversato in alcuni momenti dal diritto penale dello Stato, nell'acquisizione della propria identità, della coscienza dell'autonomia giuridica di ciascuna materia; della *suità*, diremmo con appropriato francesismo. Vicende sempre separate e lontanissime tra loro hanno condotto a uno spirito delle discipline oramai maturo e

---

[2] Fenomeno, questo, di rilevante interesse, del quale si preconizzano – da noi – e si attendono le inevitabili e puntuali – sempre a parer nostro – lacerazioni intestine tra atei professi e deisti affidati, questi ultimi simboli e testimoni di razionale e civile tolleranza.

[3] Pio Fedele, *Lo spirito del diritto canonico*, Cedam, Padova, 1962, p.13.

assai singolare. È proprio il caso di dire: *unicuique suum.*

Non sempre è stato così. Se l'elaborazione scientifica ha prodotto materie diversissime entrambe definite "diritto penale", ci fu un tempo in cui l'infanzia del diritto penale ecclesiastico, tradotto in canoni, si trastullava in ingenue raffigurazioni sinottiche[4], mentre il diritto penale dello Stato, da troppo tempo e sempre impropriamente umiliato, essendo stato confinato dalle concezioni privatistiche fondate sui diritti reali assoluti (e, implicitamente, più 'veri' diritti) in una dimensione prevalentemente amministrativa e quindi discrezionale, che, *di per sé*, non gli competeva proprio per niente (basti ricordare il primato della legge, rivendicato perfino da Robespierre – avvocato, oltre che politico – in piena Rivoluzione francese, che pretendeva, peraltro nella tradizione di ottimi presupposti[5], di ridurre la funzione del magistrato a mera "bouche de la lois"[6]), costruiva rigorosamente la propria autonomia scientifica, con quella pagina d'oro di Arturo Rocco del 1910 su *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, dopo la cui pubblicazione nessuno avrebbe più dubitato della scientificità peculiare del diritto penale dello Stato. Un vero e proprio scrimine dogmatico che distinse per sempre il passato dall'attualità della disciplina[7].

Altra storia e assai diversa quella del diritto penale nella Chiesa, per la quale nessuna comparazione è ammissibile. Ivi, ogni categoria giuridica laica consolidata, pur integralmente richiamata, a livello lessicale, è fatalmente destinata a strumentalmente infrangersi ogni volta che siano in giuoco i fini propri della Fondazione. È troppo noto perché lo si debba ancora ripetere che ivi ogni norma e ogni principio sono costretti a essere disposti, piega-

---

[4] Giuseppe Stocchiero, *Diritto penale della Chiesa e dello Stato italiano*, Società Anonima tipografica, Vicenza, 1932.

[5] …e contro i gravi abusi di diritto del periodo storico in cui si trovava. Si auspicava, addirittura, la scomparsa della parola "giurisprudenza" sarebbe dai futuri vocabolari. Precisamente, affermando che «se un'autorità diversa da quella del legislatore potesse interpretare le leggi, essa finirebbe per alterarle e per elevare al di sopra la sua volontà» (discorso del 25 maggio 1790 dinanzi alla Costituente), riteneva che «questo termine di giurisprudenza dei tribunali deve essere cancellato dalla nostra lingua», giacché «in uno Stato che ha una Costituzione e una legislazione, la giurisprudenza dei tribunali non è nient'altro che la legge» (discorso del 18 novembre 1790 alla Costituente). Similmente paladino dell'ortodossia legalista Danton, per il quale il giudice doveva puramente essere "il servo della legge".

[6] Si rammenti che l'espressione è tradizionalmente associata al nome di Montesquieu e alla sua concezione sulla separazione dei poteri dello Stato, che ha precedenti illustri anche nel mondo classico della filosofia greca (con il dialogo su *La Repubblica* di Platone e la *Politica* di Aristotele). Nel conflitto tra i poteri, secondo l'elaborazione ripresa sulla base del pensiero lockiano, il potere giudiziario deve essere sottoposto solo alla legge, di cui deve riprodurre alla lettera i contenuti (deve essere, appunto, la "bocca della legge").

[7] Arturo Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, nella *Rivista di diritto e procedura penale*, I, Casa Editrice Vallardi, Milano, 1910, pp. 497-521.

ti, se necessario, per il conseguimento, permanente e ininterrotto, di quei princìpi supremi dell'*ordo canonicus* (*salus animarum* e *salus Ecclesiae*, non sempre in armonica concordia tra loro) senza i quali l'esistenza stessa della istituzione terrestre, comunque qualificata e intesa, sembrerebbe non avere senso e significato alcuno.

Certezza del diritto, *favor rei*, principio di legalità, previetà della normativa penale, esigibilità e coattività della norma punitiva canonica sono concetti continuamente richiamati e adattati, raffinatamente funzionali alla sola funzione salvifica della Chiesa, perché la perdita eterna di una sola anima non vale la sua stessa (della Chiesa) vita. Nell'*ordo canonicus*, non sempre e non necessariamente, si persegue solo il bene (maggioritario) comune, il rispetto della regola fine a se stessa, ma si ricerca il bene irripetibile della salvezza di ciascuna singola anima smarrita. Diviene così (anzi, *è*) lettera morta ogni principio che possa condurre a perdizione. Da cui, l'inafferrabilità e labile vacuità di ogni superba costruzione giuridica che tenti di definire un *noumeno*, che subito cessa di essere tale se colto (con intelletto ed empatia) nella sola sua funzione esistenziale.

Si capisce il non senso di ogni comparazione tra materie nominalmente identiche, con le medesime categorie giuridiche di riferimento, quando esse siano del tutto estranee tra loro, eccetto che per il valore giuridico e punitivo valevole *erga omnes*[8] e quanto agli effetti perseguiti rispetto a ciascuna singola 'anima'. Sono materie diverse, entrambe repressive e salvifiche, per il bene pubblico e per il singolo reo, ma non interessate ad ogni estrinseco raffronto funzionale. Il diritto penale canonico è infatti, di per sé, un'autentica singolarità. Le sue sfumature sono dai più accorti canonisti avvertite come pressoché insondabili.

Il fallimento di ogni definizione tradizionale che abbia tentato di chiarire lo spirito – unico e incomparabile – della disciplina è, per chi abbia sensibilità scientifica e sappia veramente leggere, sotto i suoi stessi occhi. Lo stesso rifugiarsi – anche nella specificazione lessicale (quella locuzione "peculiarità del diritto penale ecclesiastico", con variazioni minime, continuamente ricorrente nell'intestazione dei saggi dei sommi maestri: basti pensare a Jemolo e Pio Fedele) – coglie mirabilmente aspetti diversi e ogni intuitiva singolarità della materia, sino a illuminarne lo spirito. Naturalmente, quel che vale per i maestri, non regge per i loro epigoni, che sono riusciti persino a corrompere il rigore della disciplina in favore di una flessibilità e non esigibilità fine a se stessa, tanto da insidiare la stessa natura peculiare, ma

[8] Ovviamente, verso tutti coloro che si trovino in una prevista condizione.

certamente *giuridica*, della materia. Questa, per le stesse invocate ragioni salvifiche, è *esigibilissima*[9], checché ne pensi la scienza del diritto ecclesiastico, i cui meriti sono sotto gli occhi di tutti, maturata al Nord d'Italia all'ombra di provvidenziali fondazioni ideologicamente destinate e, quanto al Sud, al sole di Bisceglie, a Bari, a Foggia e in terra di taranta.

Pure, per chi voglia indugiare in ingannevoli raffronti temporalmente circoscritti (beninteso), che peraltro inducono ad acquisire *in corpore vili*, per così dire, alla luce sperimentale di singole temperie, la lontananza tra i diversissimi rami del diritto punitivo, a seconda dell'ordine di riferimento, basterà ricordare quell'attimo fuggente, che segnò per sempre una mutazione nella storia. Se è controverso il princìpio per cui *historia non facit saltus* e se non del tutto condivisibile è l'asserzione per la quale il '68 nacque cattolico, è certo almeno che le brezze sessantottine (sia stato o no «il '68 quel ['un'] rasoio che separò il passato dal futuro», secondo la definizione del *Time*) non risparmiarono rilevanti contestazioni all'interno della Chiesa cattolica. È certo che alla fine fu possibile riscontrare rilevanti innovazioni e qualche significativo mutamento. Un bersaglio importante di critica fu il diritto (compreso il diritto penale canonico, anzi soprattutto esso) e vi fu chi – forse troppo affrettatamente – si precipitò a sentenziare la fine della Chiesa come società giuridica perfetta[10]. Il diritto penale della Chiesa non sparì dal codice come pretendevano i più radicali contestatori, ma ne risultarono accentuati i permanenti caratteri discrezionali della disciplina, non disgiunti però da quella rigidità essenziale e sorprendente della materia non altrettanto avvertita dalla dottrina come necessaria (di cui frutto maturo sono, a parer nostro, proprio le pene *latae sententiae*, che irretiscono *sicut sagitta*, con la suprema sanzione – la scomunica – i loro destinatari, come nei casi qui in oggetto, l'intera compagine criminale, abbia o no la mafia sostanza ordinamentale giuridica, e ciascun singolo mafioso).

Pure assai noto, per doverlo qui rimarcare, dovrebbe essere il fatto che i due diritti ecclesiastici di regola si contrappongono o almeno sistematicamente si distinguono, stante la temperie attuale di estrema collaborazione tra Stato e Chiesa, che ha indotto qualcuno[11] a parlare duramente, ma non

---

[9] *Contra*: Raffaele Coppola, *La non esigibilità nel diritto penale canonico*, Cacucci, Bari, 1992, pp. I-314.

[10] Mario Cuminetti, Fernando Vittorino Joannes, *Fine della Chiesa come società perfetta*, Arnoldo Mondadori, Milano, 1969.

[11] Mario Tedeschi, *Presentazione*, in Salvatore Prisco, *Laicità. Un percorso di riflessione*, Giappichelli Editore, Torino, 2007, pp. IX ss.; Mario Tedeschi, *Manuale di Diritto Ecclesiastico,* Giappichelli Editore, Torino, 2010, *passim*; Lisa Bilotti, *Fra laicità dello Stato & confessionismo strisciante* (*http://www.kultural.eu/component/content/article/466*).

infondatamente (tutt'altro!) di 'confessionismo strisciante'[12]. Anzi, tale è la devozione che la pressoché unanime classe politica italiana attuale suole riservare alla Chiesa cattolica, in una polifonia di fonti diverse, ma che alla fine risulta oggettivamente ben intonata, quasi fosse orchestrata (tra cori angelici e tripudio di turiboli), che l'unico Stato pontificio ancora vigente nel mondo parrebbe finanche essere, di fatto, l'attuale Stato italiano sedicente laico. D'altra parte, nessuna formazione politica rinuncerebbe a cuor leggero al sostegno o alla non ostilità di un organismo potente come la Chiesa cattolica. E così, alla ricerca dei resti di una (sostanzialmente) perduta laicità, non si può che guardare (sembra una provocazione, ma non lo è) ai laici cattolici, espertissimi nella distinzione tra Cesare e Dio, e allo smarrito insegnamento della storia. Il fatto è che alla chiarezza distintiva teorica («date a Cesare…») finora non è mai corrisposto nella storia un discrimine, un trinciante distintivo, veramente dirimente[13]. Lo Stato pontificio storico non si privò viceversa di strumenti laici nella gestione del potere.

Anche per il procuratore di Cesare è tuttavia (teologicamente) apprestata una singolare croce, con il suo terribile peso, che giustamente non si chiama tale, ossia 'croce', per evitare imbarazzanti blasfemie terminologiche, ma che (*unicuique suum*), piaccia o no, lo si avverta o no, è l'inevitabile gravame (politico) della laicità comunque denominata e configurata. Rinunziarvi, in tutto o in parte, come se fosse veramente possibile, è voler ignorare, in violazione dei princìpi, la necessità dell'esercizio di una prerogativa essenziale per lo Stato, per i cristiani teologicamente fissata, comunque variamente espressa: il *potere civile esercitato come potere civile*. Ancor più chiaramente: significa non assolvere all'adempimento di un debito d'ufficio. Ad esempio, la disciplina autonoma, e magari spregiudicata, da parte di un Cesare, di fenomeni delinquenziali, che vanno contrastati e non alimentati, quando si tratti di scegliere il male minore, comporta un'importante limitazione del danno, per il (miglior) bene possibile[14]. La Chiesa, libera da un secolo e mezzo dal peso

---

[12] In tal guisa, si contrappongono come categorie di comprensione la *Distinzione* (nella teorica) e la *Confusione* (nella *praxis*).

[13] Ogni politico curialista, così come ogni curato di campagna o precettore di qualsiasi grado (eccetto quello supremo che fa storia a sé), volendo esemplificare a caso, tuona coerentemente contro qualsiasi disciplina civile e compromissoria di fenomeno riprovevole (droga, prostituzione e quanto altro) dimentico, sempre per esempio, che nello Stato pontificio, ai tempi del Papa-Re, v'erano a Roma, col supporto di apprezzate motivazioni etiche e sociali, più bordelli che a Parigi. Il denaro sarà pure stato – almeno a quei tempi – lo sterco del diavolo, ma il Re Pontefice (dell'epoca, beninteso, da intendersi senza ironia, specie pensando alla grandezza peculiare di Bergoglio) non poteva esimersi tra l'altro dall'essere anche un assai equilibrato amministratore. *Pecunia olet*, certamente, ma alla luce della necessità di governo finanziario, non sempre con la medesima repellente intensità.

[14] Sono chiamate in causa, tra le molte citabili, le normative in tema di droghe, di gioco d'azzardo,

di un effettivo governo temporale, oggi non può che riferirsi a valori proclamati senza compromessi, senza indulgere nelle alchimie, spettanti ai politici, spesso per l'appunto necessarie alla ricerca del 'minor male', perseguito pur sempre per il 'comune bene'.

Questo, solo per rimarcare la diversità e la distinzione certa di ruoli e di funzioni e l'assoluta indipendenza formale dei rispettivi ordinamenti (ciascuno dei quali dichiara la propria primarietà e indipendenza, presupponendo di essere *superiorem non recognoscens*). Ci mancherebbe che ciò non fosse presupposto dovuto e pur esso rituale e sentito. Tuttavia, accanto agli *scrimina certa*, sussiste non soltanto l'*ordinata colligatio*, di cui i concordati sono suprema espressione, ma pure, ovviamente, il piano delle contingenti necessità, ove s'inscrive l'oggettiva lotta al crimine organizzato per il bene dell'uomo da parte dei diversi e qualche volta contrapposti ordinamenti. Lotta dunque promossa e combattuta, ciascuno a suo modo, sia dalla Chiesa che dallo Stato.

E così, nonostante l'enorme risonanza anche mediatica e di condivisione empatica suscitata dal discorso di papa Francesco sulla condanna senza appello della mafia e dei mafiosi nella Piana di Sibari, quello storico intervento

---

di ricco mercato della prostituzione e, in ultimo, ma non per importanza, di lotta alle immigrazioni clandestine. Ciò, mentre anche l'agenzia per le droghe e il crimine delle Nazioni Unite ha ipotizzato il 9 marzo 2014 la depenalizzazione degli stupefacenti e anche nel nostro Paese si ripresentano timidi passi in direzione della decriminalizzare del mercato delle cosiddette "droghe leggere", pure sotto la scorta delle chiare indicazioni espressa nella *Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore nazionale antimafia e dalla Direzione nazionale antimafia nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso*, presentata nel gennaio 2015, sul «totale fallimento dell'azione repressiva» sull'effettiva diffusione della *cannabis* (leggibili in *http://www.camera.it/temiap/2015/03/04/OCD177-1033.pdf*, pp. 357 ss.), a prescindere dalle esperienze consolidate statunitensi, prima della California, poi del Colorado, in grado di sanare qualsiasi disavanzo di bilancio, attenuare i crimini, ipotizzare (come promessa) il poter restituire parte delle tasse ai contribuenti. (A questo riguardo, ci si consenta però di confessare quanto per noi sia difficile credere alle promesse dei politici in qualsiasi tempo e luogo. Ricordiamo come, non a caso, su un muro di Pompei, accanto alle promesse elettorali, possa ancora leggersi: «Admiror, paries, te non cecidisse ruina qui tot scriptorum tedia sustineas»; liberamente traducibile in «O muro, come fai a non crollare sotto il peso di tante menzogne!»). Così, "depenalizzare le droghe funziona", poteva leggersi nel resoconto di Wiebke Hollersen sviluppato sullo *Spiegel* (*Drogen-Experiment in Portugal: Speed für zehn Tage ist erlaubt*, in *http://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/drogenpolitik-portugal-streicht-strafen-fuer-den-konsum-von-drogen-a-888188.html*) con riferimento alla situazione in Portogallo che, dopo l'approvazione della legge 30/2000 in vigore dal luglio del 2001, ha visto diminuire il consumo di tutte le droghe, arretrare l'epidemia di AIDS, scemare il numero dei reati. Lucrare sulla legalità del vizio (droghe comprese) potrebbe astrattamente, almeno per taluni, persino consentire di assistere, come per gli alcolisti, il drogato cronico, che in fondo è pur lui in parte una vittima, una volta che sia incappato nel vizio e negli ingranaggi di un sistema malavitoso egemone. Forse il drogato morirà lo stesso ucciso dal vizio, come oggi l'alcolizzato, ma non per una dose tagliata male o per una rapina necessaria all'acquisto della dose del vizio e sarà più facile per la sanità assisterlo (e per la comunità tutta prevenire suoi atti socialmente pericolosi).

contro la mafia del giugno 2014, lungamente atteso – non certo il primo in senso temporale, ma il primo per durezza e chiarezza – si presta a non poche riflessioni, niente affatto solo marginali, perché papa Bergoglio è sì fino in fondo pastore francescano (*nomen omen* sicuramente, perché prescelto) ma è parimenti di raffinata fattura intellettuale e inconfondibile, essendo gesuita (è la sua specifica formazione dialettica). Certo, non appare dalla intenzionale semplicità dei suoi atti e delle sue parole, sempre estremamente efficaci e alla portata di tutti, ma per chi guardi alla complessità dei temi trattati (da ultimo sui rapporti tra criminalità organizzata e pubblica devozione), all'accurato bilanciamento dei segni esteriori, non è impossibile non tanto leggere (perché sarebbe troppo) ma almeno inferire per trasparenza l'esasperato approfondimento delle implicazioni dogmatiche dei suoi atti e delle sue parole. Si pensi ora, per capire le ragioni di una apparente contraddizione:

a. alle ragioni, anche teologiche e di salvezza pastorale («Non sono i sani che hanno bisogno del medico, ma i malati; non sono venuto per chiamare i giusti, ma i peccatori» [*Mr.* 2, 17; nonché *Lc.* 5, 31-32]) e alla contiguità territoriale tra comunità malavitose e Chiesa locale che hanno costantemente costituito il presupposto (per nulla solo occasionale o incidentale, ma in qualche modo strutturale e *necessario*) di un rapporto, mai veramente interrotto né eludibile, tra Chiesa e uomini (singoli) appartenenti alla criminalità (anche organizzata; ed è qui il punto più delicato);
b. alle ragioni o al mero fatto che il Pontefice ha escluso, in altro contesto, che il ministro sacro sia, di per sé e automaticamente, obbligato a negare i sacramenti al peccatore apparentemente *certo*, almeno visibilmente (diremmo con riferimento agli atti documentati dallo stato civile). Questi, pur in stato di apparentemente *sicuro* peccato e *delitto* canonico (e fino a ieri sembrava il caso dei divorziati[15], che non abbiano semplicemente subìto la divisione coniugale), ove chieda e invochi, silenziosamente e di fatto, la comunione in Assemblea (*coram Ecclesia*), non è certo – sostiene Bergoglio – che debba essere privato dei sacramenti. Tutt'altro[16].

---

[15] Marco Ansaldo, *Il Papa: comunione ai divorziati, nulla di male*, da *la Repubblica*, 24 aprile 2014: «"Lei può fare la comunione senza problemi". Questo avrebbe detto il Papa a una donna argentina, sposata civilmente con un marito divorziato dalle prime nozze. […] La Santa Sede non ha voluto fare commenti sull'autenticità della telefonata. Ma non ha nemmeno smentito la notizia. Per la Sala Stampa vaticana, si tratta di una comunicazione privata del Pontefice».

[16] Dopo la presentazione del documento preparatorio del Sinodo sulla famiglia (*Instrumentum Laboris*) dell'ottobre 2015 (leggibile in *https://w2.vatican.va/content/francesco/it/audiences/2015/documents/papa-francesco_20150624_udienza-generale.html*), al di là dello schermo dello stile («At-

Non v'è chi non possa astrattamente dubitare della coerenza nel trattamento di due categorie di peccatori totalmente diverse tra loro, entrambe tuttavia desiderose di vivere, nonostante i peccati (ma quale uomo non è anche un peccatore?) in comunione con la Chiesa. Per parlare ancora più chiaramente, il dubbio che potrebbe sorgere, in tema di *delitto e scomunica*, oggi, è questo: secondo il diritto canonico tradizionale il divorziato che dinanzi allo Stato scioglie il matrimonio canonico e si risposa civilmente è per la Chiesa un 'concubino' (lo si chiami o no tale). Come mai Bergoglio vuole, faticosamente e non senza gravi avversioni interne, riammettere ai sacramenti i divorziati (non pentiti, che intendono continuare a vivere come divorziati le nuove nozze) e viceversa vuole escludere camorristi[17], *'ndranghetisti* e mafiosi dalla comunione ecclesiastica? È chiaro che la percezione sociale tra i casi citati è assai diversa (e pure, ovviamente, la loro sostanza), ma sempre in tema di "delitto e castigo" sul piano del diritto canonico formale siamo (*concubinato* nel divorziato non pentito; *associazione criminale* e crimini connessi per le comunità mafiose[18]). Pure, la contraddizione è più apparente che reale, perché – per sua natura – la Chiesa non può non compulsare il peccatore, chiunque esso sia[19], mafioso compreso, perché ritrovi la via della salvezza smarrita. Quindi, anche il mafioso ha dinanzi a sé spalancata, *ove lo voglia*, la strada della salvazione[20].

Si hanno – dal difficile confronto – già importanti spunti e segni di formale contraddizione estrinseca e potenziale composizione, da valere quale

---

torno a noi troviamo diverse famiglie in situazioni cosiddette irregolari – a me non piace questa parola –») e delle riflessioni incidentali (non originali di Papa Francesco né nuove) sulle scriminanti necessarie in tema di divorzio («Ci sono casi in cui la separazione è moralmente necessaria, quando appunto si tratta di sottrarre il coniuge più debole, o i figli piccoli, alle ferite più gravi causate dalla prepotenza e dalla violenza, dall'avvilimento e dallo sfruttamento, dall'estraneità e dall'indifferenza») o semplicemente e genericamente caritatevoli («Non tutti i separati, però, sentono questa vocazione. Non tutti riconoscono, nella solitudine, un appello del Signore rivolto a loro»), rimane il tema insoluto del rispetto dei canoni, posto che la Chiesa ritiene di disciplinare il proprio ordinamento secondo previsioni giuridiche formulate (nel rispetto prevalente dei princìpi supremi del sistema).

[17] Correlativamente, si ricordi la posizione don Aniello Manganiello che, parroco a Scampia, negava la comunione ai camorristi e persino il battesimo ai loro figli (si noti che lo stesso ha affermato di essere stato allontanato da Napoli anche per questo: Davide Sanzone, *"Contro la camorra non solo muscoli. Le persone si salvano con la dignità"*, *la Repubblica*, 13 settembre 2013).

[18] Incidentalmente, si ricordi che nel film *The Family* del 2013 scritto, diretto e prodotto da Luc Besson (adattamento cinematografico del romanzo *Malavita* di Tonino Benacquista del 2004) la donna protagonista, moglie del boss pentito, dopo essersi lungamente confessata in una chiesa francese è scacciata dall'inorridito prete dalla locale comunità cristiana in quanto additata sdegnosamente come strumento al servizio del male.

[19] (E ciascuno attraverso i mezzi più adatti).

[20] (Che forse – formalmente – non è data percorrere, in maniera scontata, al divorziato risposato con altri figli e quanto altro).

meri cenni per più meditate riflessioni (sullo sfondo di un contesto dogmatico, destinato fatalmente a emergere, forse, in tempi non lunghi; anche se è impossibile essere, a riguardo, precisi, sul *come* e sul *quando*). Se la vita incessantemente tenta la chiusura astrattamente perfetta dei canoni (eppure alla perenne ricerca di equilibri migliori: ricordate il *melius in re perpensa*, di infinita saggezza) e se i sentieri di salvamento sono infiniti (come quelli della possibile dannazione) c'è costantemente del fermento nel nuovo, cui forse adeguare la norma ideale, senza rischio di contenere nell'incessante transizione il vino nuovo in otri vecchi o comunque idealmente non più adeguati ai tempi.

Non v'è dubbio che il Pontefice, nella circostanza accuratamente prescelta, per la condanna alla mafia, era chiamato a dar vita ad una missione logicamente impossibile, ma non rinviabile o eludibile con prescrizioni o vaticini sibillini. Insufficiente l'illusione cumana (*Ibis redibis…*). Si trattava viceversa di dar soluzione (e non sarebbe stata l'unica volta) ad una sorta di rituale quadratura formale del cerchio (formale, ma storicamente materiale nella contaminazione etica con l'attuale reale). La Chiesa è tradizione e rito e la 'svolta', per chi vuole vedere elementi di frattura, ma sarebbe più giusto parlare di evoluzione tra passato e presente, era stata lungamente preparata da atti e documenti. *Historia non facit saltus* e neppure le direttive magistrali della Chiesa. Il luogo e il tempo, apparentemente casuali e non precostituiti secondo tradizione, ma, come detto, in realtà accuratamente prescelti, consentivano l'erezione di un altare assai appropriato per la dichiarazione di una scomunica, che è frutto e già seme rituale di gravose opzioni conseguenti.

Il rito, anzi il rito sacro (tecnico e sacro), così imprescindibile per la Chiesa, nell'edificazione del Regno, è stato sempre essenziale e alla base di ogni scienza e conoscenza. La cosmogonia che intende comprendere matematicamente il linguaggio della creazione e ogni scienza derivata, chiamata a dominare il prometeico fluire della vita (e, non a caso, Eschilo ci rammenta come Prometeo stesso sia stato il padre del numero), sono all'origine numero e rito. Il vincolo (si pensi al "trattato della corda" di Sulvasutra), comunque denominato, è di necessità legato alla perfezione – divina e matematica – del rito, simboleggiato dalla *corda*. Anzi rito e *corda*, esattezza e perfezione, sono originariamente *una* sola cosa.

Qui si trattava di rendere compatibile la condanna senza appello di una struttura antisociale, la mafia come istituzione, al servizio del male (dell'«adorazione del Male», per usare la stessa espressione del Pontefice, carattere maiuscolo compreso), con il Grande Principio su cui fonda (come piramide rovesciata) l'intera istituzione-Chiesa, quella *salus aeterna animarum*, che non può essere preclusa, a nessun peccatore, senza che la Chiesa neghi se

stessa; a nessuna anima perversa e deviata, finché essa vive, e che, finché viva, non è mai *perduta* per sempre. Per quanto gravida di peccato, macchiata di delitto, votata e incardinata diabolicamente alla mafia, un'anima smarrita e ritrovata è sempre, agli occhi del Padre, trionfo e gloria. Una *lagrimetta* e le braccia poste a croce salvano per sempre lo spirito di Bonconte di Montefeltro dalle grinfie del Maligno (Dante, *Purgatorio*, V, 88-129; spec. 106 e 107). Perfino sulla croce, nulla è perduto: un'invocazione a Cristo («Ricordati di me quando sarai nel tuo Regno») e si aprono, anzi si spalancano, in un tripudio di gloria, per il malfattore pentito, le porte del Regno: «In verità ti dico: "Oggi stesso tu sarai con me in Paradiso"» (*Lc.* 23, 42-43).

Bergoglio naturalmente non lo dice (impensabile ogni cenno di erudizione in quella circostanza, nella piana di Cassano Ionico), ma lo strumento giuridico – colto e raffinatissimo – di composizione degli opposti, ben in mente al Pontefice mentre condanna i mafiosi, è già scritto non in rilievo, ma a chiare lettere, nei canoni del *codex iuris canonici*, di rito *latino*, in quella parte del codice dedicata al diritto penale della Chiesa e, per l'appunto, all'istituto delle pene *late sententiae*; perché non solo i geometri e i costruttori di templi sacri, ma pure i giuristi, di ogni risma e formazione, laici o ecclesiastici, sono, a modo loro e diversamente, *cordari*, *maestri di corda*, nella concezione e nell'elaborazione strumentale del vincolo formale (potenzialmente) perfetto. Che altro è il *vinculum iuris* dell'obbligazione civile se non una *corda*, una catena che fatalmente – *necessitate* – ti stringe? Il rito è perfezione – l'esatto per eccellenza nella storia del sacro – e lo strumento matematico (e fisico) del λόγος al servizio del 'geometra'[21] è ancora una volta la *corda.* Pene sommerse quelle *latae*, sepolte e normalmente non trasparenti, ma non meno severe, sul piano della salvezza dell'anima e della stessa comunione visibile, che in questa fattispecie criminale, alla luce di canoni chiari, di necessità stringono e inchiodano il singolo mafioso e l'intera comunità di appartenenza (si ritenga o no la mafia un peculiare ordinamento giuridico alla luce dell'insegnamento di Santi Romano)[22].

Pure, i mafiosi, che non costruiscono altari come i primi credenti[23] (secondo il rito della matematica eccellenza), tuttavia, a modo loro e secondo i propri riti, sono pur essi ottimi *cordari* e, sempre secondo la perfezione del

---

[21] Sui rapporti tra la creazione artistica e la matematica, Bruno D'Amore, *Arte e matematica*, Edizioni Dedalo, Bari, 2015.

[22] Non ci spingeremo, qui ed ora, a parlare di mafia come persona giuridica, oltre il riconoscimento – ed è già tanto – della giuridicità del suo ordinamento.

[23] …ma semmai statue strumentalmente innalzate (si pensi solo alla edificazione di figure sacre in note piazza di spaccio o comunque di forte radicamento criminale) o forse altari e altarini eretti a loro stessi.

rito esatto (e non solo simbolico: si pensi al rituale dell'"incaprettamento"[24], che è simbolo e pena), a voler riflettere, sono tra i più idonei a comprendere le peculiarità insondabili di una pena, di una *corda* esecutiva, che, senza processo (necessario, comunque *dichiarativo* e non costitutivo), li allontana e li esclude, nel momento stesso della consumazione del crimine, dal popolo di Dio. Il peccato/reato si trasfigura e assume la forma e la forza irrefragabile di un cappio indossato dal delinquente *motu proprio*. Ancora una volta, anche nelle precipitazioni dell'abisso, prevale la dignità dell'uomo. Decide il 'libero' arbitrio, con ogni sua fatale conseguenza. La libera determinazione di un uomo, per il solo fatto di aver deciso l'appartenenza alla comunità mafiosa, strutturalmente al servizio del Maligno, lo pone contro la Chiesa. In genere, *intra moenia* fisicamente, secondo i riti ossessivamente osservati e magari esaltati della devozione apparente, il mafioso è 'fuori', *extra moenia* sociologicamente e giuridicamente parlando. I copioni rituali sono almeno due e ognuno cerca di offuscare l'altro in un gioco – non noto a tutti – di permanente mimetismo e mistificazione. Il mafioso è fuori non solo dalla grazia di Dio, che egli viceversa invoca nella commissione del delitto, dichiarandosi vittima della necessità[25], ma dalla stessa comunità salvifica. Egli

---

[24] L'«incaprettamento» è la tecnica di un omicidio tipicamente mafioso (destinato tradizionalmente ai "traditori"). Ha un alto valore simbolico, perché è la vittima stessa, debitamente incaprettata, a provocare la sua morte. L'esecuzione richiede che venga fatta passare una corda intorno al collo della vittima, creando così un cappio. A questo punto la corda viene fatta girare intorno alle mani, legate dietro la schiena e scende fino ai piedi piegati all'indietro. La schiena della persona quindi, prima o poi, si curva, mentre si stringe automaticamente il nodo. Il soggetto, in particolare, viene lasciato in terra e, ad ogni piccolo movimento, la corda si stringe intorno al collo fino a provocare la rottura della giugulare.
Che poi il fascino del rito possa suggestionare sino a traslare dalla tecnica di un omicidio rituale alle variazioni dell'erotismo mimetico (ove l'*incaprettamento* erotico concreta di una tecnica di legamento tutta diversa da quella omicidiaria, ma astrattamente non priva pur essa di pericoli – da cui le cautele contemplate –, che tuttavia mima e imita lo strangolamento con la tensione della corda: per esempio, *http://forum.alfemminile.com/forum/couple2/__f237913_couple2-L-incaprettamento.html*) è altro discorso, che non può sorprendere più di tanto, comunque non più di quanto non sorprendano i (contestati) numerosi tentativi di esorcizzare l'esistenza della mafia italiana, tentando di ridicolizzarne il peso, anche economico, internazionale, riducendolo a mero fenomeno di folclore e costume (per esempio, cenando nel mondo in uno degli innumerevoli locali intestati a nomi della mafia). In quest'ultimo caso, nonostante il rilevante interesse economico sotteso, si propone l'offerta di cibo come una sorta di gioco (forse con remota funzione catartica, forse no).

[25] Per la camorra, in tema, ci si soffermi sui contenuti presenti nella nuova *mala musica* (su cui, Michelangelo Pascali, *"Malamusica". Neomelodia e legalità*, Liguori Editore, Napoli, 2015), fenomeno che ha originato roventi polemiche, di lambita rilevanza istituzionale, nate, tra l'altro, da dichiarazioni ministeriali e da richieste inquisitorie di un pubblico ministero che intravedeva il reato di apologia in alcune canzoni (in particolare, tentando di incriminare l'autore di un canto neomelodico inneggiante alla figura del capoclan, il quale addirittura recitava che nel suo operato andavano letti i segni della volontà del Signore), cui hanno replicato tante voci avverse. In ogni modo, tra giustificazionismo sociale, in una società senza lavoro come fatale presupposto, e repressione

certo lo sa, lo ha deciso lui (anche se la sua volontà, sulla sua appartenenza estrinseca alla Chiesa, non è dirimente: salvo pentimenti, è al di fuori della Chiesa, lo voglia o non lo voglia ammettere) ma finge di non saperlo, di non poterlo, di non doverlo ammettere. Per lui, la Messa è finita! Non è la Chiesa che lo esclude, di sua iniziativa, ma è lui che, liberamente, si è posto fuori dal legittimo recinto della comunità dei *christifideles*. Il Pontefice lo dichiara escluso, lo scomunica, prendendo atto della *sua* decisione (della decisione del mafioso, della sua autocondanna)[26].

La mafia, e non solo per la chiara invettiva di Bergoglio, è, *di per sé*, non solo esecrabile e condannabile oralmente (non è questione di denigrazione mediante attributi, più o meno feroci) ma, nel regno dei canoni, perfino *condannabile* come *persona giuridica*, ove, beninteso, la si volesse veramente ritenere tale, alla luce della dinamica degli *ordinamenti giuridici*, compresi quelli illeciti per lo Stato[27]. (Ricordiamo questo, in particolare, anche per la peculiare riflessione cognitiva dei cultori di diritto penale italiano. In Italia, infatti, lo Stato stenta a riconoscere – e in passato ha negato recisamente[28] – la responsabilità penale delle persone giuridiche[29], con quel solenne dettato sulla responsabilità penale *personale* scritta in Costituzione, nell'art. 27).

I mafiosi sono maestri *cordari*, s'è detto, solo che, in questo caso, il *rito della corda* è contemplato sì nello specifico codice giuridico della Chiesa

---

penale, è noto che il criminale spesso invoca Dio e sempre si scherma con la ragione e la necessità sociale. Ragione sociale, peraltro, ben presente in Papa Francesco, che, ricevendo il 23 ottobre 2013 in Vaticano i partecipanti al Convegno nazionale dei cappellani delle carceri Italiane promosso a Sacrofano, nei pressi di Roma, sul tema *Giustizia: pena o riconciliazione. Liberi per liberare*, così si è loro rivolto: «Per favore, dite che prego per loro: li ho a cuore. […] Anche Dio è un carcerato, non rimane fuori dalla cella. Lui è un carcerato, dei nostri egoismi, dei nostri sistemi, delle tante ingiustizie che è facile applicare per punire i più deboli, mentre i pesci grossi nuotano liberamente nelle acque» (*Il Papa ai detenuti: "Anche Dio è carcerato con i deboli, i pesci grossi nuotano liberi"*, in *http://www.ilmessaggero.it/PRIMOPIANO/VATICANO/papa_detenuti_francesco_cappellani_carceri_bergoglio/notizie/343801.shtml*).

[26] Anche all'interno dell'organizzazione il mafioso è chiamato a giudicare e condannare se stesso: «La pillola è il veleno che dovrai usare in caso di fallimento, di infamia. Perché il santista non avrà altro giudice che se stesso» (Roberto Saviano, *Il giuramento dei boss nel cuore del Nord*, *la Repubblica*, 19 novembre 2014). Ancora, sulla condanna preventivamente accettata e condivisa: «Come carta ti brucio, come santa ti adoro, come brucia questa carta deve bruciare la mia carne se tradisco Cosa Nostra» (questo il giuramento di Leonardo Messina pronunciato nel 1992, riportato in Giuseppe Martorana, Sergio Nigrelli, *Così ho tradito Cosa nostra. Leonardo Messina: la carriera di un uomo d'onore*, Musumeci, Quart-Aosta, 1993, pp. 23 ss.).

[27] Secondo la già menzionata teoria istituzionalistica di Santi Romano.

[28] Quantomeno sino all'emanazione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

[29] Cfr., a riguardo, nella dottrina penalistica dello Stato: *Giuseppe Amarelli*, *'Crisi' del diritto penale e prospettive di riforma. La responsabilità (penale?) delle persone giuridiche*, nel vol. *Il nuovo sistema sanzionatorio del diritto penale dell'economia: depenalizzazione e problemi di effettività*, a cura di Alberto De Vita, Jovene, Napoli, 2002, pp. 83-340.

latina ma, a voler riflettere, dubiteremmo assai che il ministro della celebrazione sia il sacerdote. Lo sarà certo a livello *dichiarativo*, ove si celebrasse un improbabile processo, ma non a livello *costitutivo*, perché il vero ministro celebrante è, sul piano creativo ed esecutivo, il mafioso stesso come singolo (che "si incapretta" da solo) mentre la costellazione criminale è, pur essa, ministro celebrante, quale persona giuridica. Sono essi i soli ministri della scomunica, operante *latae sententiae*. Essi «sono legge a se stessi»[30]. Come nel matrimonio ministri sono gli stessi sposi (mentre il sacerdote è un mero teste qualificato, sia pure – si ritiene comunemente, ma la cosa è teoricamente controversa – *ad validitatem acti*), qui è il singolo mafioso o la persona come sodalizio (forse giuridica, forse no) costituitasi in istituzione criminale, nell'attimo stesso della sua proclamazione e della sua nascita (esteriore, naturalmente[31]) a dar vita alla realizzazione, alla consumazione e alla enunciazione del reato[32]. Per ciò solo, quindi – e sino al ripudio – i mafiosi incrociano e indossano la propria pena, le danno vita (mentre la *incarnano* e la *inverano*, *omisso medio*, con la tempestività e la coincidenza della folgore).

Qui è il misfatto stesso che si fa carne e il *rito della corda*, la suprema esattezza (*satyam*, il rito inteso come "l'esatto per eccellenza") diviene realtà vivente e pone il criminale, sacrilego e blasfemo, fuori della comunità di salvezza, fuori della Chiesa, fuori dell'Assemblea. Non si tratta di tunica indossata, come camicia di Nesso, che ti incendia e ti consuma comunque per sovrapposizione, sia pure inseparabile (e sarebbe già tanto), ma Corpo stesso (forse giuridico, forse no) comunque maligno, che, creato e alimentato dall'Avversario, si pone (si auto-pone) all'esterno delle mura del recinto. In senso tecnico, il delitto si costituisce in scomunica, *latae sententiae*, proprio secondo la perfezione del rito matematico.

Il diritto, tradizionalmente, si costituisce o sulla base di una concezione istituzionalistica-statale (*ubi civitas*), comunque oggi configurabile, o intorno ad una concezione della comunità come società (*ubi societas*). La Chiesa, tra mille dubbi e qualche perplessità, persino teologica, ha amato definirsi *societas iuridice perfecta.* Ha i suoi codici e le sue norme, perfette o imperfette che si ritengano (specie da chi non crede). Piaccia o no, *hoc iure utimur*, direbbero i canonisti e (per chi non crede alla Chiesa come Fondazione escatologica e ordinamento giuridico perfetto) questa è comunque la stabile regola sociale, che si ritenga disciplinare o penale *strictu sensu*. La mafia si

---

[30] *Romani*, 2, 14.

[31] (Il diritto penale della Chiesa, come abbiamo detto, non si occupa normalmente di quanto accade *in interiore hominis*, se non dopo l'esteriorità, e non si occupa mai di peccati, ma solo di delitti).

[32] (E della relativa condanna).

proclama credente ma, lo voglia o no (e il diritto si applica anche e soprattutto *contra nolentes*), è, per una scomunica esemplare, pena *latae sententiae* insorta e dichiarata, al di fuori non solo dalla grazia di Dio (come questione di foro sacramentale interno) ma pure dalla Chiesa come Comunità visibile.

Il fatto che la scomunica sia stata addirittura proclamata dalla *suprema Potestas*, evidentemente in osservanza dei princìpi supremi della *salus animarum* e della *salus Ecclesiae*, ha funzione mediatica e di indirizzo magistrale, ma il sigillo papale è apposto ad un*a corda preparata dall'impiccato*.

2. Satyam *e la perfezione del rito (la matematica dell'esclusione)*

2. Se il rito costituisce «l'esatto per eccellenza», come avrebbe osservato l'indologo Luis Renou, con riferimento al citato concetto di *satyam*, termine nel quale si riassumevano nell'India dal III al VI secolo a.C. il rigore e l'esattezza matematica (essenziali per coniugare l'astratto simbolismo formulare e l'artigianale costruzione geometrica – insomma teoria e realtà – nell'erezione perfetta dell'ampliamento degli altari), il concetto, con la sua genesi e la sua storia, non poteva rimanere confinato nell'ambito delle costruzioni religiose.

La relazione tra regola e rito matematico e sacrale, nella costruzione, virtualmente perfetta, dell'edificio sacro – anche quando soggetta, come ogni realtà terrestre, a ovvie limitazioni materiali e a esiti fatalmente ingloriosi[33] – è costante, infinita e tuttora attuale.

Ancor più, rimane fermo nella storia il legame tra matematica e astrattissimo simbolismo religioso[34].

Nel secolo da poco trascorso nella Chiesa cattolica si passa dall'*Introibo ad altare Dei* della messa gregoriana alla circolarità assembleare e postconciliare del Vaticano II (che muta irreversibilmente, simbolicamente e matematicamente lo stesso impianto topografico dell'*Ecclesia*).

Come smarrire il senso simbolico del triangolo equilatero con l'idea stessa cristiana di Dio?

---

[33] Della maestosa cattedrale alla fine non rimarrà che pietra su pietra e persino ogni frutto del ventre di una donna diverrà polvere (salvo che, per la fede cristiana, per uno solo, il Figlio dell'Uomo, predestinato a sconfiggere la morte).

[34] Così, spigolando a caso, a due architetti illuminati, Isidoro di Mileto e il fisico Antemio, entrambi matematici, viene affidata da Giustiniano I la costruzione della Basilica di Santa Sofia a Costantinopoli nel 532. Anche quando l'esito è incerto o le violazioni della concezione ingegneristica originale (una imprevista costruzione sopravvenuta all'erezione dell'edificio sacro che impedisca ai raggi del sole di illuminare l'ostensorio, dal lucernario della Chiesa, nell'ora canonica) o la corruzione del tempo o delle vicende storiche, sembrano provare il contrario, il riferimento al rito, al simbolismo e alla perfezione matematica è – almeno originariamente – costante.

Dall'astrattismo matematico è agevole passare al concetto di *corda* come regola delle regole. La traslazione avviene sempre inizialmente nella sinergia tra concezione e prassi. La corda, il metro, qualunque strumento di misura, transitano dall'astrattismo (concepito e che suggerisce l'opera) alla limitazione del reale[35] (sempre avvertito come insufficiente, inadeguato, la vile creta senza sosta riottosa e resistente rispetto alla perfezione del modello). La *Sagrata Famiglia* diviene elogio dell'imperfezione (essenziale come il neo allo splendore di Venere o, ancor più, volendo figurativamente comparare, l'ambiguità irriducibile al trionfo della Monna Lisa); eleva cantici sfrontati alla Musa dell'Impossibilità. La regola però diviene *regolo* e strumento per concretamente operare. Il Simbolismo, memore dell'astrazione originaria, diventa a sua volta simbolo consacrando l'avvenuta dignità trasfusa nella contaminazione col reale[36]. L'opera, riuscita, malriuscita, è null'altro che il frutto, l'esito di quel disegno concepito. La regola architettonica, con pretese di perfezione estetica, si avvale del regolo e dell'arte dell'opera strumentale ingegneristica. La regola civile assume la funzione di misura (sociale) di ogni fenomeno, ritenuta (sovranamente, ossia illimitatamente, e poi concretamente, ossia legittimamente e costituzionalmente – per auto-soggezione alla norma suprema e a quella subordinata e talora con essa in tesi confligente) rilevante e significativa per la comunità. Il *gioco delle luci* è assai rappresentativo nella funzione estetica dell'opera d'arte e nelle contaminazioni storiche con il reale. La luce, simbolo del λόγος e dell'idea stessa di Dio, è la più fragile delle 'creature'. Soggetta com'è al libero arbitrio («La luce splende nelle tenebre / ma le tenebre non l'hanno accolta» *Gv.* 1, 5), può essere offuscata o impedita da una minuscola foglia di fico[37]. Le transizioni incombono, le temperie cangiano, le interpretazioni evolvono e la corrosio-

---

[35] Così come già il reale aveva dato forma al simbolo.

[36] Il *Regolo* in massoneria simbolizza la rettitudine e il senso della misura, che sempre devono guidare le azioni umane. È l'espressione della persona razionale, autosufficiente, equilibrata, in grado di procedere con determinazione e sicurezza.

[37] È sicuramente un maggior privilegio poter ammirare l'opera d'arte nel suo contesto originario più che in un estraneo ambito museale protettivo. L'opera d'arte vive perfetta con il suo naturale splendore (e anche con il suo senso visivo) nella sede, pure prospettivisticamente intesa, in cui l'artista abbia intesa collocarla. Così, per l'opera d'arte religiosa, «un mormorio di preghiera, la presenza dei fedeli, il suono di un organo, persino il riverbero di un raggio di luce proveniente da una fenditura dell'edificio sacro e che si rifletta sull'opera dell'artista, possono esaltarne significato e valore» (Raffaele Pascali, *Riflessioni a margine*, ne *Il diritto di famiglia e delle persone*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 350).
Similmente e figurativamente in una scena filmica (*Dieu a besoin des hommes* di Jean Delannoy, del 1950) il sagrestano sacrilego e misericordioso (ha appena celebrato religiosamente il funerale di un suicida) avverte la presenza e il consenso di Dio, nella sfocata visione di un raggio di sole nell'acquasantiera.

ne e la corruzione, terrori dell'artefice, in innumerevoli modi (implosione, traslazione e persino irrisione blasfema), perennemente insidiano il frutto dell'opera e lasciano posto al dubbio sulla regola costruttiva perfetta (architettonica, ingegneristica, giuridica e sociale) o migliore.

Dall'altare all'Universo il passo, breve logicamente e sempre più ampio storicamente, è comunque matematicamente conseguente o mero rito, benché suscettibile di infinite manipolazioni successive e interpretative e sociali (insomma, per consonanza o mera assonanza figurata). La storia non è rito, ma la coscienza del rito (la memoria) la guida come il filo di Arianna. Pitagora, mediando tra l'umano e il divino, è il padre del λόγος e, dopo di lui, il mondo è costantemente letto alla luce matematica del rito. Difficile dubitare della congettura secondo cui la matematica sia di per sé rituale (una matematica irrituale è una contraddizione in termini); più difficile credere che, nella contaminazione con le scienze umane, il rito non venga strumentalizzato (e 'colorato', fino alla mistificazione manipolativa) per attribuire o far credere all'esistenza di perfezione e coerenza (simili a quelle matematiche) delle sovrastrutture interpretative della realtà sociale, quali che esse, infinitamente e autonomamente specializzatesi, siano, con le loro legittime e innumerevoli diramazioni (compreso il diritto e la sociologia). Il modello è tracciato e ci si può adeguare sino alla parodia. Gli inni a Satana come l'esatto contrario dei cori angelici perfetti.

Certo, vanamente il fuoco sarebbe stato donato agli uomini (che «vedendo non vedevano, / udendo non udivano; / e simili alle vane ombre dei sogni, / quanto era lunga la loro vita, / a caso confondevano tutto»), vagando come labili formiche sul fondo della caverna (Eschilo[38]; e, subito dopo di lui, diversamente, ma con identica, originaria, fascinosa assonanza, Platone, col mito della *sua* caverna, dove incatenato è l'uomo), se insieme al fuoco non fosse stato da Prometeo donato all'uomo il numero («suprema fra le scienze») e con il numero «il pensiero e la conoscenza», rendendoli «esperti a consultar le stelle / e il sorger loro ed i tramonti arcani»[39]. L'uomo è così signore del fuoco e della conoscenza, ha ragione del rito e del mito, mente che contempla il rigore matematico e si contamina nell'erezione scientifica della costruzione perfetta (nata dall'esecuzione secondo l'esattezza del rito).

L'ordine greco, il κόσμος, contrapposto al χάος originario, è matematicamente regolato e ogni rivoluzione planetaria molto più che rappresentare è, pur essa, un *rito* (un rito fatale e incontenibile, se ne conoscano o no le

---

[38] Eschilo, *Prometeo incatenato* (secondo episodio). Passo leggibile in traduzione ne *I tragici greci*, Newton Compton Editori, Roma, 2011, pp. 125 ss.

[39] Eschilo, op. cit.

mute ragioni: «Che fai tu, luna, in ciel? Dimmi, che fai, silenziosa luna?»[40]). Nel *Canto notturno di un pastore errante dell'Asia* l'uomo chiede ragione del rito, mentre scrimina il cielo fascinoso, insieme a tutti i fisici teorici, atei e miscredenti compresi (soprattutto loro), alla ricerca, tragica e struggente, dell'«impronta vuota di Dio»[41].

A ben guardare, l'intera storia, con i suoi "corsi e ricorsi", e la storia della filosofia può essere narrata come un percorso rituale, per l'affinamento della conoscenza (alla ricerca di ogni possibile o intollerabile commistione organica col reale), nel solco di una rivoluzione formale immutabilmente tracciata. La sintesi banale trascorre dalle idee di Platone e dalle sue astratte categorie matematiche al realismo aristotelico, di cui si approprieranno i seguaci di Cristo alla ricerca di ogni possibile armonia compatibile, alla personificazione dello Stato hegeliano come Dio vivente, sino all'impeccabile rifiuto e all'assoluta inversione – rituale pur essa – del materialismo storico e dialettico di Marx, scientifico ed elitario, splendido in sé, nel mondo delle idee, volendo prescindere dalle interpretazioni di Lenin, rispetto al piatto e volgare materialismo di Feuerbach; mentre Freud esplora nell'anima sepolta l'orrido celato e Marcuse, sulla base della controversa esperienza della Scuola di Sociologia di Francoforte, preconizza la società unidimensionale attuale, appiattita dall'assenza di un Eros libero, compatibile con la civiltà industriale avanzata.

La rivoluzione è essa stessa libertà e rito. Talora banalità, come nell'indicazione superficiale ed effimera della 'vera' colpa di Prometeo nelle leziosità di Stratone[42].

Si ripetono, ancora una volta ritualmente, ma certo non vanamente, le medesime frustranti attese alla ricerca di un'armonia con la natura che riporti il "buon selvaggio", nato come ogni uomo, per la certezza dell'effimero mito, "libero, sano, buono e felice" («L'uomo è nato libero e ovunque si trova in catene»[43]) e divenuto, corrotto e moralmente abbrutito dalla so-

---

[40] Giacomo Leopardi, *Canto notturno di un pastore errante dell'Asia*, in *Canti di Giacomo Leopardi*, Saverio Starita, Napoli, 1835, p. 108.

[41] Sui sorprendenti rapporti tra teologia medioevale e cosmologia tradizionale e l'unica frattura-inserzione veramente rivoluzionaria della cosmologia contemporanea («Il tempo che diventa spazio»), cfr. John D. Barrow, *Le origini dell'universo*, Rizzoli, Milano, 2001, pp. 109 ss.

[42] Stratone, *Antologia Palatina*, Fabbri Editori, Milano, 1998, p. 349: «Non è per aver rubato il fuoco che sei in catene, / sciocco Prometeo, ma per aver sciupato l'argilla di Zeus. / Modellando gli uomini, hai fatto i peli / […] Per questo ti divora l'aquila che rapì Ganimede».

[43] Jean-Jacques Rousseau, *Il contratto sociale* (passo leggibile in *Grande Antologia Filosofica*, Marzorati, Milano, 1968, vol. XV, p. 877).

cietà, *homo hominis lupus*[44], a un nuovo *stato di natura* nella civiltà stessa, a un nuovo contratto sociale, lungamente cercato (Locke) e ideologicamente negato (Hobbes). In realtà, a voler rozzamente inferire, si può anche, con buoni motivi, supporre che l'uomo d'oggi, l'*homo informaticus*, sia il vero *homo homini lupissimus*, ma certo da tempo il contratto sociale esiste, in forme diverse da Stato a Stato, e si chiama normalmente Costituzione (a sua volta ritualmente tradita e riformata). La Carta fondamentale pone naturalmente regole, princìpi e finalità supreme o fondamentali e se è (se può essere, perfino come modello) invisa o ignorata (come ogni legge cogente), qualunque siano le coordinate di riferimento, dai potenti di ogni risma ed estrazione, specie se accattivanti burattini giulivi al servizio del crematismo finanziario, compresi quelli operanti legittimamente e quelli legittimamente eludenti, magari ai margini della legalità istituita, questo al momento pare non debba riguardare (almeno frontalmente) il frammento di studio in esame. Ci riguarda, invece, il fatto che né la Costituzione e le norme dello Stato italiano, di qualunque grado e subordinazione, né i canoni e i princìpi della Chiesa cattolica consentono concessioni né sovrane né formali alla mafia, comunque configurata, né rituali di fatto, né compromissioni e legittimazioni ambigue e magari occasionali o incidentali.

I segni del rito, specie quando divengono strumenti di dominio, mutano e divengono naturalmente (anzi innaturalmente) più complessi e, di volta in volta, *formalmente* devianti, perché della perfezione perseguita e conseguita col rito si appropriarono presto, costantemente e in ogni parte della terra, molti architetti (si pensi al compasso e alla squadra di massonica memoria), alcuni legittimamente altri no. Del rito si impadronirono sicuramente e costantemente anche i costruttori di morte e canti sentiti e coinvolgenti si elevano da tempo anche al Principe delle Tenebre. Non v'è rituale di affiliazione alla mafia storica tradizionale, per quanto rozzamente narrato e scolpito, che non preveda il rito 'sacro' dell'iniziazione (serbato sino ad oggi integralmente dalla 'ndrangheta e da ogni struttura presentata come *originaria*), mentre San Michele Arcangelo (in una sorta di sopravvenuta e pasticciata *coincidentia oppositorum* di fatto; niente a che vedere, naturalmente, con la congettura matematica di Cusano) si rappresenta parallelamente, ancora

---

[44] Antonio Gramsci, in una nota dei suoi *Quaderni del carcere* (*Quaderno XXVIII*, leggibile in Id., *Passato e presente*, Einaudi, Torino, 1974, pp. 152-153), ricorda che l'origine dell'espressione dovrebbe trovarsi «in una più vasta formula dovuta agli ecclesiastici medioevali, in latino grosso: *Homo homini lupus*, *foemina foeminae lupior*, *sacerdos sacerdoti lupissimus*»; cioè: «L'uomo è un lupo con l'uomo, la donna è ancora più lupo con la donna, il prete è il più lupo di tutti con il prete». Naturalmente, le note gramsciane dal carcere di regime, che di per sé non era proprio una biblioteca, scontano sempre possibili imprecisioni nei riferimenti.

in questo tempo storico, come Santo Patrono della Polizia di Stato e nume protettore della 'ndrangheta.

Strumentalmente o no, il rito e la religione sono stati, sinora, valori pressoché costantemente presenti (salvo eccezioni di seguito riferite, per organizzazioni relativamente più effimere) nella fondazione, nell'affiliazione, nella vita corrente e nell'evoluzione mutativa della criminalità organizzata italiana, comunque ramificatasi e innovatasi, comprese la Nuova camorra organizzata di Raffaele Cutolo, oggi in quella forma totalmente repressa, la Sacra Corona Unita e le *Stidde* ("stelle") siciliane (per queste ultime, anzi, la stessa parola deriverebbe dalla "Madonna della stella", santa patrona del comune di Barrafranca, in provincia di Enna[45]).

Pure, si avverte l'urgenza di comprendere la natura del nuovo nel rimarco delle differenze[46].

Per la verità, anche per altre mafie internazionali può rinvenirsi qualche preciso e importante riferimento storico o leggendario radicato, quanto alle proprie origini sacrali (importante esempio quello delle Triadi cinesi[47]).

Viceversa, non può parlarsi di organici radicamenti col rito del sacro per altri, pur potenti, gruppi criminali italiani[48], per quanto alcune delle organizzazioni di riferimento siano state contigue e spesso correlate o alleate, pur serbando la propria autonomia, con le tradizionali tre mafie (mafia, camorra

---

[45] Così, le *Stidde*, la *quinta mafia,* avrebbero una caratteristica tutta peculiare, cioè «la capacità di evolversi e di cambiare le regole, la struttura interna e i rapporti tra le varie cosche. Oggi, la *Stidda* e tutti i gruppi che la compongono si strutturano secondo uno schema ben definito al cui apice c'è la figura del capo. Si è affermato un principio di mutua assistenza tra i membri della stessa cellula criminale e tra clan alleati o amici, non più singole cosche prive di collegamento, ma gruppi saldamente legati e consorziati. Con un elemento in più, quello della spietatezza delle azioni, che diventa decisivo nello sviluppo rapido delle carriere e nell'affermazione di giovani emergenti» (*Stidda*, in *http://it.wikipedia.org/wiki/Stidda*).

[46] «Rispetto a Cosa Nostra la Stidda è molto più debole, meno strutturata, alquanto frammentaria ma radicata specie in alcune zone […] dove Cosa Nostra è tradizionalmente assente. […] Tuttavia, se la frammentarietà di tale organizzazione da un lato previene la comparsa di zone *off-limits* per lo Stato, dall'altro permette una certa diffusione a macchia di leopardo nel territorio» (*Stidda*, cit.).

[47] Ma ci si riferisca anche al simbolismo rituale espresso dalla mafia russa, evidente, per esempio, nella forma e nel significato dei tatuaggi prescelti.

[48] Come la Nuova famiglia, la mafia del Brenta o del Piovenese, operante nel Veneto (per la quale, si è parlato addirittura, ancora una volta, di 'quinta mafia'; e occorre riflettere su quante siano queste 'quinte mafie' in Italia), la banda della Comasina a Milano, avversata dalla banda criminale di Francis Turatello, la potente banda della Magliana a Roma, coinvolta – e non è poco – nei cosiddetti misteri italiani (è stata ritenuta implicata nell'omicidio del giornalista Mino Pecorelli, nel sequestro Moro, nei depistaggi relativi alla strage di Bologna, con l'Organizzazione Gladio, nell'omicidio del banchiere Roberto Calvi, nel rapimento di Emanuela Orlandi e nell'attentato a Papa Giovanni Paolo II: *Banda della Magliana*, in *https://it.wikipedia.org/wiki/Banda_della_Magliana*). Non è poco, appunto, ma non è detto che sia veramente mafia, in senso tecnico-giuridico (ovviamente, non è di per sé il livello di pericolosità a poter far qualificare come mafioso il fenomeno criminale).

e 'ndrangheta), oltre che con la massoneria, i servizi segreti deviati e l'alta finanza, anche internazionale, nei suoi collegamenti criminali occulti[49].

Purtuttavia, tutto nel mondo criminale sembra tenersi e l'ombra lunga del cappio londinese si proietta, macabro sublime, dalla City alle rive del Tevere, vero inno a Satana. Al tramonto, l'umida ombra di Calvi, infusa di vaga linfa dal pallido sole londinese, erra tuttora, in cerca di giustizia, nei sotterranei vaticani, nelle stanze dell'Istituto per le Opere di Religione.

Troppo poco per parlare di un vero conflitto tra Chiesa e Dio. Un occulto serrato da sacre chiavi stringe il libro mastro attribuito al povero Marcinkus. *Salus animarum suprema lex*, certo, ma soprattutto forse *salus Ecclesiae*, nel trionfo una volta tanto *forse* immeritato dell'eroe di Milton, perché se vi è stata caduta (ma non è affatto detto – non lo sappiamo! – che non vi sia stata una superiore causa di giustificazione: si pensi al finanziamento di *Solidarnosc* e all'affrancamento dal giogo comunista sovietico, certo non amico della religione) sembrerebbe nata non tanto dal potere del Male ma assai più dalla debolezza di una Virtù, notoriamente amante della seduzione dell'o-

---

[49] Come abbiamo appena detto, viene infatti da chiedersi quante siano le 'quinte mafie' in Italia. Il termine, proprio perché matematico, non corrisponde di per sé a 'ennesima' ("quinta mafia" come "ennesima mafia"), ma serve a indicare una specificità, contraddetta però, di fatto, dalla moltiplicazione dei riferimenti (non si parla in genere di 'sesta', 'settima' mafia, eccetera). Costituisce mera indicazione superficiale o, ma forse è troppo (o forse no), possibile presunzione semplice e frettolosa della diffusione del fenomeno criminale sul territorio con le connotazioni tipiche del fenomeno mafioso (connivenza col potere, indifferenza o tolleranza di quest'ultimo, quando non direttamente complicità, controllo economico capillare del territorio, estorsione, infiltrazione nell'assunzione del personale, eccetera). In realtà, può aversi il sospetto che l'adozione della locuzione abbia una voluta funzione strumentale, veicolando una lettura allarmistica – e *panmafiosa* – dei fenomeni criminali finalizzata ad ottenere la massima attenzione (e reazione) possibile da parte della pubblica opinione e delle agenzie di contrasto (cfr. Vittorio Martone, *Le camorre "oltreconfine". Clan, società locale e rappresentazioni pubbliche nel Basso Lazio*, nel vol. *Affari di camorra. Famiglie, imprenditori e gruppi criminali*, a cura di Luciano Brancaccio, Carolina Castellano, Donzelli, Roma, 2015, p. 108; ivi riferimenti). Il problema è, allora, quello di distinguere tra fenomeno delinquenziale collettivo generico e specifico mafioso. Lo *scrimen* sembra generico ma è (deve essere) specifico. Se tutto l'illecito criminale organizzato sul territorio fosse mafioso, il fenomeno perderebbe la sua peculiarità, anche agli effetti della repressione punitiva. La soluzione è (anche) nella dimensione e intensità della dominazione criminale, per cui, a parer nostro, l'elemento quantitativo (pieno e capillare controllo del territorio, ineluttabilità della sanzione contro gli estorti riluttanti, ecc.) può divenire talora elemento di mutamento qualitativo, fermo però restando il riferimento alla conformità del metodo. È evidente che, a questo punto, sorge il pericolo che a un'astratta, ma corretta, scriminante teorica possa corrispondere una confusione nella prassi (proprio nella difficoltà di individuare il punto o salto qualitativo dirimente, rimesso evidentemente all'interprete). Il rischio è la possibilità di abusi interpretativi, covati in radice semantica, sia in senso repressivo che in chiave di arbitrarie elusioni di una normativa riguardante la repressione del fenomeno mafioso, che è specifica e non atona o generica. Inoltre, bisognerà approfondire se stia operando una scissione tra l'acquisizione storica e la qualificazione giudiziaria di ciò che è "mafia": cfr. Salvatore Lupo, *Una nuova mafia nella Capitale*, in *http://www.eticaeconomia.it/una-nuova-mafia-nella-capitale/*, 15 dicembre 2014.

ro[50]. Ancora un rito, ancora una corda, ancora una messa celebrata, questa volta dall'uomo sacro, al Principe delle Tenebre.

Se vi è stata caduta (ma non è per nulla detto). A voler indulgere nell'immaginifico riferimento alla finzione cinematografica, quasi ad alleviare, ma non troppo, attribuendo alla responsabilità della ricostruzione filmica dell'artista citato, un tema interpretativo serio e che rimane nostro: «Le cose sono un po' più complesse», come avrebbe fatto dire Sorrentino al più potente e cinico uomo politico italiano del dopoguerra. Forse il vero mistero non è sepolto nella tomba di Enrico De Pedis[51], ma nell'accurata cremazione della verità[52].

Altro tema è se si possa ipotizzare, di fronte alla diffusione del fenomeno, un processo di laicizzazione del sentimento religioso, sottratto al peso del rito, per le 'nuove' mafie. La cosiddetta *mafia capitale* ossia *capitolina*, a quel che se ne sa, non reca traccia di contaminazioni religiose. E questa sorta di criminalità incredula sarebbe endogena anche alla mafia tradizionale o solo a essa parallela e, qualche volta, contrapposta? Difficile rispondere con esattezza scrupolosa. Occorre un confronto tra la normativa antimafia e i reati e i modi d'essere della nuova criminalità organizzata, perché qualcosa (astrattamente: tutto) induce a credere che non possa la fede (magari con il profumo dell'incenso corrotto) essere il discrimine. Il tema, incidentalmente

---

[50] «Oro seduttore di santi» (cfr. William Shakespeare, *Romeo e Giuletta*, atto primo, scena prima)

[51] «Voluta dal cardinale Ugo Poletti, allora presidente della Conferenza Episcopale Italiana». «La salma di De Pedis, inizialmente tumulata nel Cimitero del Verano, fu trasferita circa due mesi dopo all'interno della cripta della basilica di Sant'Apollinare a Roma. La sepoltura in Sant'Apollinare, chiesta dalla vedova per esaudire un desiderio dello stesso De Pedis, fu autorizzata, in deroga al diritto canonico, dal Vicariato di Roma dopo che il rettore della basilica, monsignor Piero Vergari, attestò in una lettera del 6 marzo 1990 che De Pedis in vita fu un benefattore dei poveri che frequentavano la basilica. Il 24 aprile la salma di De Pedis venne tumulata e le chiavi del cancello vennero consegnate alla vedova e al rettore della chiesa. Della sepoltura di De Pedis in Sant'Apollinare parlò il 9 luglio 1997 sul *Messaggero* la giornalista Antonella Stocco. L'articolo suscitò vive polemiche e un'interrogazione in Parlamento, a seguito delle quali venne precluso al pubblico l'accesso alla cripta. Già in precedenza il giudice Andrea De Gasperis aveva dato incarico alla DIA di indagare sulla sepoltura di De Pedis. Il Vicariato, a fronte di alcune richieste di portare via dalla basilica la salma, dichiarò che, pur comprendendo le perplessità ingenerate dalla sepoltura, non riteneva ormai opportuna un'estumulazione. Su autorizzazione della magistratura italiana conforme al desiderio espresso dalla vedova di De Pedis, il 18 giugno 2012, al termine delle ulteriori indagini effettuate sulla sepoltura, la salma di De Pedis fu traslata dalla basilica di Sant'Apollinare e trasferita al Cimitero di Prima Porta, dove venne cremata. Successivamente, le ceneri furono disperse in mare» (*https://it.wikipedia.org/wiki/Enrico_De_Pedis*).

[52] «Tutti a pensare che la verità sia una cosa giusta, e invece è la fine del mondo, e noi non possiamo consentire la fine del mondo in nome di una cosa giusta. Abbiamo un mandato, noi. Un mandato divino. Bisogna amare così tanto Dio per capire quanto sia necessario il male per avere il bene. Questo Dio lo sa e lo so anch'io» (così il personaggio di Giulio Andreotti ne *Il divo* di Paolo Sorrentino, del 2008; citazione leggibile in *https://it.wikiquote.org/wiki/Il_divo*).

introdotto, come dato storico di fatto, sia pure del tutto pertinente al tema di trattazione, non solo è suscettibile di autonomo sviluppo, anche rilevante, ma sembra null'altro che un capitolo nuovo di un vecchio settore, considerato alla luce dell'attualità: il rapporto (ricorrente) tra vecchia e nuova criminalità organizzata, la prima più rituale e saldamente ancorata nel tessuto sociale, la seconda apparentemente o veramente più effimera, più 'improvvisata', quanto a obiettivi, schemi, tipologia[53]. Come si vede, sono notazioni[54] più *athone* e meno specifiche di quanto si vorrebbe a livello di qualificazione (e, non a caso, si parla più di banda che di sistema o mafia[55] e la stessa parola «mafia» attribuita al malaffare capitolino dall'inquirente sembrerebbe, per certi aspetti, voler più avvalorare denominativamente la tesi accusatoria rispetto allo stesso capo di incriminazione – di per sé, peraltro, affetto da profili di inadeguatezza[56] – che qualificare sostanzialmente il fenomeno in relazione alla sua essenza e al suo radicamento o alla sinergia con le società mafiose tradizionali, del tutto contingenti, come sottolineato dagli inquirenti stessi[57]). In realtà, si può denominare un'operazione di polizia e repressiva

---

[53] E, in genere, più *vistosamente* sanguinaria (quantomeno nella maggioranza dei casi oltre che, specificamente, nell'immaginario collettivo).

[54] (Eccetto quelle sul rito e sul consolidamento tradizionale con la società).

[55] Si ricordi che per la banda della Magliana i processi esclusero l'esistenza di un'associazione mafiosa in senso tecnico.

[56] Cfr. Giovanni Fiandaca, Costantino Visconti, *Nota introduttiva*, nel vol. *Scenari di mafia. Orizzonti criminologico e innovazioni normative*, a cura di Ii. Dd., Giappichelli, Torino, 2010, p. 9.

[57] Ancora, nel febbraio del 2015, il Procuratore generale della Corte dei conti, parlando agli studenti, senza mezzi termini, in sicura difformità con l'altro magistrato, quello penalmente inquirente, notava come fosse «sbagliato parlare di mafia a Roma», dacché «Sicilia e Calabria sono un'altra cosa, quella della capitale è solo una combriccola di delinquenti» (Lorenzo D'Albergo, *Il magistrato agli studenti: "È sbagliato parlare di mafia qui a Roma"*, da *la Repubblica*, edizione romana, 1° febbraio 2015). Forse però ha ragione Saviano: «Roma è una città impreparata. La trasformazione è accaduta raccontandosi la menzogna di essere territorio immune, semplicemente "invaso" da rubagalline e bande. Roma ha sempre creduto di essere estranea alle dinamiche mafiose. Del resto il suo gruppo più forte si chiamava appunto "Banda della Magliana", banda è qualcosa di molto diverso da una cosca mafiosa. Ma l'inchiesta su Mafia capitale ha obbligato la città a un brusco risveglio. I funerali Casamonica sono una allarmante conferma di cosa rischia di diventare la prima città d'Italia. Anzi di cosa è già: terra di mafia» (Roberto Saviano, *Una parrocchia da commissariare*, *la Repubblica*, 22 agosto 2015). Se sino a pochi anni fa le inchieste antimafia nel Lazio derivavano quasi esclusivamente da impulsi di procure meridionali (vd. Vittorio Martone, *Le camorre "oltreconfine"*, cit., p. 113), sicché si tendeva ad escludere la "mafiosità" della criminalità autoctona, sembrano oggi assai convinti del contrario gli inquirenti romani, comunque tutt'altro che guidati da spirito di improvvisazione. Da ciò deriverebbe la nascita, il radicamento e la diffusione di fenomeni mafiosi comunque ben differenti da quelli tradizionali, anche nei loro caratteri costitutivi, fondati più che su una capacità di assoggettamento violento di uno o più territori sulla predisposizione e sull'utilizzo di un'ampia sfera di relazioni fiduciarie con soggetti sociali aventi ruoli diversi (molti dei quali inquadrabili nella cosiddetta area grigia) ma tutti legati da vincoli di cointeressanza, relazioni volte al perseguimento di affari illeciti soprattutto in una forma imprenditoriale (vd., ancora, Vittorio Martone, *Le camorre*

come si vuole, ma il solo *nomen* (e si dubita che possa parlarsi di *nomen iuris*, anche quando promosso dalla Procura) *non immutat rei naturam.* La mafia, in senso tecnico e tradizionale, infatti, è individuabile in uno specifico fenomeno storico-sociale che vede nel compimento di attività tipiche in una forma tipica e con una tipica organizzazione un elemento fondante; in più, nel radicamento capillare sul territorio (comunemente presente, anche in virtù del prelievo sistematico del 'pizzo') – in uno o più territori[58] – e nel conseguente rapporto di soggezione (e, talora, collaborazione) con le popolazioni e anche con i poteri locali le mafie hanno visto risiedere la loro specificità. Dunque, a tutti questi elementi e ad altri classicamente connessi, come anche all'imposizione inderogabile e criminalmente sanzionata dei fornitori e spesso delle assunzioni – di comodo e qualche volta fittizie –, e non alla mera esistenza di una imponente, ancorché pericolosissima e onnivora, associazione a delinquere bisogna far riferimento per gli esatti confini della manifestazione illecita mafiosa[59]. Tanto che, ai sensi dell'art. 416 *bis* c.p., l'associazione criminale è qualificata di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per loro o per altri ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a loro o ad altri in occasione di consultazioni elettorali. Questo non vuol dire, ovviamente, escludere il carattere mafioso di un'organizzazione a delinquere per il suo marcato versante affaristico[60] (da sempre presente nelle conformazioni camorristico-mafiose come aspetto essenziale; e, del resto, il rapporto tra mafia, politica e impresa è in qualche modo congenito nel fenomeno stesso) ma significa, solamente, non ritenerlo fatto di per sé solo adeguato dal punto di vista esattamente qualificativo[61].

"oltreconfine", cit., p. 117, nonché Nino Amadore, *Un'interpretazione corretta del 416 bis*, e Marco Ludovico, *Un'impresa mafiosa con tutti i requisiti*, entrambi in *Il Sole 24 ore* rispettivamente del 9 e del 10 dicembre 2014).

[58] Si pensi alle proiezioni internazionali che spesso si caratterizzano solo per la presenza di dinamiche prettamente economiche (e, dunque, si risolvono in un radicamento di tipo economico e non di tipo violento e/o affaristico direttamente illecito).

[59] (Per come penalmente prevista).

[60] Cfr. Roberto Saviano, *Il vecchio volto di Mafia Capitale*, *la Repubblica*, 14 dicembre 2014, nonché Francesco Merlo, *Chi ha paura di chiamarla mafia*, *la Repubblica*, 12 dicembre 2014.

[61] Su una supposta insufficienza della previsione incriminatrice sulle associazioni mafiose rispetto alle finalità di contrasto di ipotesi criminose in tema di criminalità economica e politico-mafiosa,

Inoltre, se non può rispondersi, fatalisticamente, *nihil sub sole novi*, perché la tipologia dei crimini e la via del crimine *qualitativamente* e significativamente mutano (si pensi al fenomeno dell'immigrazione clandestina e/o illegale, a lungo assai sottovalutato, specie sotto il profilo finanziario), occorrendo viceversa scriminare il nuovo e il vecchio, nei ricorsi della storia, non può nondimeno ignorarsi che il processo di internazionalizzazione del crimine (assai dinamico, con vette di volta in volta di eccellente specificità) è una costante della storia, con esiti talora assolutamente impensabili più che inaspettati[62]. Naturalmente, il nuovo tende ad accreditarsi con un suo retaggio più nobile e uno scafista di quart'ordine osa dire (certo a sproposito, ma non subito appare), con grandissima lucidità e forza quasi lirica, quasi elegiaca: «Attenzione, Mosè è stato il primo scafista della storia"»[63]. (Ancora una notazione biblica, la tentazione o il bisogno di un accreditamento sacrale).

La mafia tradizionale, in ogni caso, presenta se stessa come struttura originaria (e non derivata) di origine sacra. Si rafforza (e si auto-referenzia) dal confronto parallelo e contagioso coi poteri contigui civili e religiosi (Stato e Chiesa ed enti autarchici, connessi e derivati o gravanti nell'alveo della legittimazione sovrana, anche lontanamente), non disdegna, ma predilige, quando gli riesca, strumentali affiliazioni con la solida e riservata e multiforme (nessuna generalizzazione) sinergia massonica e, in un sincretismo blasfemo, erige a propri numi laici Mazzini e Garibaldi. Si insinua dove è più agevole insinuarsi, specie nelle Confraternite (para)religiose (almeno nominalmente), solo apparentemente dedite, con qualche propria autonomia giuridico-organizzativa, al mero culto dei defunti. A Catania, per esempio, nei circoli devoti alla celebrazione della tradizione e al culto locale del sacro: «Il Circolo dei devoti era diretto dai Santapaola, il clan mafioso più potente della città»[64].

---

può vedersi, rispettivamente, Andrea Di Nicola, *La criminalità economica organizzata. Le dinamiche dei fenomeni, una nuova categoria concettuale e le sue implicazioni di policy*, Franco Angeli, Milano, 2006, pp. 135 ss. e Giuseppe Spagnolo, *L'associazione di tipo mafioso*, Cedam, Padova, 1990, pp. 40 ss., nonché Giovanni Fiandaca, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Indice penale*, 1991, pp. 24 ss.

[62] Si pensi, un attimo, alla relazione tra Corona britannica e corsari.

[63] Andrea Di Nicola, Giampaolo Musumeci, *I trafficanti di uomini*, in *http://www.beppegrillo.it/2014/02/passaparola_i_t.html*.

[64] «Santapaola e anche sua moglie, che un mese prima di essere uccisa mi venne a trovare, erano davvero convinti che Dio fosse dalla loro parte. Ammettevano solo 'cattive compagnie' ma pensavano di essere nel giusto con tutti quei santi di cui si circondavano e quell'Agata portata in processione» (Francesco Merlo, *Il Dio mafioso (La processione)*, *la Repubblica*, 9 luglio 2011). Si tenga presente che quanto riportato è affermato dal sacerdote Salvatore Resca della parrocchia di San Pietro e Paolo di Catania.

Una linea coerente e sottile, fatta di religiosità e di fato e di credenze di regola intimamente sentite (magari transitoriamente in polemica con la Chiesa ufficiale, in caso di conflitto: «Solo Dio può giudicare!»; una sorta di appello, certamente sentito, all'Autorità suprema) lega la solidarietà mafiosa al rito del sacro (d'altra parte, chi può veramente dire sul mistero di un'anima, nell'attimo della suprema transizione, specie se direttamente non coinvolta nel crimine mafioso, se non per la contiguità familiare, che, esclusa dalla comunione con la Chiesa, chiegga direttamente a Dio, una sorta di *salus sine Ecclesia*?). Come *pretendere* che una madre rinneghi il figlio, lui solo a rigore escluso dalla Comunità, senza che essa possa implorare per lui la misericordia di Dio?

Intanto, nel Regno della mafia, come in ogni filiale del Male, ruoli, gerarchie, organizzazione sono rigidamente fissati, ma non ci si avvede, in questo mondo alla rovescia (e a differenza del mondo di Milton, dove pure non difettano le illusioni su impossibili rivincite e s'erge tragica e romantica – nello smarrimento della suggestione e, per chi lo ritenga, a prescindere dalla fede, per l'autonomia dell'opera d'arte dall'intenzione dichiarata dell'artefice – la figura statuaria di un Lucifero, mai veramente domo, anche quando costretta a strisciare in forma di serpente scolpito, per fatale metamorfosi) dell'irreversibilità del Paradiso perduto (salvo ripudi e pentimenti, clamorosi, quando possibile, o riservati, non registrati certo a Palazzo di Giustizia, ma nel sigillo sacramentale della coscienza e della Chiesa). Ci sono, nell'*ordine canonico* (come peraltro nell'ordinamento criminale blasfemo[65]), rituali e sistematici, conflitti di foro interno che sembrano contrapporre persino il giudizio ufficiale della Chiesa e la decisione superiore divina (una nullità matrimoniale ottenuta con prove false dà vita a un secondo matrimonio legittimo per la Chiesa, ma non certo dinanzi a Dio; un ripudio della mafia, ignoto alla comunità e noto a Dio dà anch'esso luogo a conseguenze diverse sui differenti piani). In questo senso, il criminale che spera e si appella a Dio, pur non potendo confidare sul valore salvifico delle sue invocazioni, quando non suffragate da sincero pentimento e da atti conseguenti (*Mt.* 7, 21), ha comunque, come o diversamente da Epulone, le sue ragioni da offrire, sconosciute e incomprensibili sulla terra: «Ciò che è impossibile agli uomini, è possibile a Dio» (*Lc.* 18, 27).

---

[65] In *foro interno* la 'ndrangheta pretende che il mafioso giudichi se stesso, in qualche modo *incapretti* se stesso, diremmo figurativamente, secondo la metafora da noi illustrata. Come già introdotto, «il *santista* non avrà altro giudice che se stesso. Dopo aver rinnegato il passato "per salvaguardare l'onore dei miei saggi fratelli", non resta che assumersi il compito finale, quello di giudicare se stessi e decretare il proprio diritto a continuare a vivere o a morire» (Roberto Saviano, *Il giuramento dei boss nel cuore del Nord*, cit.).

Come in ogni guerra del passato[66], però, ogni esercito benedice, quando ne abbia facoltà, con veri sacerdoti (cappellani militari di compagini opposte), i propri cannoni: «Dio è con noi!, Dio lo vuole». Anche se tutti sanno che non è vero.

Non che la buona fede (essenziale in foro sacramentale) non conti, ma nessuna anima candida può credere che – esista o no una sacralità della configurazione criminale – essa viva in comunione con la Chiesa. Non sarà il nome di *Sacra Corona Unita* ad attribuire sacralità e santità alla struttura malavitosa salentina. È troppo ovvio per doverlo qui ricordare ma l'omicida rimane tale anche se prima di colpire "s'è fatta 'a croce", come dicono a Napoli. Vien da notare, a margine del tema, che l'unico vero caso di delitto della cui non illiceità intenzionale si sia seriamente discusso con profondi dubbi in sede teologica è quello dei Monarcomachi, che riguardava appunto l'ipotesi dell'omicidio lecito del tiranno[67]. È da credere, però, che, scomunica pontifica o no, i riti sacrali della mafia – specie quelli iniziatici (dalle 'doti' dell'affiliazione tenuta dallo "stoppagliero", con i suoi richiami terminologici – dal "battezzo al "vangelo", dalla "crociata" alla "santa" –, alla puntura, il taglio a croce sul dito, con gocce di sangue che cadono sull'immagine sacra, sul *santino* che brucia e poi sulla spalla nuda – l'immagine arsa è evidente simbolo di vincolo occulto e inviolabile, mentre il sangue svanisce –, alla declamazione della formula di rito e via dicendo) rimarranno assolutamente rigidi e, fin quando possibile, assolutamente immutati (come se fossero immutabili). Ogni innovazione o mutamento sarà sempre strumentale[68] (una 'nuova' mafia al Nord o ovunque sia talora sembrerà richiedere una terminologia qualificativa innovata, com'è accaduto[69]) ma avrà un carattere sempre *athono*, non diverrà mai una autentica mutazione. Non casualmente, Carmelo Novella, «il boss che storicamente tenta attraverso una astuta e complessa strategia diplomatica di costruire una struttura autonoma della 'ndrangheta al Nord, la prima cosa che fa è costruire»[70] un rito assai simile al

---

[66] …e purtroppo non solo.

[67] Ipotesi non solo di scuola, perché la teoria andrebbe costantemente ricordata a proposito di un fallito attentato a Hitler nel quale era coinvolto anche un ecclesiastico.

[68] D'altronde, i simboli sono prodotti culturali che, benché chiaramente frutto di un'invenzione creativa, sono intenzionalmente diretti e portati innanzi da agenti reali, con ricercate conseguenze concrete (cfr. Marco Santoro, *La voce del padrino: Mafia cultura e politica*, il Mulino, Bologna, 2005, p. 39).

[69] …a meno che non sia espressione di una semplice espansione territoriale di una mafia 'classica' e della riproposizione di un metodo mafioso 'tradizionale'.

[70] Roberto Saviano, *Il giuramento dei boss nel cuore del Nord*, cit. Nella riedificazione del rito sarebbero poi state introdotte le doti, per citarne solo alcune, le figure "stella", "bartolo", "mammasantissima", "infinito" e "conte Ugulino" o "conte Agadino".

classico, articolato e tradizionale rito dell'iniziazione per i vari gradi. Come è stato esattamente detto, i riti rimangono: «Non basta una stretta di mano o un contratto scritto, serve un simbolo. Puoi perdere amici, lasciare la moglie, essere indifferente ai figli, non vedere mai più genitori ma il simbolo è immutabile e nutre sempre. Riti immutati, salvo piccole variazioni, che vengono celebrati da oltre cento anni da Sidney a New York, da Milano a Bovalino, da San Luca a Roma»[71]. Non casualmente, proprio a Roma, in un'inchiesta giudiziaria sulla nuova mafia (*nuova*?) che ha visto implicati soggetti già coinvolti nell'indagine denominata "Roma Capitale", si sarebbero trovate armi e scoperto, appunto, "codici di affiliazione" di una 'ndrina[72] (scriminante ritenuta evidentemente importante dagli inquirenti per passare, confermativamente, dalla semplice *banda* criminale all'associazione mafiosa). Tuttavia, a parer nostro, la nota rituale (su cui, a voler guardare, quest'intero saggio è, almeno stilisticamente, fondato; anche se è in un'ottica diversa e parallela) non può, essa sola, assumere valore vincolante sull'esistenza di un'associazione mafiosa, quando siano già compresenti tutte le altre condizioni previste dalla normativa penale e dalla giurisprudenza a riguardo e del tutto note, per doversi qui ancora elencare. Una mafia o camorra laica (quest'ultima già in sé più disordinata e meno strutturata rispetto alla mafia e alla 'ndrangheta), purché con vincoli di gerarchia, col dominio del territorio, col controllo della mano d'opera e quant'altro, non divengono meno o diversamente criminali, se si privano delle sacralità rituali (segno, questo sì, importante di identificazione, ma di per sé non necessario e non sufficiente per l'esistenza di una criminalità strutturalmente organizzata).

Il problema, cui vorremmo accennare, non è, sempre *di per sé*, di difficile comprensione. Ogni struttura criminale organizzata tende ad avere le sue regole, le sue prassi e, in qualche modo, i suoi riti. Inoltre, fatalmente, tali compagini tendono a correlarsi e, di volta in volta, a stringere alleanze (precarie e occasionali oppure organiche) con altri importanti ordinamenti criminali, con una storia del tutto diversa e peculiare da quella miticamente partorita dai lombi di Osso, Malosso e Carcagnosso, comunque denomina-

---

[71] Roberto Saviano, op. ult. cit.: «Appena entri, il rituale è mediato da Osso, Mastrosso e Carcagnosso i tre cavalieri, nella leggenda scappati dalla Spagna dopo aver ucciso il violentatore della loro sorella, e poi riunitisi a Favignana dove costruirono le regole dell'Onorata Società. […] Nell'ultima tappa della Società Minore, accompagnano al grado di "sgarrista", Minofrio, Misgrizzi e Misgarro tre figure anch'esse mitologiche, i presunti assassini di San Michele Arcangelo (tagliarono la testa all'arcangelo che poi è divenuto protettore della 'ndrangheta e allo stesso tempo della Polizia di Stato)».

[72] La notizia, pubblicata in *'Ndrangheta, scoperta una cosca a Roma. Coinvolta anche Coop legata a 'Mafia capitale'*, in *http://roma.repubblica.it/cronaca/2015/01/20/news/_ndrangheta_scoperta_organizzazione_a_roma-105334858*, meriterebbe di essere approfondita non essendo precisa la fonte sulla tipicità dei codici stessi.

ti[73]. Si tratta di soggetti, alla fine spregiudicati, volti all'arricchimento dell'organismo criminale e dei suoi adepti palesi e occulti (si pensi agli impeccabili burattinai sotto il tavolo). Pretendere il rito (iniziatico, manifestamente costrittivo, inderogabile *et cetera*) è solo *segno*, spesso sufficiente, ma assolutamente non necessario, sempre a parer nostro, a qualificare socialmente il fenomeno e, ancor meno, per le applicazioni delle normative penali dello Stato repressive delle conformazioni mafiose[74]. Uno Stato non si lega le mani per difetto del rito criminale ritenuto tipico, ma si correla alla natura oggettiva e strutturale dell'organizzazione criminale. Non è certo vero che ogni struttura criminale è di per sé mafiosa (tutti i mafiosi sono criminali, ma nessuna struttura criminale può, di per sé solo, essere ritenuta mafiosa!). È vero invece che, anche in assenza di rito (e pur scostandosi dalle dinamiche classiche[75]), l'organizzazione può svolgersi attività criminale mafiosa e può mafiosamente strutturarsi ("mafiare"). Di volta in volta, le indagini e la delibazione giurisprudenziale detteranno, sempre con maggior precisione, le regole dell'esatta qualificazione giuridica. In sintesi, d'altronde, non è né la previsione normativa e nemmeno la sua interpretazione giurisprudenziale che insistono sulla presenza di elementi rituali come criterio dirimente per l'esistenza o inesistenza di un sodalizio a carattere camorristico-mafioso, e un'attenzione mirata su questi elementi potrebbe – per ipotesi – orientare in senso impropriamente selettivo le indagini.

Detto questo, torniamo a ciò che con certezza ha colore e sostanza di

---

[73] Si ricordi, anche, che tra le leggende dalle quali sembra derivare specificamente la mafia vi è quella dei Beati Paoli, setta segreta di uomini "giustizieri" per la povera gente (sulle cui origini, storiche o letterarie, non si ha chiarezza, ma ciononostante a Palermo una via è a loro dedicata), da cui le organizzazioni mafiose hanno tratto impropriamente una loro giustificazione "esistenzial-culturale".

[74] È pericoloso – e potrebbe alimentare lo sviluppo della criminalità organizzata alternativa alla camorra, mafia e 'ndranghetista generale – voler privare gli inquirenti della potenzialità repressiva della normativa antimafia per assenza di rito, perché non è il rito a costituire il reato, ma l'attività criminale gerarchicamente organizzata, con le specifiche connotazioni pretese dalla normativa antimafia stessa. Insomma, se una banda etnica (la più varia e magari impensata) si organizza sul territorio in modo da averne significativamente e almeno parzialmente (lo Stato, vivaddio!, non è sparito) il controllo politico, amministrativo, economico, può e deve essere a tale struttura applicata ogni normativa antimafia prevista dalla legge. Questo affannarsi degli inquirenti, talora con furbizie nominalistiche ("Mafia capitale"), alla ricerca dei riti iniziativi e costumi tipici è certo lodevole, perché nel più (il segno rituale, magari accidentale) c'è sovente il resto (il tipo 'mafioso' di controllo sul territorio), ma può essere pericoloso e fuorviante, perché l'organizzazione sarà giuridicamente definibile mafiosa o no solo per la sua struttura e attività e per la presenza degli elementi indefettibili previsti dalla legge per l'applicazione della legislazione antimafia, nella quale non può certo rientrare l'essenzialità del rito.

[75] Persino, forse, per come disegnate dalla prassi e riprese dal legislatore: ma questa intrinseca contraddizione (mafioso è, per l'appunto, ciò che può normativamente qualificarsi tale) soltanto dall'interprete e, ancor prima, dal normatore può essere affrontata.

mafia, anche (e ancor più) se si veste (e si camuffa) sotto il manto del rito. In questo rito, del tutto singolare è la funzione dei menzionati 'angeli custodi massonici' (Mazzini, Garibaldi, Lamarmora[76]) che introducono al viatico e rammentano, oltre e più che l'omertà, la contaminazione col potere elevato (e non rozzamente mercenario e commerciale), comunque variamente configurato.

Da qui, ci si spinge, poi, a manifestare la propria appartenenza (mafioso/religiosa) e assieme il proprio potere, in veste però non più (tanto) segreta (anzi!) ma volutamente, spavaldamente, palese.

A questo punto, però, quasi inavvertitamente, siamo già andati oltre, siamo scivolati dall'esame del rito, più o meno occulto o riservato (ma mai veramente confinato a inesistenti conflitti mafiosi di foro interno, strettamente travaglianti in seno all'animo umano, nel rapporto – forse giuridico, forse no – tra uomo e Dio) alla "pubblica virtù", alla mafia devota di rito pubblico, di cui la "processione"[77] rappresenta il visibile trionfo[78]. Il rito non è più celato, ma esibito, pubblico appunto, anzi sfolgorante, coi suoi battesimi; i suoi padrini compiaciuti innanzi al battistero; la processione al Santo e alla Santa; i funerali. Simboli sacramentali e simboli di vita criminale, ricchi di storia e di senso, fusi in un indiscriminabile intrico. Dall'ermeneutica di entrambi i fori, gli aruspici della sociologia e del diritto cercheranno segni di comprensione. L'ordine ordinato della mafia appare ora sconvolto e soffocato dalla corda di Bergoglio e da una scomunica *latae sententiae*, pubblicamente dichiarata ma non processualmente rubricata: un mondo diretto e un mondo rovescio pur essi ordinati dal diritto penale della Chiesa.

---

[76] Anche quest'ultimo, infatti, è nominato nel rito *ante* commentato.

[77] Rito evidente, già dal suo stesso nome, che indica – come ovviamente il processo – la doverosità, i modi e i fini del procedere.

[78] Temi che tratteremo nella prossima parte dello studio. Il presente saggio, dedicato all'esame delle incombenze di una condanna giuridico-teologica celebrata dal mafioso stesso nel tempio occulto del foro interno, null'altro vuol essere che una peculiare angolatura preliminare di riflessione.

Costituzione e "natura": qualche considerazione su un tema antico

Emanuele Rossi

1. Tornare a riflettere, come mi è stato chiesto[1], su un tema antico e pure sempre di stretta attualità, quale quello del rapporto tra diritto e natura, ed in specie tra costituzione e natura, richiede preliminarmente di interrogarsi sul senso e l'attualità, oggi, di ripercorrere argomenti già ampiamenti indagati nella storia del pensiero, e non solo di quello giuridico.

Al di là ed oltre l'interesse speculativo – che richiede di porre costantemente attenzione e sguardo fisso ai fondamenti teorici dell'esperienza giuridica –, vi sono anche motivi legati allo stato dell'evoluzione scientifica e tecnologica, come pure ai mutamenti del contesto sociale, che investono il rapporto in questione. Pensiamo, ad esempio, ai numerosi e complessi ambiti della bioetica e del connesso biodiritto: come affermò qualche anno fa un noto teologo, "quando, per qualunque motivo, si parla o si scrive di bioetica si chiama sempre in causa – anche se non ce se ne accorge – l'idea di natura"[2]. Tra i profili problematici connessi alla nozione di bioetica sta, – *in primis* – l'individuazione della nozione di concepito: ove l'interrogativo di quale sia la soluzione "giusta" che il legislatore può adottare consegue all'interrogativo di quale sia l'inizio della vita "naturale", e di conseguenza di quale sia la condizione "naturale" alla quale riferirsi.

Analogamente, si rifletta sulle vicende del "fine – vita" e dei connessi possibili trattamenti sanitari: anche in questo caso la riflessione giuridica (nonché quella politica e culturale) si è posta l'interrogativo circa la legittimità di interventi che rallentino o impediscano l'esito *naturale* della vita,

---

[1] Il presente testo riprende, con lievi variazioni, il testo dell'intervento svolto all'interno della Summer School "*Natura, tecnica e cultura. Profili etico-pubblici del dibattito sulla natura umana*" organizzata dal CESPEC (Centro studi sul pensiero contemporaneo) presso l'Università di Cuneo nel settembre 2014.

[2] Enrico Chiavacci, *Lezioni brevi di bioetica*, Cittadella, Assisi, 2000, p. 14.

magari contro la volontà del soggetto interessato, e numerose sono le opinioni che ritengono che la linea di demarcazione tra ciò che è consentito e ciò che dovrebbe considerarsi vietato corrisponda alla distanza tra ciò che è "naturale" e ciò che invece è conseguente all'impiego di mezzi tecnici. E come non ricordare il tema della famiglia come "società *naturale*" (secondo l'espressione utilizzata dall'art. 29 della Costituzione), tema che è stato – ed è – al centro dei dibattiti relativi alla possibilità di ammettere o meno la possibilità di matrimoni tra soggetti dello stesso sesso, come anche della possibilità di assimilare alla disciplina giuridica della famiglia la regolamentazione di convivenze non matrimoniali? Vi è poi la tematica complessa relativa al genere ed alla rettificazione del sesso anagrafico, che investe il concetto di "natura": tematica che recentemente ha interrogato il giudice costituzionale sulle conseguenze della rettificazione dell'attribuzione di sesso sulle vicende matrimoniali[3] ed il giudice ordinario in ordine alla possibilità di rettificazione di sesso anche in assenza di un intervento chirurgico demolitivo dei caratteri sessuali primari[4].

Gli esempi che si sono riportati costituiscono dimensioni nuove di temi antichi, relativi al fondamento dei diritti della persona ("inviolabili", "fondamentali", "innati", e così via): e, quindi, alla loro precedenza rispetto all'ordinamento giuridico che li riconosce ed alla loro supposta superiorità rispetto ad esso. Temi che, come è evidente, toccano l'essenza stessa di ogni ordinamento giuridico e il suo fondamento, come cercherò di dire successivamente.

Mi pare, in sostanza, che vi siano ancora molte e fondate ragioni per continuare a riflettere sul rapporto tra natura umana e diritto, e sul ruolo delle costituzioni in esso.

A ciò si aggiunga è un'altra ragione, spesso non considerata o ritenuta non rilevante in relazione al tema di cui stiamo dicendo: una dimensione che non riguarda l'ambito del "bio" (-diritto, -etica, ecc.) ma che pure è fortemente e strettamente connessa alla vita sociale, ed alla tutela dei diritti in particolare. Un riferimento in tal senso è offerto da una non recente riflessione di Giuseppe Dossetti, che la sensibilità e l'attenzione di Enzo Balboni hanno reso possibile rileggere ora nella sua interezza e correttezza[5]. Nella

---

[3] Corte cost. n. 170/2014.

[4] Trib. Messina, I sez. civ., 4 novembre 2014, in *www.dirittocivilecontemporaneo.com*

[5] Giuseppe Dossetti, *"Non abbiate paura dello Stato!". Funzioni e ordinamento dello Stato moderno* (a cura di Enzo Balboni), Vita e Pensiero, Milano, 2014. Il volume ripubblica, con correzioni che fanno giustizia di passate distorsioni (trattandosi di una trascrizione dall'esposizione orale) la celebre relazione tenuta da Dossetti nel 1951, all'interno del III Convegno nazionale dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani, all'immediata vigilia dell'abbandono da parte di Dossetti della vita politica. L'e-

sua riflessione datata 1951, Dossetti afferma che "mentre lo Stato ha negato una propria consistenza, per esempio, alla famiglia, alla categoria professionale, cioè in generale a tutte le società intermedie, perché ha negato che esse si fondassero su elementi obiettivi e su leggi fisiche, biologiche, psicologiche essenzialmente legate alla natura delle cose, per contro ha sempre professato la naturalità del meccanismo economico, e perciò la immutabilità delle leggi economiche. (…) *La sola immutabilità legata alla natura umana, di fronte alla quale lo Stato moderno ha piegato la sua sovranità*"[6]. Colpiscono, in tale frase, l'amarezza di fondo come anche la denuncia che emerge: quel limite della "natura", che l'Autore dell'ordine del giorno in Assemblea costituente riteneva – verosimilmente – opponibile allo Stato con riguardo alla regolazione delle comunità intermedie, viene invece percepito in relazione a quella dimensione della vita sociale in cui avrebbe dovuto affermarsi il primato della politica, ovvero l'attività economica (ed in particolare il diritto alla libertà di iniziativa privata e di proprietà dei mezzi di produzione). Ma la rinuncia da parte dello Stato a guidare e limitare i rapporti economici produce – secondo tale Autore – un obiettivo pericoloso: "l'immunità dal potere statale diviene facilmente prevalenza e predominio sul potere statale"[7]. Mi pare che queste preoccupazioni, cui è difficile negare fondatezza, siano quanto mai attuali oggi, nell'incontrastato dominio del fenomeno della globalizzazione e delle sue connesse "leggi" economiche internazionali, cui fa riscontro l'incapacità degli Stati di opporre limiti efficaci. Certamente andrebbe problematizzato il fondamento "naturale" del "meccanismo economico", e occorrerebbe valutare quanto invece quest'ultimo non sia il prodotto di processi umani e sociali: resta in ogni caso l'esigenza di una riflessione sul rapporto tra diritto e ciò che ad esso è "precedente"; profilo – quest'ultimo – che in verità attraversa tutto il problema del rapporto tra "natura" e "diritto", come subito si chiarirà.

2. Il tema del rapporto tra le costituzioni e la natura può essere affrontato in modi diversi e sotto diverse angolature. Mi occuperò di alcuni profili, ben sapendo che nessuno di questi è in grado non dico di esaurire, ma nemmeno di riempire parzialmente i vasti contenuti del tema stesso.

Sotto un primo punto di vista si potrebbe riprendere l'antico tema del

---

dizione è accompagnata da una puntuale quanto ricca analisi del testo da parte di E. Balboni, con preziosi richiami e spiegazioni che consentono di apprezzare il senso profondo della relazione e le sue implicazioni anche sulla vita del giovane ordinamento costituzionale.

[6] *Ivi*, p. 21.

[7] *Ivi*, p. 22.

rapporto tra diritto "naturale"[8] e diritto "positivo" (ovvero *ius in civitate positum*),la cui essenza problematica è costituita, in primo luogo, dalla ricerca di un fondamento del secondo che ne giustifichi l'esistenza e lo orienti ad una logica di "bene", di "giustizia" e così via: secondo san Tommaso, "la legge umana in tanto è tale in quanto è conforme alla retta ragione e quindi deriva dalla legge eterna. Quando invece una legge è in contrasto con la ragione, la si denomina legge iniqua; in tal caso cessa di essere legge e diviene piuttosto un atto di violenza"[9]. Tale "diritto buono", "giusto", viene collegato all'idea e al concetto di "natura"[10]: sia in quanto l'espressione "legge naturale" deve intendersi in contrapposizione a "legge soprannaturale", ovvero come legge che l'uomo è in grado di conoscere mediante le leggi della natura; sia nel senso che tale è la legge morale che l'uomo può conoscere leggendo la natura propria e di ciò che lo circonda[11]. Nel pensiero cristiano, tale riferimento è particolarmente sottolineato, rinvenendosi nella natura e nella ragione (con cui l'uomo legge la natura e ne scopre l'essenza) le vere *fonti del diritto*: come ha affermato il Papa Benedetto XVI in un celebre discorso pronunciato nel 2011 davanti al Parlamento tedesco, "contrariamente ad altre grandi religioni, il cristianesimo non ha mai imposto allo Stato e alla società un diritto rivelato, mai un ordinamento giuridico derivante da una rivelazione. *Ha invece rimandato alla natura e alla ragione quali vere fonti del diritto* – ha rimandato all'armonia tra ragione oggettiva e soggettiva, un'armonia che però presuppone l'essere ambedue le sfere fondate nella Ragione creatrice di Dio"[12] (corsivo aggiunto).

Evidente, in tale prospettiva, è – come si è accennato – il presupposto di una sostanziale coincidenza tra "natura" e "giustizia": ragione per cui "aven-

---

[8] Sulla teoria della legge naturale l'opera che complessivamente affronta il tema è quella di John M. Finnis, *Legge naturale e diritti naturali*, trad. it., Giappichelli, Torino, 1996.

[9] San Tommaso D'Aquino, *Summa theologiae*, I-II, q. 93, a. 3, da 2um. Come ricorda Mario Dogliani, in conclusione della sua fondamentale opera sull'essenza del diritto costituzionale (*Introduzione al diritto costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1994, 344), "dalla consuetudine immemoriale alla legge divina, dal Sancta Sanctorum del Tempio di Gerusalemme allo stato senza sovranità di Kelsen, il pensiero umano ha continuato a cercare le soluzioni per sostituire alla materialità del potere di qualcuno l'astrattezza della regola di tutti".

[10] In tal senso anche Luigi Lombardi Vallauri, *Diritto naturale*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, VI, Torino, 1990, 315, per il quale "il vero problema è se esista un diritto buono, anzi misura della bontà di ogni diritto; solo secondariamente, se sia opportuno configurare la bontà come "naturalità". Peraltro vi è chi rileva (Francesco Viola, *Introduzione* a John M. Finnis, *Legge naturale e diritti naturali*, cit., p. VIII) che "il senso pieno di una teoria della legge naturale è quello di essere anche un modo di approccio alla teoria del diritto e non già soltanto la difesa di esigenze morali sovrastanti il mondo della giuridicità".

[11] Enrico Chiavacci, *Lezioni brevi*, cit., p. 16 ss.

[12] Papa Benedetto XVI, *Discorso al Parlamento federale di Germania*, 22 settembre 2011.

do il diritto per fine la giustizia (comunque intesa), un diritto ingiusto, o un diritto la cui giustizia sia discutibile, non sembra pienamente diritto perché fallisce il suo scopo"[13].

L'idea di un diritto che per essere giusto non possa essere necessariamente ed esclusivamente quello positivo trovò forte impulso a seguito degli orrori del regime nazista: come affermò il giurista tedesco Radbruch subito dopo la fine del conflitto mondiale, "il positivismo, con la sua convinzione 'La legge è legge' ha reso la categoria professionale dei giuristi inerme nei confronti di leggi arbitrarie e dal contenuto criminale", giacché "quando nel porre il diritto positivo viene di proposito negata quell'uguaglianza che costituisce il nucleo della giustizia, allora la legge non è soltanto 'diritto ingiusto', piuttosto non è affatto diritto"[14]. In altri termini, "se un diritto ideale misura della bontà dei diritti storici non esiste, tutto è permesso: la discussione politico-giuridica è vana; il legislatore e il giurista lavorano senza un criterio; la parola spetta esclusivamente al potere"[15].

Tralasciando le profonde differenze che caratterizzano le posizioni sulla "natura" del diritto naturale, in particolare tra il giusnaturalismo soggettivistico e quello di derivazione cristiano-cattolica[16], ovvero tra il "diritto naturale antico" e quello "moderno" (il primo ritenuto fondato sulla creazione divina, il secondo sulla ragione umana)[17], vorrei limitarmi a valutare alcune possibili conseguenze della sua (eventuale) esistenza e consistenza, specie alla luce del ruolo delle costituzioni e del costituzionalismo.

Le teorie delle costituzioni e quelle del diritto "giusto" hanno infatti forti elementi in comune: entrambe giustificano la loro esistenza non soltanto perché si pongono "in funzione alternativa e dichiaratamente preminente rispetto al diritto positivo"[18], ma anche in quanto tendono a configurarsi quali "criteri di accertamento non solo della giustizia ma anche della giuridicità del diritto positivo", al quale conferiscono o negano validità, e a cui,

---

[13] Così Sergio Cotta, *Diritto naturale*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, p. 647.

[14] Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1946, 105 ss.; tradotto in italiano da Edoardo Fittipaldi col titolo *Ingiustizia legale e diritto sovralegale,* in Amedeo G. Conte - Paolo Di Lucia - Luigi Ferrajoli - Mario Jori, *Filosofia del diritto*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2002, pp. 157-158.

[15] Luigi Lombardi Vallauri, *Diritto naturale*, cit., p. 315.

[16] Su cui v. Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 84 ss.

[17] Cfr. sul punto Gustavo Zagrebelsky, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino, 2009, p. 41.

[18] Vincenzo Scalisi, *Il diritto naturale e l'eterno problema del diritto 'giusto'*, in *Europa e diritto privato*, n. 2/2010, p. 451.

se necessario, intendono sostituirsi[19]. Un diritto, dunque, che potremmo ritenere qualificato come "sovra-legale e sovra-positivo: un diritto che, ormai da oltre due millenni e mezzo, viene indicato come depositario e custode di ogni ideale di civiltà giuridica e soprattutto dei sommi e universali principi di giustizia, e in quanto tale valutato anche quale supremo ordinatore, alla cui stregua poter discernere il giusto dall'ingiusto e quindi determinare legittimità ed esigibilità delle norme positive"[20]. Questo diritto giusto, in quanto diritto ideale, è stato posto in relazione e quasi in dipendenza da ciò che è in "natura": come afferma Grossi, '"l'idea del diritto naturale, di ogni legge naturale, non incarna altro che un tentativo di soluzione, forse ingenuo o illusorio, dell'eterno problema umano di un diritto giusto, quasi un ponte ardito, lanciato verso questa meta"[21].

La dimensione "naturale" di questo diritto "giusto" si giustifica in quanto esso, considerato nel suo aspetto fenomenologico, è riferito alla "natura della cosa", intesa come "l'insieme di quelle caratteristiche strutturali dell'individuo, sia con quell'assetto di società, che costituiscono l'ineliminabile 'dato' – empiricamente constato e constatabile – della normazione"[22]; detto in altri termini, esso è l'insieme di quei "valori universali ed eterni di giustizia che a volta a volta sono stati individuati come insiti, se non addirittura scolpiti, nella natura ed essenza stessa dell'uomo"[23]. Bockenforde ha parlato al riguardo di un "paralogismo naturalistico", da intendersi come "l'operazione che desume dal dato di fatto constatabile dalle scienze naturali (ossia dall'essere) postulati e qualità normative (ossia il dover essere)"[24].

In forza di tale concezione, il diritto giusto-naturale tende a configurarsi quale fondamento giustificativo di diritti fondamentali della persona, anche *oltre* o *contro* il diritto positivo; ed insieme, parametro di valutazione delle scelte operate dai legislatori.

Per quanto riguarda il primo versante, si pensi al diritto all'obiezione di coscienza ovvero anche a quello di resistenza, come pure alle possibili espressioni delle forme di disobbedienza civile (con le note difficoltà di distinguere

---

[19] Sergio Cotta, *Diritto naturale*, cit., p. 647.

[20] Vincenzo Scalisi, *Il diritto naturale*, cit., p. 461.

[21] Paolo Grossi, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Bari-Roma, 2003, p. 85.

[22] Sergio Cotta, *Diritto naturale*, cit., p. 650.

[23] Vincenzo Scalisi, *Il diritto naturale*, cit., p. 461.

[24] Ernst Wolfgang Bockenforde, *Dignità umana e bioetica,* Morcelliana, Brescia, 2010, p. 46. Secondo Luigi Lombardi Vallauri, *Diritto naturale*, cit., p. 316, "se la questione cruciale è sulla "bontà" oggettiva-universale del diritto, la questione sulla "naturalità" è prevalentemente di opportunità terminologica".

concettualmente e praticamente i diversi ambiti)[25]: il diritto giusto-naturale, in tale prospettiva, è quel sistema di norme cui riferirsi per valutare la giustizia di una regola giuridica cui si è obbligati e per decidere, eventualmente, di sottrarvisi, allorché ritenuta ingiusta ovvero contraria alla propria coscienza; ove la coscienza costituisce il luogo di discernimento della regola "giusta", in quanto inscritta (o che si ritiene inscritta) nel diritto giusto-naturale (appunto). Interessante sarebbe approfondire, a tale proposito, la negazione della qualifica di obiezione di coscienza, ribadita dal Comitato nazionale di bioetica (nel parere pubblicato il 30 luglio 2012, che riprende sul punto un parere sulle vaccinazioni del 22 settembre 1995), relativamente alla posizione del soggetto che mira non a far valere un obbligo della propria coscienza, quanto invece "una diversa valutazione scientifica rispetto a quella posta a fondamento di un precetto legale". Interessante sia perché chiarisce che anche le valutazioni scientifiche contengono un grado di soggettività ineliminabile, sia perché esclude che su tale soggettività possa fondarsi un diritto ad obiettare. Ma su questo punto non è possibile andare oltre.

Che poi la "natura", intesa come "scienza", sia considerata come limite per il diritto positivo è affermato non soltanto sul piano ontologico (ovvero come dato ricavabile dalla realtà delle cose), ma anche su quello deontologico: per quanto emerge nella giurisprudenza dei tribunali costituzionali, infatti, ciò che è "naturale" o presupposto tale, specie se conseguente a conoscenze scientifiche e quindi alle acquisizioni della scienza, è da considerarsi limite non valicabile ad opera del diritto positivo. Così, ad esempio, nella sentenza n. 151/2009 si legge: "Al riguardo, va segnalato che la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l'accento *sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali*, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica" (corsivo aggiunto). Dunque – sembra doversi intendere – il legislatore è limitato nella propria discrezionalità non soltanto dalle fonti costituzionali ma anche (direttamente o indirettamente) dalle conoscenze scientifiche (ovvero, sembra potersi dire, dalla "natura"); detto in altri termini, il legislatore non può stabilire regole "contro natura", ovvero contro le evidenze della scienza medica. Ciò pone alcuni interrogativi circa il "margine di apprezzamento" riservato al diritto rispetto alle acquisizioni della scienza, ben sapendo che non sempre la scienza è univoca (ad esempio) o che è proprio della scienza essere in costante evoluzione e progresso. Ma, soprattutto, si pone il pro-

[25] Su questi problemi v., da ultimo, Davide Paris, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Passigli, Firenze, 2011; Federica Grandi, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014 (in part. p. 187 ss.).

blema di quali siano i limiti per il diritto negli ambiti nei quali non vi siano evidenze scientifiche bensì principi etici o morali: in questi casi il diritto è libero o è soggetto ad analoghi limiti? A me pare che, in base alla teoria del diritto giusto/naturale, anche in questi casi si ponga un problema di limiti alla discrezionalità del legislatore: ma con la difficoltà di non potersi rivolgere ad un'evidenza scientifica, in certa misura condivisa dalla comunità scientifica di riferimento, per ricavarne il contenuto. Alla luce di questo, possiamo valutare il ruolo svolto dalle costituzioni e dalla Costituzione italiana in particolare.

3. Da quando si sono affermati il costituzionalismo e l'idea di costituzione in senso moderno, è infatti evidente che tra diritto giusto/naturale e diritto positivo si è inserito un elemento intermedio, dato appunto dalle costituzioni. L'intermediazione delle costituzioni si spiega in quanto esse da un lato guardano al diritto giusto/naturale ed in certa misura ne costituiscono la positivizzazione (con le precisazioni che subito dirò); dall'altro però appartengono esse stesse al diritto positivo, insieme svolgendo – nei confronti del diritto positivo "inferiore" – quella funzione di parametro di valutazione in relazione alla sua "giustizia".

Presupponendo la fondamentale distinzione tra "valori", "principi" e "regole", e condividendo la premessa che "i valori, per loro natura, si muovono in uno spazio che è sostanzialmente meta-normativo"[26], mentre i principi costituiscono il *medium* tra valori e regole (immettendo contenuti di valore nell'ordinamento, da concretizzare in regole)[27], può dirsi, con riguardo al primo versante del tema indicato, come in certa misura (e con tutte le cautele del caso) le costituzioni sono (o perlomeno aspirano ad essere) la positivizzazione dei contenuti del valore, e perciò di ciò che è "giusto". Come afferma Zagrebelsky, "poiché il diritto costituzionale si presenta non come volontà di una parte che si impone sull'altra, ma come espressione di un equilibrio obbiettivo, il rapporto tra legge e Costituzione si avvicina al rapporto tra la legge e il diritto naturale"; e ciò in quanto "negli Stati costituzionali moderni, i principi morali del diritto naturale si sono incorporati nel diritto positivo"[28]. Con l'esercizio del potere costituente, come

---

[26] Così, da ultimo, Paolo Veronesi, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, p. 318.

[27] Gustavo Zagrebelsky, *Intorno alla legge*, cit., p. 100. Sull'influsso che i valori costituzionali esercitano nei diversi settori del diritto v. l'imponente opera curata da Alessandro Pizzorusso - Vincenzo Varano, *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Giuffrè, Milano, 1985.

[28] Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., p. 157.

osserva Massimo Luciani, si realizza "l'abbandono dell'idea dell'ordine naturale della società e la sua sostituzione con quella, interamente laicizzata, del dominio dell'uomo sugli assetti sociali", così da "collocare nelle mani dell'uomo l'illimitato potere di disegnare le regole di funzionamento della società"[29]. Di conseguenza, si è ritenuto che in un ordinamento i valori (gli unici valori, si dovrebbe dire) rilevanti sono quelli che le costituzioni traducono e selezionano[30]: per cui, se va riconosciuto come i valori continuano ad alimentare l'ordinamento, "ciò tuttavia può avvenire solo *nella misura*, *nei modi* e *entro i confini* forgiati dal testo"[31]. In altri termini, con le costituzioni si realizza la "positivizzazione della Religione o l'oggettivazione della Metafisica", cioè "la codificazione di un sistema di valori derivato da una libera scelta fondamentale", quale via via indicata da Kelsen "per uscire dal caos delle metafisiche soggettive"[32]. La conseguenza è che, come sostiene Spadaro, "ormai in qualunque ordinamento non pare tollerabile – o lo è solo a costo di gravi rischi per la sua durata e stabilita – una contrapposizione fra verità scientifiche e prescrizioni costituzionali, fra conquiste del sapere e scelte fondamentali del potere"[33].

Dunque le norme costituzionali sono debitrici dei loro contenuti a valori che stanno al di fuori e prima del testo, "traducendo" in norme giuridiche, e per così dire positivizzando, quanto ritenuto giusto/naturale, talvolta rafforzandone la previsione attribuendo ad alcune norme un surplus di rigidità, con il ritenerle irrevisionabili (ricordiamo che anche la Corte costituzionale ha riconosciuto questa qualifica ad alcune disposizioni costituzionali).

Ovviamente, non tutte le concezioni della costituzione rispondono all'impostazione appena indicata: non certo la costituzione kelseniana, "che ha rotto in alto con l'oltremondo del valore" – come, con espressione che rivela la condivisione ma anche il senso d'ironia dell'Autore, l'ha definita Carlo Mezzanotte[34] – quanto invece quelle costituzioni (tra cui la nostra) che si

---

[29] Massimo Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1/1996, p. 142.

[30] Alessandro Pace, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, p. 35 ss.

[31] Paolo Veronesi, *La dignità umana*, cit., p. 319. Conseguentemente, come rileva Antonio Baldassarre, *L'interpretazione della Costituzione*, in Antonio Palazzo (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Jovene, Napoli, 2001, p. 221, non è corretto riferirsi a valori esterni alla Costituzione da utilizzarsi in tutte le operazioni giuridiche che coinvolgano la Costituzione.

[32] Così Giuseppe Volpe, *L'ingiustizia delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 134.

[33] Antonino Spadaro, *Contributo per una teoria della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 133.

[34] Carlo Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, ristampa, Editoriale Scientifica,

caratterizzano come costituzioni lunghe di valori, anzi un sistema compiuto di valori. Ove questi ultimi vengono individuati e tratti (quasi "raccolti") da un sistema ritenuto anteriore e pre-esistente, che per qualcuno corrisponde alla "natura"[35].

Così è per la nostra Costituzione, che il già citato Giuseppe Dossetti così descrisse il 16 settembre 1994: *"più che incontro tra ideologie, la Costituzione italiana è nata ed è stata ispirata – come e più di altre pochissime Costituzioni – da un grande fatto globale, cioè i sei anni della seconda guerra mondiale. Più che dal confronto-scontro di ire ideologie datate, essa porta l'impronta di uno spirito universale e in certo modo transtemporale"*. Ciò non è proprio soltanto della nostra Carta costituzionale: il Maestro dei costituzionalisti italiani, Costantino Mortati, individuava l'origine delle costituzioni modernamente intese proprio nel «risveglio della coscienza del valore della persona, che trae la sua origine dal diffondersi dell'idea cristiana e si esprime nel rigoglio assunto dalle dottrine giusnaturalistiche»: é proprio tale crogiuolo culturale, infatti, che «conduce a ricercare la fonte più remota del patto di governo, un criterio, cioè, di legittimazione del potere di carattere non più storico-pragmatico ma razionale e universale»[36].

Se dunque le costituzioni (*queste* costituzioni) assumono di essere la positivizzazione di un sistema di valori, d'altro canto esse sono, pur sempre, diritto positivo; anzi, come ancora afferma Zagrebelsky, "il massimo atto d'orgoglio del diritto positivo, in quanto costituiscono il tentativo di "positivizzare" quel che, per secoli, si era considerato appannaggio del diritto naturale: la determinazione della giustizia e dei diritti umani"[37]. E, dunque, un diritto positivo che proprio perché ricezione di ciò che è precedente al mondo del diritto positivo stesso, pretende di limitare l'ambito di azione del diritto positivo sub-costituzionale.

Si realizza così il secondo versante sopra accennato, del quale non vi è bisogno di dire molto: nella concezione di "costituzione di valori" appena indicata, la stessa costituisce il parametro in relazione al quale valutare la corrispondenza del diritto positivo (sub-costituzionale) alla legge giusta/naturale.

Napoli, 2014, p. 27.

[35] Tra i critici di tale impostazione possiamo richiamare Giuseppe Volpe, *Il costituzionalismo del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 2000, in part. pp. 210-211, secondo il quale "le teorie della costituzione ideale sono deontologiche e metafisiche", mentre "da quando l'uomo è diventato un solitario giudice del bene e del male, i principi e i valori, di cui ogni costituzione ideale si alimenta, non sono altro che i prodotti contingenti e variabili di fedi soggettive ed arbitrarie; con la conseguenza che mai possono essere considerati oggettivi, universali e assoluti e neppure averne la pretesa".

[36] Costantino Mortati, *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 142.

[37] Gustavo Zagrebelsky *Il diritto mite*, cit., p. 155.

Ma così facendo, il rapporto tra diritto positivo (ordinario) e diritto giusto/naturale risulta – in gran parte almeno – assorbito nell'altro: in sostanza, la conformità del diritto positivo alle leggi di natura è quasi integralmente valutata in relazione alla corrispondenza tra diritto positivo e costituzione. Ma questa conclusione va problematizzata.

Anche ammettendo infatti, come gli Autori sopra richiamati ritengono, che gli unici valori di riferimento per il diritto positivo siano quelli fatti propri nelle costituzioni, il modo con cui le costituzioni sono scritte (ovvero in cui i valori vengono "tradotti"[38]), nonché l'evoluzione che il diritto giusto/naturale conosce (sebbene ciò possa risultare contraddittorio con l'idea dell'immutabilità delle leggi naturali, ma così non è in considerazione della storicità del contenuto "naturale") inducono a ritenere che permanga, allorché ridotto, un ambito di raffronto diretto tra diritto positivo e diritto giusto/naturale (che poi quest'ultimo sia giustiziabile è problema ulteriore). Tuttavia, anche rispetto a tale rapporto diretto, l'esistenza di una costituzione non è indifferente: sia perché costringe a valutare come il valore non costituzionalizzato si pone in relazione al sistema di valori espresso in costituzione; sia perché la previsione di forme di controllo della costituzionalità delle leggi impone una valutazione della corrispondenza delle seconde alle costituzioni ed alle norme in esse contenute, e potrebbe escludere una comparazione con qualcosa che risulti *altro* (e magari *alto*) rispetto ad esse. E tuttavia, con riguardo a quest'ultimo punto, l'attività ermeneutica può condurre (come ha condotto) ad interpretare la Costituzione e i principi da essa stabiliti facendovi rientrare valori "nuovi" o diverse applicazioni del valore (si pensi ad esempio al dibattito circa la sussistenza e la tutela di "diritti nuovi"): sì che risulta impossibile rinchiudere l'attività dell'interprete nell'ambito di ciò che è testualmente previsto in Costituzione.

4. Vorrei ora esaminare alcuni contenuti della nostra Carta costituzionale, per cercare di comprendere come in essa possono individuarsi quelle tendenze alla ricezione di valori precedenti e come, più in generale, la stessa Costituzione risulti essere la positivizzazione del diritto giusto/naturale. E vorrei farlo partendo dall'art. 2, considerando la sua genesi in Assemblea costituente.

Come noto, la formulazione iniziale di tale disposizione fu avanzata, in sede di I Sottocommissione, da Giorgio La Pira, all'interno del *Progetto dei*

---

[38] Come bene indica Franco Modugno, *Interpretazione costituzionale e costituzionalismo*, in *www.costituzionalismo.it*, par. 2, "il principio non potrà mai esaurire il valore" che ne sta alla base.

Principi relativi ai rapporti civili presentato nel settembre 1946[39]: essa risultava così formulata: "*Nello Stato italiano che riconosce la natura spirituale, libera, sociale dell'uomo, scopo della Costituzione e la tutela dei diritti originari ed imprescrittibili della persona umana e delle comunità naturali nelle quali essa organicamente e progressivamente si integra e si perfeziona*".

Assai evidente risulta, in tale formulazione, l'impronta giusnaturalista (peraltro non negata ed anzi apertamente rivendicata dal costituente siculo-fiorentino); dall'uso del verso "riconosce" – su cui tornerò – al riferimento alla "natura spirituale, libera, sociale dell'uomo", fino all'aggettivazione dei diritti ("originari ed imprescrittibili"), come anche all'aggettivazione "naturali" per le comunità nelle quali la persona si integra e perfeziona. Il tutto indica assai chiaramente l'intenzione del proponente di porre a fondamento della Carta costituzionale il riconoscimento di un dato ad essa precedente: un elemento di "natura", si potrebbe dire (sicuramente era così nelle intenzioni del proponente), in ogni caso tale da poter essere soltanto "riconosciuto" e non "costituito".

A fronte delle obiezioni avanzate in sede di Prima Sottocommissione, soprattutto ad opera dei comunisti Marchesi e Togliatti, e dei laici che miravano a premettere alla Costituzione un Preambolo contenente una Dichiarazione dei diritti[40], Dossetti intervenne per favorire un incontro tra le diverse posizioni: centrale in tale intervento, alla luce di ciò che si sta dicendo, è l'affermazione per la quale "lo Stato è un fenomeno storico, storicamente determinato (…) che ad un certo momento dovrebbe scomparire; mentre sarebbe assurdo si pensasse che debba scomparire la persona umana".

A seguito di tentativi di incontro tra cattolici e sinistre, fu possibile l'approvazione di un ordine del giorno proposto da Dossetti nel quale si fissavano i presupposti di accordo sulla formulazione del futuro art. 2. Merita riportare per intero il testo di tale ordine del giorno:

"La Sottocommissione, esaminate le possibili impostazioni sistematiche di una dichiarazione dei diritti dell'uomo; esclusa quella che si ispiri a una visione soltanto individualistica; esclusa quella che si ispiri a una visione totalitaria, la quale faccia risalire allo Stato l'attribuzione dei diritti dei singoli e delle comunità fondamentali; ritiene che la sola impostazione veramente conforme alle esigenze storiche, cui il nuovo statuto dell'Italia democratica deve soddisfare è quella che:

---

[39] A.C., seduta del 9 settembre 1946, vol. VI, 316 ss.

[40] In tal modo, come osserva Antonio Baldassarre, *Diritti inviolabili*, cit., p. 9, si sarebbe rischiato "di avallare l'interpretazione hobbesiana di diritto naturale, (considerando i diritti) come principi semplicemente direttivi e non vincolanti".

a) *riconosce la precedenza sostanziale della persona umana (…) rispetto allo Stato e la destinazione di questo a servizio di quello;*

b) *riconosca ad un tempo la necessaria socialità di tutte le persone, le quali sono destinate a completarsi e perfezionarsi a vicenda mediante una reciproca solidarietà economica e spirituale: anzitutto in varie comunità intermedie disposte secondo una naturale gradualità (comunità familiari, territoriali, professionali, religiose, ecc), e quindi, per tutto ciò in cui quelle comunità non bastino, nello Stato;*

c) *che per ciò affermi l'esistenza sia dei diritti fondamentali delle persone, sia dei diritti delle comunità anteriormente ad ogni concessione da parte dello Stato".*

Occorre valutare, al riguardo di tale formulazione, il presupposto teorico di essa, specie con riguardo alla precedenza dei valori in essa recepiti.

In primo luogo, è evidente che l'impostazione che si voleva affermare e codificare non era ritenuta e percepita come "naturalmente dovuta"; al contrario, essa veniva espressamente indicata come conseguente ad un'impostazione ritenuta "veramente conforme alle *esigenze storiche*, cui il nuovo statuto dell'Italia democratica deve soddisfare": dunque il suo fondamento era concepito alla stregua di una tra le opzioni possibili, e la scelta era affidata ad un criterio fondato (esclusivamente?) su esigenze storiche. In sostanza risulta evidente come nelle intenzioni di Dossetti tale impostazione non fosse considerata *precedente* né tantomeno *naturalmente fondata*, ma sia stata invece indicata come *conseguenza di un'opzione politica fondata su ragioni storiche*.

Tuttavia, tale formulazione vuole indicare la necessità di positivizzare in Costituzione elementi che stanno prima di essa: la *precedenza sostanziale* della persona umana rispetto allo Stato; la *necessaria socialità* di tutte le persone (che potrebbe leggersi anche come la *"naturale socialità");* la *naturale gradualità* della disposizione delle comunità intermedie; l'esistenza sia dei diritti fondamentali delle persone che dei diritti delle comunità *anteriormente* ad ogni concessione da parte dello Stato. È evidente, da tutto questo, la volontà del costituente di ancorare il testo costituzionale ad alcuni elementi precedenti e in certa misura presupposti: dei precedenti, come si è detto sopra, tratti da dati pre-giuridici e tendenti ad introdurre, come qualcuno ha detto, delle "clausole di eternità" nella Costituzione italiana[41].

Sulla base di tale ordine del giorno fu approvata, sempre in sede di sottocommissione, una formulazione del testo, frutto dell'accordo tra La Pira e

[41] Lucio Lanfranchi, Il *«crogiuolo ardente e universale» e le «clausole di eternità» della Costituzione italiana,* in *Ritorno al diritto,* 2007, 72 ss.

Basso, in base alla quale si stabiliva che "La presente Costituzione, al fine di assicurare l'autonomia e la dignità della persona umana e di promuovere ad un tempo la necessaria solidarietà sociale, economica e spirituale, in cui le persone debbono completarsi a vicenda, riconosce e garantisce i diritti inalienabili e sacri dell'uomo, sia come singolo sia come appartenente alle forme sociali nelle quali esso organicamente e progressivamente si integra e si perfeziona"[42].

Tale formulazione fu largamente modificata ad opera del pesante intervento operato in sede di Comitato di redazione, al quale si deve in larga parte la formulazione attuale dell'art. 2: la proposta presentata dal Comitato alla Commissione dei 75, infatti, risultò cosi formulata: "Per tutelare i principi sacri ed inviolabili di autonomia e ai dignità della persona, e di umanità e giustizia tra gli uomini, la Repubblica italiana garantisce i diritti essenziali agli individui ed alle formazioni sociali ove si svolge la loro personalità e richiede l'adempimento dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale". Come può notarsi, le modifiche rispetto al testo approvato in Sottocommissione appaiono consistenti e profonde: tra queste, la sostituzione del termine "*riconosce*" con quello di "*garantisce*"; il riferimento ai "diritti *essenziali*" anziché ai "diritti *inalienabili e sacri*"; l'eliminazione della espressione "*forme sociali, nelle quali esso organicamente e progressivamente si integra e si perfeziona*" a favore di quella riguardante "*le formazioni sociali ove si svolge la loro (delle persone) personalità*"; l'ancoraggio del valore della solidarietà alla previsione di doveri anziché la più generica promozione della "necessaria solidarietà sociale, economica e spirituale".

La soluzione cui si era giunti, e in cui "si poteva scorgere un più deciso allontanamento dalla concezione giusnaturalistica"[43], allorché fu presentato in Assemblea quello che nel frattempo era diventato l'art. 6 del progetto di Costituzione[44], fu sostenuta da Aldo Moro, il quale rubricò le differenze tra le varie posizioni quali differenze di tipo terminologico: per il costituente democristiano, infatti, ciò che taluni chiamavano "diritti naturali" e altri "diritti storici" erano in verità la stessa cosa, in quanto gli uni e gli altri andavano riferiti a diritti supremi, eternamente validi e sottratti quindi al gioco delle maggioranze parlamentari.

---

[42] A.C., seduta del 11 settembre 1946, vol. VI, 337.

[43] Antonio Baldassarre, *Diritti inviolabili*, cit., p. 9.

[44] Sebbene la Sottocommissione ne avesse proposto l'inserzione all'inizio della Costituzione (quindi come primo articolo), la Commissione dei 75 lo aveva collocato all'art. 6: ma in apertura della seduta dell'Assemblea dedicata all'esame di detta disposizione fu avanzata una richiesta (di cui primi firmatari furono Fanfani e Tosato) tendente a collocare gli articoli 6 e 7 subito dopo 1'art. 1. Tale proposta, accettata dalla Commissione, fu approvata dall'Assemblea (A.C., seduta del 24 marzo 1947, vol. I, p. 592).

Malgrado il consenso ottenuto da tale ultima posizione, furono presentati due emendamenti identici e completamente sostitutivi della formulazione proposta. La provenienza di tali emendamenti da esponenti di primo piano dei due principali partiti (l'on. Fanfani ed altri per la Democrazia cristiana, l'on. Amendola ed altri per il Partito comunista) è segno evidente dell'accordo che si era stretto fuori dall'aula assembleare, come conferma la sostanziale accettazione di esso ad opera dell'Assemblea. L'emendamento Fanfani – Amendola, approvato dall'Assemblea, coincide con l'attuale formulazione dell'art. 2, con l'unica eccezione dell'attributo "inderogabili" riferito ai "doveri", attributo aggiunto in sede di coordinamento finale.

Il testo finale, dunque, sebbene assai "asciugato" rispetto sia alla formulazione iniziale di La Pira come anche all'ordine del giorno Dossetti, contiene ancora il segno netto ed evidente della volontà di ancorare il riconoscimento sia dei diritti inviolabili che del pluralismo sociale – come anche del principio di solidarietà – a presupposti anteriori rispetto allo Stato ed al diritto (anche costituzionale) di esso: che questa anteriorità possa leggersi come conseguenza di un approccio giusnaturalistico o meno è problema che resta irrisolto[45], ma che non fa venir meno la considerazione generale.

5. Dei tre principi contenuti e sanciti nell'art. 2, quello più interessante e controverso – in riferimento al tema che qui interessa – è costituito dal *riconoscimento* dei *diritti inviolabili* dell'uomo, con particolare riguardo al "fondamento" di tali diritti.

Con la disposizione in questione si è infatti sancita non soltanto la *centralità* dei diritti umani[46] nell'ordinamento costituzionale, ma altresì la loro *anteriorità* logica, e conseguentemente la loro *superiorità*, rispetto ad ogni istituzione politica: così superando la logica che aveva dominato in Europa fino dai tempi della Rivoluzione francese, e per la quale l'anteriorità dei diritti era sempre relativizzata, a favore ora della volontà generale popolare, ora dello Stato-persona[47]. Mediante il riconoscimento del primato dei diritti,

---

[45] Con onestà ANTONIO BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., p. 10, pur facendo intendere convinzioni personali fortemente contrarie al riconoscimento di un'impostazione giusnaturalistica, riconosce che "i Costituenti non hanno accolto nella loro maggioranza un approccio giusnaturalistico, anche se, occorre precisare, non si può imputare loro neppure l'idea opposta".

[46] Cfr. ALESSANDRO PACE, *Problematica delle liberta costituzionali, Parte generale,* 3.a ed., Padova, 2003, 7, che sottolinea la differenza tra tale centralità e la centralità della "persona umana" astrattamente considerata, cui l'art. 2 non intende riferirsi.

[47] ANTONIO BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., pp. 1-2, per il quale con l'art. 2 il nostro costituente ha voltato pagina, ricollegandosi alla tradizione del diritto anglo-americano, "ove l'inviolabilità assoluta e totale non è più un attributo delle supreme istituzioni costituzionali (…) ma è invece un connotato indelebile dei diritti dell'uomo, dei valori personali e della dignità umana".

il costituente ha inteso affermare che, nella nuova configurazione costituzionale, lo Stato deve considerarsi servente rispetto alla persona ("non è l'uomo in funzione dello Stato ma quest'ultimo in funzione dell'uomo"[48], come è stato autorevolmente detto): e se ciò vale per lo Stato ente sovrano, dovrà necessariamente valere anche per gli altri ordinamenti giuridici, sia pubblici che privati. In sostanza, il tratto comune di chi condivide il concetto di anteriorità consiste nella individuazione del "fondamento dei 'diritti inviolabili' in una fonte extra-positiva che in via di principio si impone al diritto positivo per forza propria, e che i singoli ordinamenti positivi possono soltanto 'riconoscere', 'svelare', 'individuare', ma mai fondare, modificare, correggere o integrare con una forza pari a quella originaria"[49].

Tale conclusione viene almeno in parte contestata da chi ritiene che è "soltanto identificando il positivismo giuridico con lo statalismo che la posizione primaria, anteriore e condizionante dei diritti inviolabili rispetto allo Stato – che indubbiamente è dichiarata dall'art. 2 – andrebbe necessariamente riferita ad una base o matrice extra o super positiva (diritto naturale, costituzione materiale, coscienza sociale, ecc.)": ma "superato il pregiudizio della esclusiva statualità del diritto, si può semplicemente e chiaramente ammettere che il riconoscimento dei diritti inviolabili vale come statuizione positiva di tali diritti, anteriormente a qualsiasi ulteriore intervento statale o dei pubblici poteri"[50]. Una posizione dunque che invita a superare la identificazione tra diritto positivo e diritto statuale, e conseguentemente a riferire la "precedenza" in questione al rapporto con lo Stato ed al "suo" diritto positivo, ma non al complesso del diritto positivo. In sostanza, dunque, i diritti inviolabili sarebbero anteriori al diritto positivo statuale, ma non al diritto positivo *tout court*. Si tratta di una posizione che possiamo ascrivere all'ambito delle concezioni positivistiche in tema di diritti inviolabili, e che a mio parere non risulta soddisfacente in quanto impone comunque di risalire alle ragioni che i costituenti hanno inteso addurre a fondamento della sancita inviolabilità dei diritti.

---

[48] Costantino Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico,* I, Padova, 1975, p. 155. Il principio è riconosciuto e fatto proprio anche dalla giurisprudenza costituzionale: per tutte, v. Corte cost. n. 167/1999, in cui si afferma che il principio personalista "pone come fine ultimo dell' organizzazione sociale lo sviluppo di ogni singola persona umana". Deve segnalarsi altresì come anche la Carta europea di Nizza pone la persona "al centro dell'azione dell'Unione europea".

[49] Antonio Baldassarre, *Diritti inviolabili,* cit., p. 7. Nella sentenza n. 138/2010, in materia di matrimonio (negato) tra persone dello stesso esso, la Corte afferma che con l'espressione "società naturale" contenuta nell'art. 29 Cost. in relazione alla famiglia, "si volle sottolineare che la famiglia contemplata dalla norma aveva dei *diritti originari e preesistenti allo Stato*, che questi doveva riconoscere" (corsivo aggiunto).

[50] Franco Modugno, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale,* Torino, 1995, p. 6.

Secondo tale ultima impostazione, la *superiorità* dei diritti umani si giustifica in ragione della loro *precedenza:* e ciò induce ad interrogarsi se con la formulazione in esame il costituente abbia inteso operare una sorta di rinvio al diritto naturale, ancorando il riconoscimento dei diritti della persona ad un fondamento giusnaturalista. Interpretazione, questa, che fa leva anche sul significato da attribuire al verbo "riconoscere", concepito in alternativa rispetto ad *inventare* o *creare dal nulla*, ed in positivo riconnettendovi un'attività di *scoperta* ed *estrazione* di elementi preesistenti al testo costituzionale. Tale impostazione viene negata – ritenendo tale argomento testuale di scarso valore – da chi sottolinea l'uso del verbo in questione operato in altre disposizioni costituzionali (articoli 4, 45, 46, ed altri), ove il significato del verbo sembra doversi intendere piuttosto nel senso di "ammettere", "provvedere", e così via[51]: in sostanza, si sostiene che siccome in altre circostanze il verbo "riconosce" è utilizzato senza poter ad esso attribuire un significato di "precedenza", neppure nell'art. 2 sarebbe possibile o corretto ricollegare all'espressione tale significato. Personalmente ritengo che tale ultimo argomento non sia irresistibile: vi sono altri casi in cui un medesimo termine viene utilizzato in Costituzione attribuendo ad esso significati diversi (si pensi, ad esempio, alle espressioni "nazione", "cittadini", "repubblica", e così via), per cui non mi parrebbe impossibile sostenere che anche al verbo "riconoscere" possano attribuirsi significati diversi, con riguardo in particolare all'ambito di una disposizione di carattere generale e fondativo quale l'art. 2 rispetto a disposizioni finalizzate a garantire singoli e puntuali diritti.

Tuttavia, per quanto a me pare, l'espressione in questione, e con essa l'argomento sostanziale connesso alla stessa idea di *inviolabilità* dei diritti, indicano con chiarezza l'anteriorità di questi ultimi rispetto all'ordinamento costituito (come si è già detto), ma non risolvono il punto del *perché* di tale anteriorità, ovvero di "dove stiano" quei diritti prima di essere riconosciuti dall'ordinamento giuridico. A tale ultimo riguardo, le alternative sono tra chi ritiene che il fondamento di essi debba rinvenirsi in principi di natura religiosa o divina e chi al contrario sostiene che detto fondamento debba essere ricercato in principi prodotti dalla ragione umana; ovvero ancora chi li concepisce come il prodotto di *a priori* etico-sociali o storici, riferiti ai valori che trovano il proprio fondamento in processi di natura essenzialmente storica.

Occorre dire, al riguardo, come dai lavori dell'Assemblea costituente non sembra dedursi una chiara e condivisa posizione in ordine al fondamento

---

[51] Antonio Baldassarre, *Diritti inviolabili*, cit., 11, che richiama sul punto Vittorio Italia, *Libertà e segretezza della segretezza e delle comunicazioni*, Milano, 1963, 48. Analogamente, Gerardo Morelli, *La sospensione dei diritti fondamentali nello Stato moderno*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 61.

giusnaturalistico dei diritti inviolabili[52], ed anzi la larga approvazione finale della disposizione ha permesso la confluenza sulla sua formulazione di spinte e concezioni diverse, alcune delle quali ispirate a posizione giusnaturalistiche e forse anche – all'interno della componente democristiana – alla concezione della natura *divina* dei diritti inviolabili. Ma al di la dell'*intentio* del costituente, la dottrina é sostanzialmente concorde nel negare che detta precedenza sia da rinvenire in un presunto diritto di natura, per ragioni che attengono ad evidenze di fatto (quali, ad esempio, la necessaria storicità di ciascun diritto, intesa come differente percezione di esso nei diversi contesti storici e sociali) ovvero alle possibili conseguenze negative che l'adesione a una concezione giusnaturalistica potrebbe produrre[53].

Ma se dunque una precedenza si deve ritenere, ed essa non può essere ricercata nello stato di natura, dove essa deve essere colta? Mi pare che si possa rispondere a tale interrogativo assumendo nell'idea di persona quale prodotto dell'evoluzione storica e culturale di un determinato contesto sociale la sede di tale anteriorità[54]: con la precisazione – da un lato – che il contesto storico di riferimento deve intendersi non con riguardo ad un arco temporale ristretto (che, altrimenti, si dovrebbe giustificare l'accesso alle garanzie costituzionali di qualsiasi interesse sociale avvertito come rilevante – o fondamentale – in un singolo istante della vita di una società), quanto invece in relazione ad uno spazio temporale sufficientemente ampio; e, d'altro canto, che anche l'ambito spaziale non può definirsi in relazione al singolo ordinamento giuridico, quanto invece ad un contesto più ampio, come si fa peraltro ogni volta che ci si riferisce alle "democrazie occidentali", ai principi del costituzionalismo "continentale", ovvero ai principi costituzionali tipici dei sistemi liberal-democratici[55]. Che poi tale evoluzione possa

---

[52] Secondo Antonino Spadaro, *II problema del "fondamento" dei diritti "fondamentali",* in AA. VV., *I diritti fondamentali oggi,* Padova, 1995, p. 238, l'ambiguità è connessa alla *natura* propria di tali diritti, per i quali occorre individuare la forza della realtà *pregiuridica* e, più ancora, *metagiuridica.* Sul contributo offerto dal pensiero della Chiesa cattolica alla teoria dei diritti umani v. diffusamente Gustavo Zagrebelsky, *Relazione,* in AA. VV., *I diritti fondamentali oggi,* cit., p. 19 ss.

[53] Secondo Giovanni Guzzetta - Francesco Saverio Marini, *Diritto pubblico italiano ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2006, 625, ad esempio, "l'assoluta indeterminatezza dei diritti naturali ha finito storicamente con il favorire e legittimare le primarie soluzioni finanche liberticide".

[54] È la posizione che Antonio Baldassarre, *Diritti inviolabili*, cit., 5, definisce come "personalismo" e per la quale il concetto di persona è inteso "come *a priori* materiale o storico, cioè come unità ontologica fondativa di azioni materiali diverse che, nella sua necessaria e costitutiva correlazione a valori, implica uno spazio a priori materiale, un contenuto normativo irradiantesi in tutti i livelli dell'agire umano".

[55] Come scriveva nel 1891 Raymond Saleilles, si tratta di un diritto naturale consistente in un "*droit commun universel reposant sur la marche comparative du droit dans l'ensamble de son évolution chez tous les peuples civilisés*" (Raymond Saleilles, *Contribution à l'étude des méthodes juridiques – A*

considerarsi come il progressivo avvicinamento della storia e delle società ad uno stato di "natura" è problema ulteriore e che può essere indagato per interessi speculativi, ma che in questa sede può essere tralasciato.

Tale conclusione mi pare confermata dall'interpretazione che vede nell'art. 2 una clausola a fattispecie aperta: interpretazione sulla quale – come noto – il dibattito è stato, specie in anni passati, assai sviluppato. Senza riprendere le ragioni dell'alternativa tra fattispecie aperta o chiusa, è necessario tuttavia riassumerne i tratti necessari per dar conto di quanto si vuole affermare.

Chi propende per la teoria della fattispecie aperta sostiene – come noto – che il significato da attribuire alla disposizione non sia quello di "riassumere" in essa quanto espressamente enunciato in puntuali disposizioni, ma sia al contrario quello di aprire la categoria: secondo alcuni, ai contenuti propri del diritto naturale[56]; secondo altri, "ai valori e agli interessi nuovi che vanno emergendo ad opera delle forze politiche e culturali prevalenti, delle forze politiche, cioè, che determinano la costituzione materiale"[57]. L'articolazione interna di tale posizione induce ovviamente ad esiti assai diversi: mentre infatti l'apertura ai contenuti del diritto naturale dovrebbe prescindere dall'evoluzione culturale e storica della società e dell'*idem sentire* in essa, al contrario la seconda posizione é strettamente connessa a tale evoluzione, facendo derivare da essa l'emersione di un diritto inviolabile.

D'altro canto, chi nega l'impostazione "aperta" sembra più ragionare sulle incongruenze di tale linea interpretativa e sulle sue possibili conseguenze negative, piuttosto che sostenere una concezione "chiusa" del catalogo dei diritti[58]. Si sottolinea cosi, fra le altre argomentazioni, che circa i diritti

---

propos d'un livre de M. Angelo Sraffa, *La liquidazione delle società commerciali*, in *Annales de droit commercial*, V, 222): un diritto da ricomprendere, secondo Paolo Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1988, p. 212, nel filone di quel diritto naturale secondario "che nel vecchio sistema di San Tommaso e della Scolastica medievale e postmedievale era servito per far mettere i piedi a terra allo *ius naturae*, e che appariva tutto teso a conciliare diritto e storia". Ed infatti, come osserva ancora Paolo Grossi, *Prima lezione*, cit., p. 79, tra coloro che si rifanno al diritto naturale, vi è "chi lo sorprende nel pieno dell'immanenza scritto nella struttura razionale della natura cosmica o nella ragionevolezza della tradizione storica".

[56] Così, ad esempio, Costantino Mortati, *La Corte costituzionale e i presupposti della sua vitalità,* in *Justitia,* 1949, p. 69 ss.; Serio Galeotti, *La garanzia costituzionale (presupposti e concetto),* Giuffrè, Milano, 1950, p. 108; Orazio Condorelli, *La ragione nella vita del diritto,* in *Studi in onore di Zingali,* II, Giuffrè, Milano, 1965, p. 258 ss.; Roberto Lucifredi, *La nuova Costituzione italiana,* cit., p. 14. Ritengono il richiamo al diritto naturale ormai "davvero obsoleto", fra gli altri, Paolo Barile - Enzo Cheli - Stefano Grassi, *Istituzioni di diritto pubblico,* VIII ed., Cedam, Padova, 1998, p. 603.

[57] Augusto Barbera, in *Commentario della Costituzione* (a cura di G. Branca), Bologna-Roma, 75, *sub art. 2,* pp. 84-85.

[58] Cfr. Alessandro Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 21 ss.; Paolo Caretti, *I*

"nuovi", la cui garanzia sarebbe assicurata dalla teoria della norma a fattispecie aperta, il loro fondamento costituzionale potrebbe in realtà rinvenirsi in disposizioni esistenti, mediante un'operazione ermeneutica; ovvero si fa notare come mediante quella teoria si intendano "coprire" con una garanzia di rango costituzionale alcuni dei diritti riconosciuti o tutelati da fonti di rango inferiore (leggi ordinarie o accordi internazionali); ovvero ancora si rileva come l'introduzione di "nuovi" diritti nell'ordinamento introduca delle antinomie nel sistema dei diritti costituzionali e possa comportare l'imposizione di nuovi obblighi[59]. Peraltro, anche chi sostiene tale impostazione si dimostra favorevole ad una lettura estensiva delle disposizioni costituzionali che riconoscono diritti di libertà, per cui le due posizioni nella maggior parte delle situazioni non divergono sul piano delle conseguenze pratiche, pur mantenendo forti differenze sul piano dell'impostazione teorica.

Come detto, non entro nel merito di tale dibattito, né intendo analizzare la posizione assunta in merito ad essa dalla giurisprudenza costituzionale[60], bensì limitarmi ad osservare quanto segue. L'impostazione "chiusa" induce a ritenere che i diritti tutelabili a livello costituzionale siano quelli espressamente previsti, e che pertanto un diritto che non trovi esplicito riconoscimento non possa considerarsi tutelato come inviolabile ai sensi dell'art. 2. È vero peraltro, a quest'ultimo proposito, che l'estensione operata dalla Costituzione ai cataloghi contenuti in altri documenti, specie di rilievo internazionale (la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, approvata dall'Assemblea generale dell'ONU il 10 dicembre 1948; la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, con annessi Protocolli addizionali, sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950; la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, solennemente proclamata dal Consiglio europeo di Nizza nel dicembre 2000, ed alla quale con il Trattato di Lisbona del 2009 è stato conferito lo stesso effetto giuridico

---

diritti fondamentali, II ed., Giappichelli, Torino, 2005, p. 137 ss., pur negando che l'art. 2 possa considerarsi fonte di costituzionalizzazione di diritti non espressamente previsti in Costituzione, tuttavia ammette la possibilità di farvi rientrare posizioni soggettive "nuove" e conseguenti rispetto ai diritti riconosciuti.

[59] A quest'ultimo rilievo si e peraltro ribattuto sottolineando la natura di "valori" dei diritti inviolabili, e che in quanto tali "essi tendono alla relativizzazione reciproca, al bilanciamento e ala composizione, secondo le regole della fondazione, dell'opposizione e della complementarietà": così Franco Modugno, *I "nuovi diritti",* cit., p. 4.

[60] Sulla quale v., Alessandro Pace, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo,* in *Rivista AIC*, 2010, che ne sottolinea l'evoluzione tendente a rinvenire il fondamento costituzionale di ''diritti nuovi" nei diritti sanciti dalla Costituzione, magari attraverso una interpretazione evolutiva di questi ultimi, e ricorrendo all'art. 2 "soprattutto per "rafforzare" retoricamente scelte interpretative aventi già un autonomo fondamento nelle norme costituzionali".

vincolante dei trattati; ed altri ancora) consente ed impone un'operazione inclusiva di pressoché tutti i diritti che si possono ritenere "nuovi": malgrado questo, la teoria indicata induce a ritenere che il catalogo costituzionale debba considerarsi un catalogo esaustivo dei diritti della persona "naturalmente" rinvenibili. Tale conclusione può forse condividersi con riguardo ai "nomi" dei diritti: ma diversamente se ne deve inferire se si ha riguardo ai *contenuti* "*nuovi*" di diritti "*vecchi*". Si pensi, per fare solo un esempio, al diritto della persona – recentemente riconosciuto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea – a che un'informazione (vera e passata) che la riguardi non venga più, trascorso un certo tempo, collegata al suo nome da un elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca mediante motori di ricerca via web effettuata a partire dal suo nome: un diritto che secondo la Corte di Lussemburgo rientra nelle garanzia degli art. 7 e 8 della Carta diritti UE. Dunque, una particolare conformazione del "diritto all'oblio" quale nuovo "volto" del diritto al rispetto della vita privata[61].

Se dunque dal diritto come "nome" si passa al diritto quale "cosa", la distanza con la concezione "aperta" tende a ridursi. E con riguardo a quest'ultima impostazione l'adesione ad una concezione della categoria "diritti inviolabili" come fattispecie aperta induce a ritenere, forse all'opposto di quanto altri hanno sostenuto[62], che il fondamento di tali diritti non sia in un dato naturale preesistente, quanto nella loro storicità (come sopra intesa): ciò che è "naturale", infatti, non può essere infatti concepito come "nuovo" (almeno di non ritenere che la "novità" sia la loro "scoperta", come l'archeologo che porta alla luce un oggetto antico: ma sarebbe in ogni caso una cosa diversa), e pertanto tale novità potrebbe costituire dunque la prova della loro "storicità".

Sia dunque che si aderisca alla tesi della fattispecie aperta, sia che invece si consideri la necessità che l'impostazione "chiusa" debba misurarsi con i contenuti nuovi dei diritti già riconosciuti, si giunge alla conclusione che l'inviolabilità *ex* art. 2 presuppone l'anteriorità dei diritti definiti tali: ma al contempo si ricava che tale anteriorità deve essere riferita ad elementi storici, culturali e sociali nei termini indicati, più che a riferimenti giusnaturalistici difficilmente percepibili.

---

[61] Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, sentenza 13 maggio 2014, causa C-131/12, in *www.dirittoegiustizia.it*

[62] V. Franco Modugno, *I "nuovi" diritti*, cit., p. 5, secondo il quale "se si assume per i diritti inviolabili un fondamento naturale od extrapositivo, sarebbe necessariamente consequenziale aderire alla concezione della fattispecie aperta".

6. Se dunque da un lato, e per quanto si è detto, il riferimento ad elementi anteriori alla Costituzione, da parte della stessa Carta costituzionale, non implica necessariamente il riferimento ad elementi giusnaturalistici, d'altro canto l'esperienza costituzionale, ed in essa soprattutto la giurisprudenza costituzionale, dimostrano come il riferimento alla "natura" possa essere considerato come produttivo di limiti (costituzionali) all'intervento del legislatore. Può essere utile considerare, in tale prospettiva, alcuni interventi della giurisprudenza costituzionale, con specifico riguardo all'utilizzo dell'espressione "natura" o "naturale": limitandosi agli ultimi anni, che peraltro confermano nella sostanza indirizzi precedenti, si osserva come il termine in questione sia utilizzato con significati diversi.

Tralasciando tutte le circostanze (e sono molte) nelle quali la Corte utilizza l'avverbio "naturalmente" quale sinonimo di "ovviamente" o qualcosa di simile (vezzo che è assai frequente nel linguaggio comune, e che forse meriterebbe di non essere avallato in quello proprio del giudice costituzionale), e tralasciando altresì tutti i casi in cui l'espressione "natura" è accompagnata da aggettivi (natura finanziaria, natura amministrativa, ecc: ove il termine "natura" indica la qualità propria di un determinato atto o procedimento), si nota come, in primo luogo, la Corte utilizzi talvolta l'espressione "naturale" per descrivere una qualità o caratteristica essenziale in merito alla struttura di un istituto giuridico. Cosi, ad esempio, nella sentenza n. 120/2013 la Corte afferma il "*naturale* carattere bilaterale della causa di incompatibilità" (inteso come riferito alle due cariche di cui si stabilisce l'incompatibilità): ove è evidente che il riferimento al "carattere naturale" non ha nulla in comune con un possibile o potenziale *stato di natura*, ma si riferisce (esclusivamente e limitatamente) ad un'elementare logica (l'incompatibilità tra la carica A e quella B significa che o si sceglie A o si sceglie B). Analogamente, nella sentenza n. 33/2011 si afferma che l'intesa (tra Stato e regione) è "*per sua natura* un atto bilaterale".

In modo simile, seppur concettualmente diverso, la Corte in altra occasione ha affermato, in relazione al ruolo del Capo dello Stato nell'ordinamento italiano, che "la ricostruzione del complesso delle attribuzioni del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano mette in rilievo che lo stesso è stato collocato dalla Costituzione al di fuori dei tradizionali poteri dello Stato e, *naturalmente,* al di sopra di tutte le parti politiche" (sentenza n. 1/2013, punto 8.2 del *Considerato in diritto*, corsivo aggiunto). Anche in questo caso é evidente che l'espressione "naturalmente" non intende riferirsi ad alcunché di *naturale*; in relazione alla decisione precedente, tuttavia, va sottolineato che il senso dell'espressione utilizzata neppure possa riferirsi ad un elemento di razionalità o di indefettibilità logica, ma debba

invece ritenersi strettamente connesso al ruolo del Presidente della Repubblica come definito dalla Costituzione ed interpretato dalla dottrina e dalla prassi costituzionale. Si che l'espressione risulta, a mio modesto avviso, lessicalmente inappropriata (sarebbe stata più idonea, volendo, un'espressione quale "conseguentemente" o simili).

In un'ulteriore affermazione contenuta nella sentenza n. 78/2012 (ma trattasi di un'affermazione tralatizia contenuta in molte decisioni precedenti), si fa riferimento alla "tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio *connaturato* allo Stato di diritto". Anche in questo caso l'espressione sembra indicare la connessione logicamente inscindibile tra principio di affidamento e Stato di diritto, nel senso che il secondo non avrebbe consistenza giuridica (almeno per come lo conosciamo, si dovrebbe dire) senza il primo. In ogni caso, nulla vi è di "naturale" in tutto questo: come nulla vi è nelle affermazioni in cui la Corte ritiene che "laddove la Costituzione abbia effettivamente dato luogo ad un'esigenza di coordinamento e di collaborazione fra l'esercizio della funzione giurisdizionale e l'area di competenza di altro organo supremo, questa Corte ha escluso l'illegittimità costituzionale di una normativa primaria *ad hoc,* poiché "è possibile e *naturale* che il legislatore ordinario predisponga in materia apposite norme processuali, proprio al fine di meglio assicurare il coordinamento istituzionale e la leale collaborazione fra i poteri dello Stato coinvolti" (sentenze n. 87 e 88 del 2012). Anche in tal caso "naturale" sembra stare per "logico": e se così è, forse sarebbe utile utilizzare la seconda espressione al posto della prima. Così come sarebbe stato opportuno nella sentenza n. 261/2011, ove si argomenta di una diversità di disciplina "che deriva *in modo naturale* dalla ripartizione costituzionale della potestà legislativa tra Stato e Regioni" (ove "naturale" sta per logico, razionale).

Ad ogni buon conto, da nessuna delle decisioni sin qui riportate risulta come l'utilizzo di espressioni che fanno riferimento alla "natura" abbia qualcosa a che vedere con elementi di "precedenza" rispetto al diritto positivo né tantomeno con elementi sulla cui base valutare la bontà o la legittimità del dato normativo positivo.

In senso un po' diverso, invece, viene utilizzato il riferimento a ciò che è "naturale" – anche da parte della giurisprudenza costituzionale – quando si ha a che fare con gli ambiti interessati dalla bioetica, ove il riferimento alla *natura* viene spesso accostato al concetto di *verità*: concetti entrambi posti in stretta connessione con i risultati delle acquisizioni scientifiche. Così, ad esempio, nel filone delle decisioni riguardanti il tema del disconoscimento della paternità o del riconoscimento di figlio naturale, la Corte, dopo aver osservato che il bilanciamento operato dal legislatore è andato nel verso

"della tendenziale corrispondenza tra certezza formale e *verità naturale",* ha ritenuto che la ricerca del *favor veritatis* "risulta agevolata dalle avanzate acquisizioni scientifiche nel campo della genetica e dall'elevatissimo grado di attendibilità dei risultati delle indagini" (ord. n. 7/2012), ritenendo altresì che "la *verità* biologica della procreazione costituisce una componente essenziale dell'interesse del medesimo minore, che si traduce nella esigenza di garantire ad esso il diritto alla propria identità e, segnatamente, alla affermazione di un rapporto di filiazione *veridico"* (corsivi aggiunti). Da tali affermazioni merita sottolineare la consequenzialità logica del ragionamento operato dalla Corte, e che può così sintetizzarsi: esiste una verità naturale che può essere "scoperta" mediante indagini scientifiche; la corrispondenza della situazione giuridica alla verità naturale costituisce il contenuto di un diritto della persona, che a sua volta contribuisce al diritto della stessa alla propria identità[63].

Analogamente può dirsi con riguardo alla sentenza n. 164/2014, relativa alla normativa in materia di fecondazione assistita, ove si legge che – nel caso di patologie produttive di una disabilità – "un intervento sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, *non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite,* tramite istituzioni e organismi a ciò deputati anche con riguardo all'accertamento dell'esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica ed alla idoneità e strumentalità di una determinata tecnica a garantirne la tutela nei termini nei quali essa si impone alla luce della nozione sopra posta", e ciò in quanto "la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarlo vanno accertate alla luce delle *valutazioni riservate alla scienza medica*, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango" (corsivi aggiunti). Ove risulta evidente il limite posto alla discrezionalità del legislatore e tratto dalle conoscenze scientifiche, la cui evidenza è rimessa alla scienza medica e

[63] Anche qualora si riconosca un fondamento "naturale" delle scelte operate dal legislatore, queste ultime sono peraltro soggette ad un'opera di bilanciamento: si ricordi il celebre caso della sentenza n. 283/1999 in materia di adozione di minori, con cui la Corte dichiarò che sebbene "la differenza di età che separa il minore dai genitori deve essere contenuta in limiti analoghi a quelli che ordinariamente intercorrono tra genitori e figli (…) proprio perché tra adottanti e adottato si costituisca un rapporto non dissimile *da quello naturale*" (corsivo aggiunto), tale limite non può considerarsi assoluto quando vengono in considerazione la necessità di salvaguardare il minore da un danno conseguente al mancato inserimento in una famiglia in cui uno o entrambi i genitori superino quel limite di età.

conseguentemente a coloro che ne sono gli interpreti. Il punto è affermato con chiarezza nella giurisprudenza costituzionale: nella sentenza n. 282/2002, ad esempio, si afferma che "un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati, dato l'"essenziale rilievo" che, a questi fini, rivestono "gli organi tecnico-scientifici"; o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica".

Tali conclusioni risultano evidenti – ma anche foriere di esiti problematici – in riferimento a quell'ambito del c.d. biodiritto nel quale natura e diritto vengono in stretta correlazione, relativamente alle frontiere della vita umana. Con riguardo all'inizio vita, basti segnalare le difficoltà del diritto positivo (in ogni ordinamento) nel definire l'origine dell'embrione: come noto, e rimanendo nell'ambito dei Paesi europei, alcuni di essi considerano che l'embrione umano esista a partire dalla fecondazione (ad esempio Estonia, Germania, Regno unito); altri invece ritengono che ciò avvenga dal momento in cui l'ovulo fecondato è impiantato nella mucosa uterina (Spagna e Svezia). Per i Paesi nei quali non è affermata in via legislativa la coincidenza tra le nozioni di embrione e di concepito è prevista la condizione del c. d. preembrione, secondo quanto stabilisce ad esempio la legge spagnola facendo proprie le conclusioni del celebre *Warnock Report,* per il quale doveva essere fissato al compiersi del 14° giorno il riconoscimento dell'embrione e quindi del suo diritto alla vita[64].

Al di là delle soluzioni adottate nei vari ordinamenti, la definizione giuridica impone di scegliere un punto di riferimento: se cioè esso consista in "un elemento naturalistico ben definito, circostanziato e quindi incontrovertibile quale è stata per lungo tempo la nascita e quale è oggi, ad esempio, il momento dell'unione dei gameti, oppure in un elemento di tipo legale-convenzionale, spettando alla norma giuridica, senza ulteriori appigli naturalistici, determinare il momento a partire dal quale si ritiene o si presume si sia in presenza di una persona"[65]. Evidente é l'inerenza di questi interrogativi alla

---

[64] Seguendo tale linea ricostruttiva, la stessa fase pre-embrionale potrebbe essere ulteriormente articolata: dall'atto della fecondazione fino allo stadio di 8 cellule; da tale momento al formarsi del troboflasto; dal troboflasto allo stadio di preparazione all'impianto dell'ovulo e da questo momento allo stadio del postimpianto (dal 6° al 14° giorno). Cfr. al riguardo Antonino Spadaro, *Cellule staminali e fecondazione assistita: i dubbi di un giurista,* in *Rass. dir. pubbl.*, n. 1/2005, p. 105.

[65] Lorenza Violini - Alessandra Osti, *Le linee di demarcazione della vita umana,* in Marta Cartabia (a cura di), *I diritti in azione,* il Mulino, Bologna, 2007, p. 189.

tela della relazione tra diritto e natura: il punto di fondo è costituito dall'interrogativo se sia rimesso al diritto "politico" (e perciò del legislatore) definire in termini giuridici cosa sia "embrione" (ma, potremmo dire, tutto ciò che è "naturale")[66]; oppure se la definizione debba essere ricavata mediante acquisizioni scientifiche, cui al legislatore è consentito (soltanto) riconnettere conseguenze giuridiche.

Analoghe considerazioni possono essere svolte in relazione alle vicende connesse al c.d. fine vita: basti ricordare come uno dei punti di maggior dibattito sulla regolazione giuridica delle c.d. dichiarazioni anticipate di trattamento (sulle quali, sia consentito ricordare, nel 2009 si riteneva assolutamente urgente la disciplina legislativa, fino al punto da muovere il governo ad approvare un decreto-legge poi non emanato dal Capo dello Stato: dopo sette anni siamo ancora al punto di partenza[67]) consista proprio nel definire quali siano gli interventi medici che assecondano l'evoluzione naturale e quali invece ne costituiscono una rottura. Nella celebre e ingiustamente criticata sentenza della Corte di cassazione pronunciata sul caso Englaro[68], si chiarisce come la distinzione concettuale tra eutanasia e rifiuto delle terapie medico-chirurgiche si appunti proprio in relazione al "corso naturale" della malattia ("Il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, non può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente

---

[66] In senso chiaramente affermativo Francesco Rimoli *Bioetica. Diritti del nascituro. Diritti delle generazioni future,* in Roberto Nania - Paolo Ridola, *I diritti costituzionali,* I, Giappichelli, Torino, 2001, p. 348, per il quale "la determinazione del momento in cui l'essere vivente diventa soggetto di diritto, acquistando la capacita giuridica e dunque l'idoneità ad essere centro di imputazione di diritti, costituisce il frutto di una scelta dell'ordinamento". Per un quadro delle difficoltà che pongono al diritto, ed in specie alla definizione di ''persona", alcune applicazioni del sapere scientifico in campo umano v. Amedeo Santosuosso, *Persone fisiche e confini biologici:* chi *determina* chi, in Antonio D'Aloia, (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite,* Giuffrè, Milano, 2003, p. 141 ss.

[67] Malgrado, ancora di recente, il Consiglio di Stato abbia ritenuto un intervento legislativo in materia "necessario e indilazionabile", "indispensabile ed urgente", giacché "l'assenza di una chiara disciplina legislativa, esistente in altri ordinamenti, fa avvertire tutta la necessità di un intervento da parte del legislatore": cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 1/2015, I, p. 74 ss. Peraltro va rilevato come la intervenuta giurisprudenza venga da taluni valutata come soddisfacente soluzione delle problematiche che il tema pone, quasi con timore per interventi legislativi che possano non migliorare ma far regredire la situazione esistente (preoccupazioni in tal senso possono dedursi da Paolo Zatti, *Consistenza e fragilità dello* ius quo utimur *in materia di relazione di cura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 1/2015, II, p. 20 ss.). Nel senso invece della necessità di un intervento legislativo per "dipanare molteplici criticità di coordinamento tra tutti gli interesse e i diritti coinvolti" v. da ultimo, Benedetta Vimercati, *Consenso informato e incapacità*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 277.

[68] Cassazione civile, sez. I, sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748, ora ripresa adesivamente da Cons. Stato, n. 4460/2014, *cit.*

la morte, esprimendo piuttosto tale rifiuto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua *il suo corso naturale*"). In sostanza le terapie possono essere interrotte quando forzano l'evoluzione della vita del paziente verso il suo esito *naturale,* potendosi rifiutare un "prolungamento *artificiale* della vita" (cosi ancora la Corte di cassazione), in quanto la scelta del soggetto interessato deve considerarsi esplicazione del suo diritto alla salute inteso (alla luce della giurisprudenza costituzionale) come libertà di autodeterminarsi; mentre il porsi contro l'evoluzione *naturale* (accorciando quindi la vita volontariamente) si configurerebbe come eutanasia, istituto che viene considerato estraneo alla libertà di autodeterminarsi (e che comunque costituisce altro rispetto al rifiuto delle cure)[69].

Un ulteriore aspetto della relazione tra "natura" (ovvero acquisizioni scientifiche) e diritti può essere considerato in merito alle trasformazioni che le acquisizioni della scienza e della tecnica sono in grado di determinare anche con riguardo al riconoscimento di diritti fondamentali: come si legge nella motivazione della sentenza della Corte costituzionale sulla fecondazione assistita di tipo eterologo (sentenza n. 162/2014), infatti, "la determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, *e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo*, perché anch'essa attiene a questa sfera". Decisione questa che ha il merito, come è stato giustamente sottolineato, di "porre all'attenzione di tutti, anche di chi ancora non se n'è accorto, che la persona e i diritti fondamentali conoscono una profonda e, forse irresistibile, trasformazione di fronte alle acquisizioni della scienza e della tecnica"[70].

Si tratta, negli esempi indicati, di aspetti e prospettive ovviamente diverse, ma che hanno in comune (così almeno a me pare) le connessioni tra la scienza (che alla natura è strettamente connessa) e il diritto, e la rilevata soggezione della discrezionalità del legislatore rispetto alle acquisizioni scientifiche: vale a dire – nei termini in cui si è detto – ad elementi "naturali".

7. Proviamo a trarre qualche – assai parziale e forse scontata – conclusione da quanto detto.

---

[69] Per una ricostruzione recente delle differenze tra eutanasia e rifiuto delle cure, con riferimenti anche alle posizioni di alcune confessioni religiose sul punto, v. Germana Carobene, *Sul dibattito scientifico e religioso in tema di "fine vita": accanimento terapeutico, stato vegetativo ed eutanasia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), n. 9/2015, 16 marzo 2015.

[70] Andrea Morrone, *Ubi scientia ibi iura*, in *www.giurcost.it*., 11 giugno 2014.

Che l'avvento delle costituzioni abbia imposto una rimodulazione del rapporto tra diritto giusto/naturale e diritto positivo mi pare sufficientemente dimostrato e dimostrabile. Come si è detto, le costituzioni vengono concepite e approvate con l'intenzione di positivizzare alcuni principi o istituti che si ritengono anteriori e pre-esistenti (ed a seguito, come è ovvio, di una loro valutazione positiva).

D'altro canto, le stesse costituzioni contengono rinvii a istituti che sono "prima", e la cui conformazione giuridica deve essere ricercata al di fuori della costituzione stessa: ciò impone di interrogarsi sul loro fondamento pre-costituzionale. Con riguardo all'esperienza concreta degli ordinamenti contemporanei, si formula al riguardo un'impressione: quando vi sono conoscenze scientifiche in grado di produrre "verità", tale precedenza deve essere ricercata in esse. Se l'embrione, ad esempio, sia una "persona" o meno lo stabilisce la "natura", ovvero quella verità scientifica che attesta che la vita umana ha una sua continuità fin dal concepimento (il diritto può ovviamente intervenire per stabilire un altro inizio, ma allora è chiaro che tende a sovrapporsi a ciò che è "in natura"). In altri termini, se la natura è la scienza, il diritto è rispettoso. Diversa la situazione laddove il possibile riferimento ad istituti precedenti non investa nozioni scientificamente dimostrabili (come avviene, ad esempio, per la famiglia, i diritti, e così via: ma anche, tornando alla frase di Dossetti riportata all'inizio, all'economia ed alle sue leggi). Qui la precedenza viene misurata non in termini di vicinanza ad evidenze scientifiche, quanto invece con riguardo ad una prospettiva storica e sociale: cosi, ad esempio, i diritti umani che la nostra Costituzione "riconosce" sono quelli, come si è cercato di dire, del contesto storico-sociale in cui l'ordinamento è inserito (e che costituiscono i contenuti del "costituzionalismo" moderno). Tali diritti risultano pertanto "precedenti" ma non "naturali", come dimostra il fatto che in diversi momenti storici gli stessi diritti non vengono riconosciuti (né nella loro essenza, né tantomeno con riguardo ai loro contenuti) ovvero che in altri contesti culturali gli stessi diritti non vengono percepiti come "naturali", quanto – caso mai – imposti da atti normativi di carattere internazionale[71].

Che tutto ciò sia "naturale" oppure no è ovviamente oggetto di discussione; ma che tale elemento funga da limite all'esercizio del diritto positivo è altrettanto evidente. Il che pone il tema di chi sia legittimato ad individuare

[71] Numerosi sono gli Autori che hanno tentato, come noto, di coniugare naturalità e storicità del diritto, a partire dalla celebre espressione di "diritto naturale con contenuto variabile" di R. Stammler: vedi i necessari riferimenti in Giampaolo Azzoni, *Natura e storicità nel rapporto tra* lex aeterna *e* lex naturalis, in *www.blog.centrodietica.it*, 2009.

cosa sia razionale, e perciò ad esprimere il verso della sua applicazione di fronte a fattispecie concrete. In altri termini: posto che sussista un diritto "giusto", precedente nei termini indicati a quello positivo, a chi spetta il compito di *rinvenirlo* e *dichiararlo*?

In quanto tale diritto "giusto" sia posto da norme costituzionali, tale compito è attribuito ai tribunali costituzionali, che anche per questo (ma non soltanto) sono stati definiti l'"amministrazione giudiziaria del diritto di natura"[72]. Ma gli stessi tribunali costituzionali, come si è visto, non disdegnano di riferirsi alle acquisizioni scientifiche, rinvenendo in esse limiti alla discrezionalità del legislatore: ed in tali circostanze, dunque, il "custode" della scienza è costituito da coloro che di quella scienza (o di quel ramo della scienza) sono (o vengono ritenuti) gli interpreti.

Ma poiché la scienza è, a sua volta, soggetta ad interpretazioni, nonché mutevole in ragione dell'evoluzione delle scoperte, il problema resta aperto: si pensi al riguardo alla contrapposizione, che in certe circostanze assume toni assai accesi, almeno in Italia, tra la Chiesa cattolica e il mondo politico-culturale, e che trae origine dalle posizioni assunte dalla prima nel collocare alcuni principi da essa sostenuti nell'ambito del diritto naturale, con evidente ed implicito riconoscimento della propria capacità di individuare ed interpretare i contenuti di tale diritto. Sia sufficiente richiamare, al riguardo, quanto è scritto nel Catechismo della Chiesa cattolica: "la legge "divina e naturale" [Conc. Ecum. Vat. II, Gaudium et spes, 89] mostra all'uomo la via da seguire per compiere il bene e raggiungere il proprio fine. La legge naturale indica le norme prime ed essenziali che regolano la vita morale. Ha come perno l'aspirazione e la sottomissione a Dio, fonte e giudice di ogni bene, e altresì il senso dell'altro come uguale a se stesso. Nei suoi precetti principali essa è esposta nel Decalogo. Questa legge è chiamata naturale non in rapporto alla natura degli esseri irrazionali, ma perché la ragione che la promulga è propria della natura umana"[73]. Un insegnamento che è stato ribadito, con riferimento specifico alla tematica del fine vita, da Papa Giovanni Paolo II nell'enciclica *Evangelium vitae*: "ogni uomo sinceramente aperto alla verità e al bene, con la luce della ragione e *non senza il segreto influsso della grazia*, può arrivare a riconoscere *nella legge naturale scritta nel cuore* il valore sacro della vita umana fino al suo termine, ed affermare

---

[72] Vedi il richiamo a W. Naucke in Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., p. 176 nota 20.

[73] *Catechismo della Chiesa cattolica*, n. 1955. Nella recente enciclica di Papa Francesco si introduce il concetto di "ecologia umana", intendendosi con tale espressione "la necessaria relazione della vita dell'essere umano con la legge morale inscritta nella sua propria natura, relazione indispensabile per poter creare un ambiente più dignitoso" (cfr. Lettera enciclica *Laudato sì*, n. 155).

il diritto di ogni essere umano a vedere sommamente rispettato questo suo bene primario"[74] (corsivi aggiunti). Ove è evidente che l'impossibilità di far terminare la vita prima del suo *limite naturale* è ritenuto principio di diritto naturale, che ogni persona può conoscere "non senza il segreto influsso della grazia": un "influsso" di cui la Chiesa (ed, alla fine, il Papa stesso) è autorevole e forse autentico interprete. Molti altri sono gli esempi e i casi che potremmo richiamare a sostegno di tale impostazione[75], ben radicata nel pensiero e nell'insegnamento della Chiesa.

Una pretesa che nell'ambito della stessa Chiesa cattolica è oggetto di ripensamento critico per le conseguenze negative che essa produce nel rapporto con i possibili destinatari dell'evangelizzazione[76], ma che al di là di questo fa emergere uno dei nodi critici fondamentali del discorso, e che cosi potremmo riassumere: posto che esista un diritto giusto precedente il diritto positivo, e che esso abbia un fondamento nella natura dell'uomo, a chi spetta svelarlo? Il problema vero, forse, sta proprio qui, come fa chiaramente intendere chi afferma che il diritto naturale è "semplicemente quel diritto che la persona che usa l'espressione, approva"[77]. Anche ammettendo infatti l'esistenza di un "diritto ontologico", precedente e superiore rispetto al diritto positivo, la difficoltà (o l'impossibilità?) di individuarne l'interprete costituisce l'ostacolo più forte per il suo riconoscimento nelle società democratiche.

---

[74] Giovanni Paolo II, *Evangelium vitae*, 25 marzo 1995, in *www.vatican.va*

[75] Ancora il Catechismo della Chiesa cattolica afferma, citando San Tommaso, che "la legge naturale altro non è che la luce dell'intelligenza infusa in noi da Dio. Grazie ad essa conosciamo ciò che si deve compiere e ciò che si deve evitare. Questa luce o questa legge Dio l'ha donata alla creazione".

[76] Severino Dianich, *La Chiesa cattolica verso la sua riforma*, Morcelliana, Brescia, 2014, che individua questo tema come uno degli aspetti sui quali la riforma della Chiesa dovrebbe realizzarsi.

[77] L'affermazione è di Vilfredo Pareto, *Trattato di sociologia generale*, 1916, ripresa da Giuseppe Volpe, *Il costituzionalismo*, cit., p. 211. E proprio per questo tale concetto del diritto naturale viene ritenuto da Gustavo Zagrebelsky, *Intorno alla legge*, cit., p. 47 ss., un concetto sopraffattore, anticostituzionale e ingannatore.

Libertà di informazione e fattore religioso

Mario Tedeschi

La scelta del tema che ci vede qui riuniti mi sembra sotto ogni verso ottima, al punto che ho dato alla mia relazione lo stesso titolo.

Il diritto di informazione è espressione di diritti costituzionali che vanno considerati come un fascio unico[1] (libertà sociali, di pensiero, di religione etc etc), per cui una lesione di uno di essi comporta quella di tutte le altre.

La stessa libertà religiosa si attua attraverso la professione, la propaganda e il culto, atti di manifestazione esterna, e quindi di informazione, non certo di coscienza.

La centralità del fattore religioso all'interno della società civile come oggetto del diritto ecclesiastico stesso è sostenuta anche nel mio Manuale[2].

Quando ero più giovane la mia vera vocazione era quella del giornalista. Non pensavo di fare il Professore per le difficoltà che ciò comportava. Quando ho potuto in seguito riprendere questi miei interessi ho raccolto in un Volume dal titolo *Impegno civile* gli articoli scritti nel corso degli anni in terze pagine di alcuni quotidiani nei quali avevo trattato proprio del fattore religioso[3]. Di cosa trattavano questi articoli? Dello svolgimento legislativo italiano in materia ecclesiastica, degli interventi della Corte Costituzionale, della revisione del Concordato e di quella del *Codex iuris canonici*, della politica ecclesiastica, sia dello Stato che della Santa Sede, delle minoranze religiose, della loro presenza sul piano internazionale. Trattavo anche di argomenti più attuali, come i rapporti tra Chiesa e mafia e quelli con l'Islam, ben consapevole che fra il linguaggio scientifico e quello giornalistico non vi è poi tanta differenza, perché innanzitutto quel che bisogna avere è avere le idee chiare.

---

[1] Cfr. Mario Tedeschi, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 117 ss.

[2] Cfr. Mario Tedeschi, *Manuale di diritto ecclesiastico*, cit., p. 11 ss.

[3] Cfr. Mario Tedeschi, *Impegno civile,* Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, 2014.

Accanto a una stampa laica, riguardante il fattore religioso, v'è anche una stampa confessionale (*Il Regno, Amico del Clero* etc. etc.), che rappresenta di per sé le proprie posizioni, le quali rientrano nel più ampio rapporto tra religione e politica, rispetto al quale è ancora valido quanto è stato rilevato da Jürgen Habermas, secondo il quale la nostra è una società postsecolare che deve «fare i conti con la persistenza di comunità religiose e la costante rilevanza delle diverse tradizioni religiose, anche se esse sono in gran parte secolarizzate»[4].

Habermas rileva anche che lo «Stato di diritto democratico non è compatibile con qualsiasi prassi religiosa, ma solo con quelle non fondamentaliste»[5], e che ciò in Occidente chiamano in generale «separazione tra Stato e Chiesa», dovrà essere specificato e contestualizzato nei rispettivi contesti locali ogni volta in maniera diversa[6].

I canonisti, com'è noto, distinguono tra foro interno e foro esterno, dando maggiore rilevanza al primo rispetto a quanto non facciano gli ordinamenti statuali. D'altra parte, il rapporto tra volontà ed espressione è fondamentale. Siamo al centro di convergenze significative, per quel che riguarda la libertà di espressione. Personalmente ritengo questo un tema non squisitamente pubblicistico, né privatistico, ma di teoria generale del diritto, e come tale ritengo vada trattato.

---

[4] Così Jürgen Habermas, *Le religioni e la politica. Espressioni di fede e decisioni pubbliche,* Edizioni Dehoniane Bologna, Bologna, 2013, p. 14.

[5] Così Jürgen Habermas, *Le religioni e la politica. Espressioni di fede e decisioni pubbliche,* cit., p. 31.

[6] Così Jürgen Habermas, *Le religioni e la politica. Espressioni di fede e decisioni pubbliche,* cit., p. 33.

Appunti per una teologia del contrappasso secondo la prospettiva cristiana

Aldo Rocco Vitale

1. *Introduzione*

«Culpam poena premit comes» («la pena segue e accompagna la colpa»)[1]. con queste parole si può estremamente sintetizzare ed all'un tempo anticipare, mercé la tradizionale saggezza poetica di un classico come Orazio, il cuore del problema oggetto delle seguenti riflessioni.

Alla colpa deve seguire la pena. Questa idea tanto giuridica e tanto in disuso nella mentalità giuridica odierna è all'un tempo tanto poetica quanto diffusa nel pensiero letterario d'ogni epoca.

La convinzione che il reo debba essere punito e che la sua punizione debba consistere in un patire il medesimo o un analogo male rispetto a quello che ha causato è un tema dominante della letteratura, come, tra i tanti esempi citabili, si riscontra all'interno della tragediografia greca, o tra i versi di autori come Shakespeare, tra le narrazioni *sinderetiche* di un Dostoevskij, o, soprattutto, nel poema sacro per eccellenza quale è appunto la Divina Commedia di Dante.

I motivi per cui la Commedia dantesca appare imprescindibile in questa sede non sono estrinseci, cioè legati alla fama che tramite essa ha avuto il contrappasso, ma intrinseci, cioè legati alla Commedia come vero e proprio momento di completa riflessione teologica, filosofica e giuridica sul contrappasso[2].

Del resto, come precisa Grayson, «a chi legge la Commedia è impossibile non tener conto della convinzione di Dante, spesso ripetuta, di adempiere

---

[1] Orazio, *Odi ed epodi*, Fabbri Editori, Milano, 1994, IV, 5, vv. 25.

[2] «Il nostro pianeta è troppo piccolo per permettersi il lusso di ignorare Dante Alighieri. Sfuggire a Dante è impossibile come sfuggire alla propria coscienza»: Kadarè Ismail, *Dante, l'inevitabile*, Fandango Libri, Roma, 2008, p. 5.

una missione divina, di essere stato scelto, dopo Enea e S. Paolo, a rivelare agli uomini una speciale visione della giustizia di Dio»[3].

La prima cantica dantesca, conformemente alla visione cristiana[4], è il luogo in cui si consuma il contrappasso per tutti i peccatori, cioè per tutti coloro che non si sono salvati, che non hanno seguito il messaggio cristiano di salvezza[5], per conformarsi ai propri istinti, ai propri desideri, ai propri sentimenti; nell'Inferno i dannati soffrono perché hanno violato la legge divina e quella umana[6].

Il contrappasso[7] costituisce, così, il filo conduttore di tutta la logica sanzionatoria dell'Inferno dantesco[8], è la pena che deve essere sofferta per l'eternità a causa del proprio peccato[9], ma è anche all'un tempo il criterio con cui le anime dei peccatori vengono assegnate alle varie tormentose zone infernali[10], operazione compiuta dal giudice Minosse che, nel V canto, alle

---

[3] Grayson Cecil, *Cinque saggi su Dante*, Patron, Bologna, 1972, p. 84.

[4] «Tutta la sua Commedia ad altro fine non mira se non a glorificare la giustizia e la provvidenza di Dio, che governa il mondo nel tempo e nell'eternità, premia e punisce gli uomini, sia individualmente, sia nelle comunità, secondo le loro responsabilità»: Benedetto XV, *In preclara summorum*, 1921.

[5] «The reason for damnation is omission of what in required for salvation»: Bernstein Alan, *Hell. Death and retribution in the ancient and early christian worlds*, Cornell University Press, New York, 1993, p. 232.

[6] «La legge del contrapasso scatta precisamente a questo punto: Dante deve assegnare la pena a coloro che hanno invertito l'ordinamento dei valori etici esistenziali, sostituendo la luce della giustizia con la fiamma dell'ingiustizia o della cupidigia, nel loro personale e sociale comportamento; sì che son divenuti fiamme distruttrici dell'ordine e della pace dell'umano consorzio»: Trovato Mario, *Il contrappasso nell'ottava bolgia*, in *Dante studies*, XCIV, 1976, p. 56.

[7] Secondo una critica dovrebbe parlarsi in proposito non di *contrappasso*, ma di *contrapasso*:«In contrapasso contra non significa il contrario, ma in contraccambio; non porta alcun concetto di opposizione e contrasto, anzi di affinità, corrispondenza e, se guardiamo più profondamente, di identità […]. È chiaro che quella che si adempie nell'Inferno di Dante come giudizio di Dio non è la giustizia che si adempie nelle relazioni e negli scambi civili, ma proprio il giusto in senso assoluto, cioè una forma di identità tra colpa e pena; in definitiva la pena non pu essere che la colpa stessa che ricade sul peccatore. Allora la parola contrapasso, derivata da *contrapatior*, vale non patire il contrario, che sarebbe in contrasto con lo stesso senso di questa giustizia assoluta, ma patire il contraccambio, nella stessa natura e nella stessa misura»: Vazzana Steno, *Contrappasso o contrapasso?*, in *L'Alighieri*, 1/1990, pp. 55-56.

[8] «È apparso ai commentatori applicato per analogia o per contrasto; ed è norma osservata generalmente per tutte le pene dell'Inferno e del Purgatorio […]. Nell'Inferno si tratta di porre in evidenza quel misero modo di esistere in cui si fissa chi resta avvinto al suo peccato; nel Purgatorio di eliminare talune deformazioni o scompensi, con una sorta di chirurgia estetica ridimensionatrice»: Pasquazi Silvio, *Contrapasso*, in *Enciclopedia Dantesca*, Biblioteca Treccani, Milano, 2005, Vol VII, pp. 389-392.

[9] «L'Inferno di Dante è una proiezione plastica della dottrina cristiana della colpa: il peccato è una morte spirituale»: Moeller Charles, *Saggezza greca e paradosso cristiano*, Morcelliana, Brescia, 2008, p. 253.

[10] «La sede eterna è assegnata ai peccatori secondo la legge del contrappasso»: Auerbach Erich, *Studi su Dante*, Feltrinelli, Milano, 2009, p. 100.

soglie del secondo cerchio infernale, secondo la suddivisione spaziale dantesca, «essamina le colpe ne l'intrata;/ giudica e manda secondo ch'avvinghia./ Dico che quando l'anima mal nata/ li vien dinanzi, tutta si confessa;/ e quel conoscitor de le peccata/ vede qual loco d'inferno è da essa;/ cignesi con la coda tante volte/ quantunque gradi vuol che giù sia messa./ Sempre dinanzi a lui ne stanno molte:/ vanno a vicenda ciascuna al giudizio,/ dicono e odono e poi son giù volte» (Inf. V, vv. 5-15).

Ecco quindi che la riflessione filosofico-giuridica trova nella *codicistica letteraria* d'ogni tempo e in quella dantesca in particolare un agile spunto per problematizzare il tema del contrappasso fino ad ora troppo snobbato dalla riflessione giuridica.

Il recente ampliarsi degli studi su diritto e letteratura, in fondo, non può che confortare lo studioso che volge la propria attenzione in questa direzione[11].

E sebbene l'ambito letterario costituisca sostanzialmente un fecondo campo d'indagine per delle riflessioni sul contrappasso, come è facile intuire, non meno rilevante, anzi, appare l'ambito teologico, con special riferimento al pensiero ed alla tradizione teologica cristiana.

2. *Elementi per una teologia del diritto*

Con la comparsa del cristianesimo sulla scena sociale, politica e giuridica si pongono alcune nuove questioni fino a quel momento mai affrontate, come per esempio la resurrezione, o comunque non con la medesima compiutezza, come per esempio la misericordia divina, e se ne ripropongono altre classiche, come la giustizia divina, la giustizia umana e i rapporti tra esse, rimetabolizzate, problematizzate alla luce delle novità del messaggio cristiano.

Dopo l'avvento del cristianesimo, si può affermare, la giustizia, la pena, la colpa, la libertà, il perdono diventano temi centrali della riflessione teologico-giuridica del mondo occidentale, in un contesto in cui oramai la legge del taglione fondata sulla reciprocità appariva consolidata da secoli

---

[11] Sul punto gli studi si stanno moltiplicando a vista d'occhio negli ultimi anni; di seguito alcuni dei più rilevanti consultati in vista del presente lavoro: AA.VV. *Diritto e letteratura. Prospettiva di ricerche*, a cura di Carla Faralli e Paola Mittica, Aracne, Roma, 2010; Dworkin Ronald, *Diritto come letteratura*, in *Questioni di principio*, a cura di Sebastiano Maffettone, Il Saggiatore, Milano, 1990; Galgano Francesco, *Il diritto e le altre arti*, Editrice Compositori, Bologna, 2009; Salazar Mario, *Scritti sfaccendati su diritto e letteratura*, Giuffrè, Milano, 2011; Talavera Pedro, *Il diritto si specchia nella letteratura*, in *La scienza, l'ordine e la legge*, a cura di Bauzon Stephane e Saraceni Guido, ESI, Napoli, 2007; Vitale Vincenzo, *Diritto e letteratura*, Sugarco Edizioni, Milano, 2012.

e metro sicuro di giustizia proporzionata[12]; il cristianesimo scardina questo consolidamento e riproblematizzando tematiche antiche e nuove ridelinea e ridefinisce l'idea stessa ed intera di giustizia retributiva.

Con la comparsa del cristianesimo sulla scena della storia umana, il diritto è diventato un vero e proprio problema teologico[13].

Nota in proposito D'Agostino che, con questa espressione, «non si tratta evidentemente di sacralizzare i valori profani o comunque di assolutizzarli come valori teologici […]. Si tratta piuttosto di comprendere i valori profani grazie alle sollecitazioni intellettuali della teologia e agire di conseguenza su di essi, donando loro una vitalità nuova e nuova forza di autoaffermazione»[14].

La dimensione teologica del diritto viene in risalto non già per una determinazione di contenuti che dall'ambito teologico si travasano semplicemente ed automaticamente in quello giuridico, ma per la formazione della coscienza del giurista che, grazie al momento teologico, impara a guardare al diritto non fideisticamente, bensì criticamente[15].

Il fondamento teologico del diritto si palesa, infatti, nell'insegnamento, tutto nuovo e tutto cristiano, che il diritto, *rectius*, lo Stato, abbia un limite sulla possibilità di pronunciarsi su questioni attinenti la verità, come insegnano le esperienze dei primi martiri dell'era cristiana[16]. Il Cristianesimo, insomma, introducendo il principio di universalità, quello per cui tutti gli

---

[12] «Non va dimenticato il senso fortissimo della vendetta, proprio dei popoli primitivi, con la conseguente necessità che, appunto in una fase evolutiva della civiltà, la legge con la sua saggezza, anziché tentare inutilmente di sopprimere questo fenomeno spirituale negativo, lo imbrigli, per così dire, per tentare di dimensionarlo. A questa stregua va intesa con le opportune riduzioni di reazioni emotive la legge del taglione, che va interpretata non tanto nel senso tradizionalmente critico e spregiativo dell'"occhio per occhio, dente per dente", ma nel senso più profondo e razionale del "non più di un occhio per occhio, non più di un dente per dente". E ciò in tempi della storia per cui si uccideva per ben poco, con enormi sproporzioni»: Pajardi Piero, *Il diritto nella Bibbia e nel Vangelo. Lineamenti generali*, in *Jus: rivista di scienze giuridiche*, 2-3/1981, p. 203.

[13] «Difendere la purezza di una teologia del diritto comporta quindi prendere sul serio una grande sfida: riflettere sull'eventuale impronta specificamente cristiana ed ecclesiale che si possa rinvenire nel diritto nel senso di esperienza giuridica e non di mero insieme di norme»: D'Agostino Francesco, *Il diritto come problema teologico ed altri saggi di filosofia e teologia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 15.

[14] D'Agostino Francesco, ult. op. cit., p. 24.

[15] «La teologia diviene teologia del diritto non perché dia al diritto contenuti positivi (contenuti che anzi non le compete affatto sindacare, come ben dimostrano i perversi risultati cui si è giunti in tutte le epoche dominate da ideologie teocratiche), né a maggior ragione perché metta a disposizione del giurista categorie teologico-dogmatiche (che sono del tutto estranee all'orizzonte di questo), ma perché introduce nel circolo ermeneutico, nel quale ragione e coscienza dei giuristi si dialettizzano, una parola nuova, che né la ragione, né la coscienza, in quanto tali, sono capaci di formulare»: D'Agostino Francesco, ult. op. cit., p. 30.

[16] Cfr le riflessioni svolte in proposito da D'Agostino: ult. op. cit., pp. 26-28.

uomini sono fatti a immagine e somiglianza di Dio, da un lato salva il diritto dalla riduzione di questo al puro formalismo, dall'altro salva gli uomini dalla tendenza all'onnipotenza e all'autoreferenzialità del diritto stesso:«Per i cristiani non le leggi sono sante, ma solo Dio. La relativizzazione del diritto introdotta nelle nostre coscienza dal cristianesimo è netta e irreversibile»[17].

Si pensi, in proposito, alla posizione anti-giuridista di S. Agostino:«Per Agostino – come più tardi per S. Tommaso – ciò che muta è in primo luogo la dimensione categoriale stessa della legge. E attraverso la modificazione della categoria stessa della legge Agostino giunge a modificare il concetto stesso di religione, evitando al cristianesimo di cadere nelle spire del giuridismo, in quelle spire alle quali, ad. es., non riuscito a sottrarsi l'islamismo, una religione che ha non pochi tratti pelagiani: ignora peccato originale e grazia, ma ben conosce la categoria della legge, che coincide puntualmente con quella della rivelazione divina; una legge così onnipresente e onniregolante da tendere ad informare di sé la totalità della legislazione positiva umana e la cui piena ottemperanza non è calibrata sui movimenti del cuore, ma sullo stretto adempimento dei precetti […]. Salvando il cristianesimo dal giuridismo, Agostino ha altresì salvato dal giuridismo tutto l'Occidente […]. Dopo Agostino e grazie ad Agostino il diritto, e più in generale la normatività, richiedono sempre e comunque ai nostri occhi un di più di se stessi, prima che nei loro contenuti nella loro stessa dimensione categoriale»[18].

L'idea stessa di una teologia del diritto in genere, da cui poi poter derivare una teologia del contrappasso in particolare, significa, dunque, esigere la comprensione dei rapporti tra teologia e diritto non solo come si stono storicamente determinati, per esempio nella dialettica tra la tradizione protestante e la tradizione cattolica (tema vasto ed affascinante, che tuttavia esula dallo scopo delle presenti considerazioni), ma anche e soprattutto nel senso di cogliere il legame epistemico tra la prospettiva teologica e quella giuridica, legame tipico, per la ricchezza del suo contenuto, per la novità del suo portato, per la raffinata elaborazione concettuale, della sola tradizione cristiana e come tale non altrove rinvenibile e dunque imprescindibile, soprattutto per la comprensione di temi quali la pena, la giustizia, e, soprattutto, il contrappasso[19].

---

[17] D'Agostino Francesco, ult. op. cit., p. 29.

[18] D'Agostino Francesco, *Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 157.

[19] «La logica del diritto appartiene alla logica della salvezza; e Gesù, quando stigmatizza i Farisei, vuol colpire nella loro ipocrisia l'ingiustizia, non la legge in se stessa»: D'Agostino Francesco, *Il diritto come problema teologico ed altri saggi di filosofia e teologia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 44.

Il cristianesimo introducendo nell'esperienza esistenziale e culturale umana il diritto come problema teologico ed elaborando espressamente una vera e propria teologia del diritto, da un lato ha riproposto il tema dell'alleanza tra Dio e uomo[20], dall'altro ha posto il problema della giustizia che non può esaurirsi nella legge, e, anzi, ha ribadito che la stessa giustizia precede, in senso non tanto cronologico, quanto logico ed ontologico, ogni dimensione giuridica umana, perfino superando se stessa, alla luce di una prospettiva escatologica, inedita prima dell'avvento del messaggio cristiano, illuminata dalla luce della misericordia divina[21].

Sull'importanza del fondamento teologico del diritto, tale che esso sia identificato con la giustizia medesima, Jacques Ellul, nella sua approfondita indagine, precisa che «la Bibbia non conosce la nozione di Diritto nel senso in cui la intendiamo noi oggi. Ogni volta che si parla di diritto, questo è rappresentato semplicemente come l'espressione della giustizia»[22].

Nel pensiero di Ellul, di esplicita estrazione protestante, l'uomo è irrimediabilmente corrotto[23], per cui la giustizia divina deve procedere nel suo

---

[20] «Berit significa patto, alleanza, contratto; è un termine tipicamente giuridico […]. Il berit, infatti, non è un patto estrinsecamente formale: esso presuppone invece un riconoscimento forte dell'altro in quanto altro. Solo nel Vangelo tale riconoscimento è giunto alla sua pienezza: ma già nell'Antico Testamento vediamo tutti i presupposti di questo esito. Nell'alleanza Dio ha svelato ad Israele il suo nome: non si presenta come l'assolutamente altro, ma come il Dio di Abramo, Isacco, Giacobbe […]. Quando i profeti stigmatizzano Israele per la sua infedeltà al patto, usano parole che non avrebbero senso se l'alleanza avesse avuto per contenuto una serie di meri obblighi formali_ l'ingiustizia di Israele, perché non riconosce a Dio quel che gli spetta e che Dio ha chiesto che gli venisse riconosciuto non attraverso un atto di irresistibile sovranità, ma scendendo a stipulare un patto col suo popolo. In questo senso l'infedeltà di Israele non è il mancato riconoscimento della sovranità di Jhwh, quanto la mancata osservanza dell'alleanza contratta con lui»: D'Agostino Francesco, ult. op. cit., pp. 45-46.

[21] «In altre parole: il punto centrale dell'evangelo consiste nel messaggio della risurrezione e dunque in un messaggio sull'azione di Dio, che precede ogni attività umana […]. Credere nella risurrezione di Gesù significa invece credere all'eschaton entro la storia, la storicità dell'agire escatologico di Dio»: Ratzinger Joseph, *Elementi di teologia fondamentale*, Morcelliana, Brescia, 2005, pp. 137-139.

[22] Ellul Jacques, *Il fondamento teologico del diritto*, Gabrielli Editori, Verona, 2012, p. 43.

[23] «Quel che per i protestanti è corrotto, irrimediabilmente corrotto, a causa del peccato, è il nostro rapporto con Dio. Il celebre tema del servo arbitrio, su cui Lutero si è confrontato con Erasmo, rileva solo *in rebus quae pertinent ad salutem*: per quel che concerne la vita strettamente terrena, Lutero ritiene che l'uomo continui a possedere una capacità di autodeterminazione pienamente libera. La teologia protestante non ha motivo di per condannare il diritto in quanto tale: esso è una realtà mondana, e come tale è legittima nel suo ordine, né coinvolta nel piano ordinatore universale di Dio, dalla caduta. Diverso è invece il discorso se sotto il termine diritto si vuole intendere quella che più propriamente andrebbe chiamata la legge morale naturale […]. Il protestantesimo è su questo punto, fondamentalmente, concordemente e motivatamente antigiusnaturalista. Ma il suo antigiusnaturalismo non si converte ormai più in mero antigiuridismo»: D'Agostino Francesco, *Il diritto come problema teologico ed altri saggi di filosofia e teologia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 18; in tal senso prosegue Ellul:«Noi crediamo che a causa del suo peccato l'uomo è radi-

inesorabile percorso, sebbene l'evento storico[24] dell'incarnazione rappresenti una deviazione della suddetta rigida giustizia divina che si compie nella storia: per questo il tratto distintivo della divina giustizia non è l'essere retributiva poiché il Cristo agisce da capro espiatorio per le colpe dell'umanità intera[25].

Nella teologia del diritto di matrice protestante, insomma, la giustizia divina tiene le sorti del mondo sotto l'egida del servo arbitrio e a tale regime sottostanno anche il diritto e la giustizia umana, per cui il carattere morale del diritto in genere e della retribuzione in particolare smarriscono la propria ragion d'essere in quanto nell'escatologia protestante la salvezza del giusto e quella del peccatore sono rimesse alla mera volontà di Dio che può dunque anche rinunciare, arbitrariamente, ad essere giudice giusto[26].

Nell'ambito della teologia cattolica, invece, l'orizzonte escatologico è dominato dal giudizio finale in cui Dio punirà i rei e premierà i santi secondo le colpe dei primi e i meriti santificanti dei secondi, retribuendo ciascuno

---

calmente corrotto e quindi non possiamo ammettere l'idea che il fondamento del diritto naturale sia costituito dall'imago Dei, che l'uomo avrebbe conservato. Il fatto che l'uomo sia creato ad immagine di Dio non implica affatto che questa imago Dei possa bastare dopo la caduta per dare all'uomo una nozione della giustizia e del diritto […]. Il diritto umano non avrà mai il benché minimo valore. Pretendere di identificare la legge naturale con l'imago Dei significa o ammettere che l'uomo non è decaduto del tutto, oppure privare d'ogni valore la legge umana»: ELLUL JACQUES, op. cit., p. 68.

[24] Nota è sul punto la posizione di Rudolf Bultmann che invece ritiene l'incarnazione un evento mitico, con la conseguenza che se mitico è l'elemento alla base del cristianesimo, mitiche saranno anche tutte le manifestazioni del cristianesimo e del divino, come tutti i concetti ad essi connessi: peccato, colpa, libertà, giustizia, salvezza, diritto; ecco allora che la teologia protestante porta con sé una forte carica antigiuridista che rischia, se lasciata deflagrare in tutta la sua potenza, di contraddire ed elidere gli stessi concetti di libertà e responsabilità, per cui la giustizia e la pena, la colpa e la retribuzione in genere, e il contrappasso in particolare, perdono il loro stesso fondamento e il loro collegamento onto-genetico: se ne smarrisce, cioè, il senso, come si può agilmente ritenere portando alle inevitabili conseguenze il ragionamento di Bultmann e di tutta la teologia protestante che si muove in tal senso:«Le cose stanno dunque così: l'uomo è interamente decaduto nell'autonomia arbitraria e può ben essere consapevole che la sua vera vita sta solo nell'abbandono; ma è incapace di tradurlo in atto, giacché in ogni sua iniziativa egli resta se stesso, l'autonomo, e quindi la vita autentica è per lui possibilità concreta solo a patto che egli sia liberato da se stesso»: BULTMANN RUDOLF, *Nuovo testamento e mitologia. Il manifesto della demitizzazione*, Queriniana, Brescia, 2005, p. 154.

[25] «I Vangeli rivelano, come io sostengo, il meccanismo del capro espiatorio, ovviamente senza designarlo con il nostro termine, ma anche senza omettere niente di ciò che bisogna sapere su di esso per proteggersi dai suoi effetti insidiosi e individuarlo ovunque si nasconda e soprattutto in noi stessi»: GIRARD RENÈ, *Il capro espiatorio*, Adelphi, Milano, 1987, p. 177.

[26] Così Daniélou riassume, per esempio, la posizione di un autorevole esponente della teologia protestante sul punto:«La stessa salvezza è opera di Dio solo. L'uomo sembra a Barth troppo misero perché sia capace perfino di dannarsi. E il suo predestinazionismo sfocia paradossalmente in una dottrina di salvezza universale. Così l'uomo è privato anche dell'ultima cosa che pensava poter ancora far sua sottraendola all'onnipotenza divina, cioè l'inferno. Perché, come a ragione ha opinato Jouhandeau, l'inferno è l'ultima espressione del valore della libertà umana. Negarlo significa o che la libertà è incapace di resistere alla grazia efficace, è che il peccato a conti fatti è così derisorio che non merita neanche di essere punito»: DANIÉLOU JEAN, *Dio e noi*, Bur, Milano, 2009, p. 74.

secondo ciò che gli spetta[27], direttamente per rendere giustizia, dando ad ognuno ciò che merita e indirettamente, e per l'ineliminabile contrapposizione con Cristo che, innocente per definizione, è stato tuttavia condannato e punito dagli uomini come colpevole[28].

3. *Il contrappasso secondo la prospettiva cristiana*

Dopo tale pur estremamente sintetica ricognizione circa la fondabilità di una teologia del diritto, con la relativa fugace distinzione tra la riflessione teologica protestante e quella cattolica, occorre adesso scandagliare più in profondità ed apprestarsi a delineare una vera e propria teologia del contrappasso.

La visione sostanzialmente teocratica dell'ottica protestante, contribuisce a mettere in luce quanto il concetto di retribuzione in genere e di pena in particolare, e dunque di contrappasso in specie, siano depauperati della loro autonoma struttura concettuale, poiché, alla luce dell'escatologia protestante, l'uomo è irrimediabilmente condannato[29]. guardando indietro verso le origini, al peccato originale, e la sua salvezza dipende dalla insondabile volontà di Dio:«Il diritto che ha la sua fonte nell'alleanza non può essere ravvisato soltanto partendo da questa alleanza, partendo dalla sua origine, ma, nella misura stessa in cui dipende strettamente dalla giustizia di Dio, va ravvisato anche in relazione all'ultimo giudizio, all'escatologia: insomma, alla sua fine ed alla sua conclusione»[30].

L'onnipotenza divina risolve la giustizia di Dio secondo criteri insondabili per l'umana ragione, poiché Dio, in questa prospettiva, regge gli umani destini e può anche, decidendo di essere tanto giusto quanto ingiusto, rendere a ciascuno il suo, cioè il male a chi ha fatto il male e il bene a chi ha perseguito il bene:«Alla fine dei tempi non vi è più alcuna distinzione fra la *zedakah* e la *mischpath*. È il regno della giustizia che è annunziato, della sola ed unica giustizia che ha inglobato ogni giustizia, e perciò è vano cercare a quale giustizia si riferisce la promessa fatta a coloro che hanno fame e sete

---

[27] «Chiunque odia il proprio fratello è omicida, e voi sapete che nessun omicida possiede in se stesso la vita eterna»: 1Gv., 3,15.

[28] «Noi giustamente, perché riceviamo il giusto per le nostre azioni, egli invece non ha fatto nulla di male»: Lc., 23,41.

[29] «La tradizione cattolica ha assunto una posizione meno intransigente, che è l'espressione della sua concezione di una natura umana corrotta, sì, dal peccato, ma non completamente pervertita»: Daniélou Jean, *Dio e noi*, Bur, Milano, 2009, p. 11.

[30] Ellul Jacques, op. cit., p. 102.

di giustizia, perché questa promessa è escatologica. Essa è rivolta a tutti color che hanno cercato una giustizia, qualunque essa sia, giustizia interiore, sociale, giuridica, ecc., perché ogni giustizia autentica entra alla fine nella giustizia di Dio, ne è inseparabile, non a causa della sua origine, ma a causa della grazia che Dio fa, con giudizio inappellabile»[31].

Assumendo la chiave di lettura teologica di matrice protestante il contrappasso, dunque, quale momento applicativo di una concezione retributiva della giustizia, perde di significato, anzi è del tutto non solo inspiegabile, ma impensabile.

La teologia cattolica, per il suo fondarsi sul libero arbitrio diversamente da quella protestante, non mostra disagio con l'idea della giustizia retributiva, anzi con la concezione dell'inferno quale destinazione per i peccatori[32], asseconda proprio la visione che essa le sia connaturale.

L'inferno è, infatti, il luogo di pena e sofferenza eterna[33], il luogo in cui i rei resteranno eternamente detenuti, senza possibilità di fuga, per sempre separati dal bene supremo, cioè Dio[34].

Nella prospettiva cattolica il male, il male del peccato, il male della violazione della norma divina, di quella naturale e di quella umana, necessita di una risposta, di una reazione, poiché escatologicamente il male non ha l'ultima parola.

Il male, infatti, è, nonostante l'onniscienza divina[35], da un lato la prova

---

[31] Ellul Jacques, op. cit., pp. 106-107.

[32] Per una differenza tra l'inferno cristiano e la Geenna veterotestamentaria cfr. Montgomery James, *The Holy City and Gehenna*, in *Journal of biblical literature*, Vol.27, No. 1, 1908.

[33] Sul punto un noto teologico cattolico precisa, comunque, che «il cristianesimo non è una religione della sola sofferenza, questa è preceduta dal lavoro nel mondo per cambiarlo ed è seguita da una vita presso Dio in cui tutte le prove e tutte le sofferenze passate trovano il loro rifugio […]. La sofferenza di questo mondo sta a cuore a Dio, che sia quella della natura o quella che, più grave, proviene dalla libertà umana e che gli uomini si infliggono a vicenda, quella che Dio non può semplicemente lasciar passare, ma che deve giudicare»: Von Balthasar Hans Urs, *Dio e la sofferenza*, Nova Millennium Romae, Roma, 2010, pp. 33, 49.

[34] «The Church also teaches that there are deadly sins, for which there can be no forgiveness after this life; and, if there be no place for pardon, then the punishment for such sins must be with out end […].The pain of loss consists in the privation of eternal beatitude, of the beatific vision and all the consequent bliss which God has prepared for his elect. This deprivation is eternal and final, and is a torture which only the lost can comprehend. The pain of sense proceeds from the direct inflictions of the Divine justice which bear upon the souls and bodies of the damned. There is the prison of hell from which there is no escape. There is the undying worm of remorse. There is the society of the impious and the demons. And there is, as the principal torment, the eternal fire to which power is given to act upon spirit and matter, and to burn and not consume»: AA.VV., *The doctrine of eternal punishment*, in *The north american review*, Vol. 126, No. 261, 1878.

[35] «Il male è conosciuto da Dio senza essere stato in alcun modo causato da Dio»: Maritain Jacques, *Dio e la permissione del male*, Morcelliana, Brescia, 1967, p. 18.

della libertà umana[36], libertà di discostarsi dalla volontà divina e dai precetti divini, dall'altro è il limite da cui l'escatologia cristiana acquista un senso per il tramite della logica della misericordia.

Il male si riconnette alla sfera escatologica in quanto, come spiega Maritain, «questo assioma è completato da un altro assioma del pensiero cristiano, che sant'Agostino formulò quando disse che Dio non permetterebbe mai il male se non fosse sufficientemente potente e buono da trarre il bene anche dal male. In altri termini Dio non permette il male che in vista di un bene maggiore, cioè riferendo o ordinando questo male ad un bene maggiore»[37].

Maritain spiega inoltre la logica che lega la libertà umana e la giustizia divina di carattere retributivo:«Quanto ai dannati, essi saranno stati meno amati per colpa loro e a ragione dei loro demeriti […]. Sono loro che si sono divisi o discriminati per il male e per l'inferno, quando alla fine della loro vita hanno irrevocabilmente infranto l'ultima grazia loro offerta. Allora essi hanno per sempre preferito la loro propria grandezza – essere fine ultimo a se stessi – alla beatitudine soprannaturale che presuppone l'amore di Dio sopra ogni cosa. Essi preferiscono l'inferno pur maledicendolo. Essi hanno quello che hanno voluto, quello che essi stessi hanno scelto come bene supremo; hanno messo la loro beatitudine in se stessi e manterranno immutata la loro posizione; si sono fissati nella avversione a Dio»[38].

Proprio perché essi sono stati liberi di scegliere il male, proprio perché sono stati nietzscheanamente il fine ultimo di se stessi, signori delle proprie virtù[39], la giustizia divina li retribuisce per ciò che essi hanno commesso:«Nei

---

[36] «La scienza di visione coglie e l'esistente nell'esercizio stesso dell'esistenza […]. Essa coglie la libertà dell'esistente creato nell'esercizio stesso del libero arbitrio. Sappiamo che l'atto libero è assolutamente imprevedibile. La scienza di visione lo coglie eternamente nell'attimo stesso in cui si produce, nella sua stessa presenzialità. Tutto ciò che esiste è conosciuto da Dio, perché egli ne è la causa […]. Ma il male della volontà libera, il male che fa cattivo l'atto libero, come lo conosce la scienza di Dio? San Tommaso ha su questo punto due principi che conviene meditare. Primo: Dio non è assolutamente e sotto alcun rapporto la causa del male morale. Ecco dunque qualche cosa che Dio conosce senza esserne causa. Secondo: il male non ha la sua idea nell'intelligenza divina, perché l'idea divina significa un modo in cui l'essenza divina può essere partecipata ed è quindi per sé fonte di intelligibilità o causa di essere – Tale è la purezza di Dio, l'innocenza di Dio: egli ha solo l'idea del bene, non ha l'idea del male. Siamo noi che abbiamo questa idea. Dio conosce il male per ciò che è: una privazione, un nulla che ferisce l'essere, e là dove esso si produce: nell'essere o nel bene vulnerato»: MARITAIN JACQUES, *Breve trattato dell'esistenza e dell'esistente*, Morcelliana, Brescia, 1965, pp. 85-86.

[37] MARITAIN JACQUES, *Dio e la permissione del male*, Morcelliana, Brescia, 1967, p. 59.

[38] MARITAIN JACQUES, ult. op. cit., pp. 96-97.

[39] «Oggigiorno si addice alla nozione di "grandezza" l'essere nobili, il voler essere per se stessi, il poter essere diversi, il restarsene isolati e la necessità di vivere a modo proprio; e il filosofo divinerà qualcosa del suo proprio ideale, quando stabilirà:" Più grande tra tutti sarà colui che può essere il più solitario, il più nascosto, il più diverso, l'uomo al di là del bene e del male, il signore delle

loro confronti Dio vuole il bene della sua giustizia e del loro giusto castigo, ma perché sono loro che si sono elusi dai beni ai quali all'inizio e di sua iniziativa Egli li aveva ordinati. Non è in vista del loro giusto castigo e della manifestazione della sua giustizia che Egli ha permesso i loro peccati! È a ragione della loro ostinazione nel male che i loro errori servono, alla fine, all'epifania della giustizia di Dio che apparirà nella sua terrificante bellezza»[40].

L'anima peccatrice, tramite la scelta libera del male, si allontana dal bene in vita, e dunque è conseguentemente punita con l'allontanamento eterno dal bene stesso, dal Bene sommo (Dio), dopo la morte.

Maritain può allora precisare che «se il male, pur essendo una carenza o mancanza di essere, non ha tuttavia a che fare con una semplice diminuzione del bene, e se è reale e se è attivo, e se ha una potenza sufficiente per disfare l'opera di Dio, ciò è perché non è una semplice lacuna in un'essenza, ma è una privazione, in un soggetto che esercita l'atto di esistere, una ferita nell'esistenza; ed è perché, non agendo quindi per sé, ma attraverso il bene dove esso nientifica, è tanto più attivo e più forte quanto più il soggetto esistente che esso ferisce col non-essere è più profondamente ferito, ed esercita esso stesso un'esistenza più attiva e più alta»[41].

In merito Tommaso d'Aquino, esaminando, con il rigore che gli è tipico, da un lato l'intima relazione che correla il male, la colpa e la pena, e da un altro lato la necessità del male della pena come risposta al male della colpa, così scrive in merito all'operare della giustizia divina:«Il male della colpa è il male nell'atto della volontà, mentre il male della pena è la privazione di ciò di cui la volontà può disporre in qualunque modo per una buona operazione, ne risulta che il male della colpa, e non quello della pena, rende l'uomo cattivo in senso assoluto. Poiché Dio è la stessa essenza della bontà, quanto più qualche cosa è estranea a Dio, tanto più ha il carattere del male. Ora, la colpa è estranea a Dio più della pena: infatti, Dio è autore della pena, ma non autore della colpa. Da ciò, dunque, appare che la colpa è un male più grande della pena. D'altra parte, la causa per cui Dio è autore della pena, ma non della colpa, si desume da quanto segue. Il male della colpa, che è nell'atto della volontà, si oppone infatti direttamente all'atto della carità, che è la perfezione prima e principale della volontà. Ora, la carità ordina l'atto della volontà verso Dio; ma non solo in modo tale che l'uomo goda del bene

---

proprie virtù, ricco quant'altri mai di volontà; questo appunto deve chiamarsi "grandezza": poter essere tanto multiforme quanto intero, tanto esteso quanto colmo"»: NIETZSCHE FRIEDRICH, *Al di là del bene e del male*, Fabbri Editori, Milano, 1998, p. 172.

[40] MARITAIN JACQUES, ult. op. cit., p. 97.

[41] MARITAIN JACQUES, *Breve trattato dell'esistenza e dell'esistente*, Morcelliana, Brescia, 1965, p. 35.

divino, questo infatti appartiene all'amore che si dice di concupiscenza, ma in quanto il bene divino è nello stesso Dio, cosa che appartiene all'amore di amicizia […]. Il male della colpa non può, quindi, provenire da Dio. Ma Dio può volere che lo stesso bene divino, come anche ogni altro bene a lui subordinato, sia tolto a chi non possiede una buona disposizione verso esso: infatti, il bene dell'ordine esige che nessuno abbia ciò di cui non è degno […]. Dio è, dunque, autore della pena, ma non può essere autore della colpa»[42].

Il peccato dunque è la esplicitazione da un lato del male come colpa che l'uomo sceglie liberamente, cioè nell'autonoma determinazione del proprio atto di volontà[43], e dall'altro è la causa del male come pena che l'uomo dovrà subire per la cogenza della giustizia divina; ciò nonostante occorre tener presente sempre la continua dialettica giudaico-cristiana tra giustizia e misericordia divina che fa assumere al termine peccato una accezione di volta in volta differente:«In un contesto di grazia, *nasa* assume il significato esteso di "perdono", mentre *awon* mantiene il suo significato principale di "peccato". In un contesto di punizione, invece, il verbo mantiene il significato originale di portare, sorreggere, mentre il sostantivo *awon* assume il significato secondario di "punizione"»[44].

L'eidetica della teologia cristiana sul contrappasso, del resto, ha radici senza dubbio risalenti, almeno agli albori del cristianesimo medesimo e percorre la storia di quest'ultimo lungo tutto il suo bimillenario sviluppo.

Giustino nelle sue "Apologie" mostra quanto l'idea retributiva di punire il male fatto e premiare il bene operato sia intrinseca alla dimensione teologica e pastorale cristiana fin dai primi tempi delle comunità protocristiane di cui, appunto, Giustino è noto esponente.

Giustino ribadisce il concetto retributivo alla base del pensiero teologico cristiano intrecciandolo con il concetto di libero arbitrio e di responsabilità, poiché se l'uomo non fosse libero non sarebbe responsabile e dunque non si potrebbero applicare le pene per il male commesso e i premi per il bene operato:«Se il genere umano non può decidere liberamente di fuggire ciò che è biasimevole, né ha la possibilità di scegliere ciò che è buono, è irresponsabile in ogni modo di ciò che viene compiuto. Vediamo che una stessa persona fa esperienza di cose opposte. Se fosse deciso dal fato che essa sia cattiva o virtuosa, non sarebbe capace di cose contrarie né muterebbe fre-

---

[42] Tommaso D'aquino, *Il male e la libertà*, Bur, Milano, 2002, pp. 227-229.

[43] «Il peccato non è volere il male, ma volere male»: Jankelevitch Vladimir, *Il male*, Marietti, Genova, 2003, p. 48.

[44] Anderson Gary, *Il peccato. La sua storia nel mondo giudaico-cristiano*, Liberilibri, Macerata, 2012, p. 45.

quentemente; ma né i buoni esisterebbero, né i malvagi, poiché si dimostrerebbe che il destino è causa di bene o di male e agisce in contraddizione con se stesso[…]. Affermiamo invece che destino inevitabile sia proprio questo: degne ricompense a coloro che hanno scelto cose buone e, allo stesso modo, giuste pene per coloro che hanno preferito il contrario»[45].

L'uomo, dunque, creatura razionale e libera che volge la sua ragione e i suoi atti liberi al bene riceverà una ricompensa, mentre in caso contrario una punizione proporzionata, commisurata alla gravità della colpa e perfino della stessa natura della colpa medesima.

Su questo punto Agostino è chiaro.

Il termine contrappasso, in modo espresso, appare per ben tre volte in tre distinte opere di Agostino, ma ogni volta a proposito della medesima circostanza: cioè della punizione dell'uomo a seguito del suo peccato, della debolezza della carne, per cui tutta la sofferenza che in natura si trova altro non è che un giustissimo contrappasso in risposta al peccato originale[46].

Il pensiero di Agostino in merito deve essere considerato nella sua interezza, cioè con riferimento alla sua idea per cui esisterebbero due città, la città dell'uomo e la città di Dio, il cui presupposto è in entrambe, sebbene appartenenti a differenti ordini, l'ordine e la convivenza da realizzarsi mediante la giustizia[47], cioè mediante l'intenzione di esercitare il proprio libero arbitrio perseguendo il bene ed evitando il male[48].

---

[45] GIUSTINO, *Le apologie*, Città Nuova, Roma, 2001, p. 68.

[46] Nella lettera 184/A Agostino così scrive:«Prima del peccato la concupiscenza, con cui vengono procreati e concepiti i figli, non esisteva e non sarebbe esistita affatto, se alla disubbidienza dell'uomo non fosse seguita per contrappasso anche la disubbidienza della propria carne» (1,3); in "La Genesi alla lettera" così precisa:«In qual modo avrebbero procreato figli è già stato discusso in precedenza, poiché prima che morissero, la morte già era germinata nel corpo di quelle persone disubbidienti, fomentando la ribellione delle loro membra disubbidienti con un giustissimo contrappasso. Questa non era ancora la condizione d'Adamo e di Eva quando erano entrambi nudi ma senza provarne vergogna» (1,3); in "La natura e la grazia" chiarisce:«All'iniquità del peccato, tanto più grave quanto più facile sarebbe stato per l'uomo non peccare quando era ancora esente da qualsiasi debolezza, tenne dietro una pena giustissima: ricevé in se stesso la pena del contrappasso del suo peccato perdendo l'obbedienza del suo corpo, a lui in qualche modo sottomesso, per aver trascurato l'obbedienza principale che sottometteva lui stesso al suo Signore» (25,28).

[47] «Ciò che gli sembra dominare la concezione pagana della città, che è un corpo al tempo stesso politico e sociale, è la nozione di giustizia. Ogni società, quale, ad esempio, la concepiva Cicerone, è simile ad un concerto, in cui l'accordo o l'armonia risulta dai diversi suoni prodotti dagli strumenti e dalle voci. Ciò che il musicista chiama armonia, il politico chiama concordia. Senza concordia non vi è città, ma senza giustizia non vi è concordia. La giustizia è quindi la prima condizione richiesta per l'esistenza di una città»: GILSON ETIENNE, *Le metamorfosi della città di Dio*, Cantagalli, Siena, 2010, p. 80.

[48] «Questo potere di usare bene il libero arbitrio è precisamente la libertà. La possibilità di fare il male è inseparabile dal libero arbitrio, ma poter non farlo è un contrassegno della libertà, e trovarsi confermato nella grazia al punto di non poter più fare il male è il grado supremo della libertà»:

L'opera in cui meglio che altrove Agostino si sofferma sul problema della punizione delle colpe secondo una logica retributiva, *rectius* del contrappasso, cioè del far soffrire al reo/peccatore una pena uguale alla colpa, è "La città di Dio".

In primo luogo Agostino sembra delineare una impossibilità assoluta per l'uomo di scoprire e comprendere, quasi in antitesi al classico dettame scritturistico[49], i criteri della giustizia divina[50], cioè quelli per cui il reo è punito, il santo è premiato e talvolta perfino il contrario, cioè il reo è premiato e il santo è punito[51].

Nonostante sia insondabile la modalità con cui Dio attribuisca le pene ai colpevoli e i premi ai santi, Agostino ritiene, tuttavia, che la giustizia divina sia fondata sul criterio retributivo che è direttamente legato alla responsabilità dell'uomo, esercizio del libero arbitrio, a sua volta fondata sulla incarnazione del figlio di Dio che questa responsabilità ha reso effettiva e comunque intelligibile[52].

Gilson Etienne, *La filosofia nel medioevo. Dalle origini patristiche alla fine del XIV secolo*, Sansoni, Firenze, 2005, p. 151.

[49] «È gloria di Dio nascondere le cose, è gloria dei re investigarle»: Prv. 25,2.

[50] «Noi non sappiamo in base a quale giudizio di Dio il buono sia povero e il malvagio sia ricco, perché questi goda, sebbene noi presumiamo che dovrebbe essere afflitto da tormenti per la sua depravata condotta e l'altro sia nel pianto, sebbene la vita lodevole suggerisce che dovrebbe essere nella gioia; non sappiamo come l'innocente esca dal tribunale, non solo invendicato ma anche condannato, o perché angariato dal sopruso del giudice o perché travolto da false testimonianze, e al contrario il suo avversario criminale lo schernisca non solo perché impunito ma anche indennizzato; non sappiamo perché il miscredente goda ottima salute e il credente si strugga nella malattia; perché giovani sanissimi si diano al brigantaggio e bimbi, che neanche a parole hanno potuto offendere qualcuno, siano afflitti dalla violenza di varie infermità; perché un individuo utile agli interessi umani sia rapito da una morte immatura e un altro, che all'apparenza non sarebbe dovuto neanche nascere, viva per di più molto a lungo; perché uno zeppo di delitti sia elevato a cariche onorifiche e invece il buio di un'esistenza ignobile occulti un uomo senza macchia. E vi sono altri casi del genere che è impossibile elencare e calcolare»: Agostino, *La città di Dio*, XX, 2, Città Nuova, Roma, 2000, p. 1086.

[51] «Il fatto si potrebbe riferire al giusto o anche benevolo giudizio di Dio in modo che coloro, i quali non conseguiranno i beni eterni che rendono felici, si illudano secondo la loro malvagità o siano compensati secondo la misericordia di Dio con i beni nel tempo; invece coloro, che non dovranno subire le pene eterne, siano afflitti dai mali nel tempo a causa dei loro peccati di qualsiasi specie ed entità e siano stimolati dai mali a potenziare le virtù. Ma poiché in questa vita non solo i buoni sono nel male e i cattivi nel bene, e ciò sembra ingiusto, ma spesso anche ai cattivi tocca in sorte il male e ai buoni il bene, più *imperscrutabili* divengono *i suoi giudizi e misteriose le sue vie* [9]. Noi dunque ignoriamo con quale giudizio Dio, in cui si ha somma potenza, sapienza e giustizia e non si ha alcuna debolezza, insipienza e ingiustizia, operi tali fatti o permetta che avvengano. Impariamo tuttavia a nostro vantaggio a non sopravvalutare il bene e il male, che osserviamo comuni ai buoni e ai cattivi, a perseguire il bene che è proprio dei buoni ed evitare il male che è proprio dei cattivi»: Agostino, op. cit., p. 1087.

[52] «Perire, agli occhi di Dio, significa essere privato, in seguito alla condanna, della beatitudine che Dio concede ai suoi santi: e la diversità delle pene corrisponde alla diversità dei peccati. Tale diversità, comunque, è riservata all'insondabile giudizio della sapienza divina, e sfugge all'indagine

Che il peccatore subisca lo stesso male alla base del proprio peccato e soggiaccia alla vendetta divina è espressione della stessa giustizia divina, poiché grazia all'incarnazione Dio ha concesso sia salvezza che la giustizia:«Siamo pienamente giustificati per il fatto che siamo liberati da tutti i peccati, e siamo stati liberati da tutti i peccati perché il Figlio di Dio, che era senza peccato, è stato ucciso per noi. Saremo, dunque, salvi dall'ira per mezzo di lui; sì, salvi dall'ira di Dio che non è altro che una giusta vendetta. Perché l'ira di Dio non è, come quella dell'uomo, un perturbamento dell'anima, ma è l'ira di Colui al quale la Sacra Scrittura dice in un altro passo: Tu che sei il Signore della virtù, giudichi con tranquillità»[53].

Tuttavia, la logica del contrappasso, spiega Agostino, si rende compatibile soltanto dentro la dimensione escatologica della giustizia divina, non potendosi dunque adeguare perfettamente ed applicare nell'ambito della giustizia umana:«Rendere male per male sembra giustizia: ma non è la giustizia di Colui del quale è detto che fa sorgere il suo sole sopra i buoni e i malvagi. Dio infatti, anche quando punisce i peccatori, non infligge loro un male suo, ma li abbandona ai loro mali. Ecco – dice – ha partorito ingiustizia, ha concepito sventura e generato iniquità; ha aperta una buca e l'ha scavata ed è caduto nella fossa che ha fatta; il suo male ricadrà sul suo capo, e discenderà sulla sua testa la sua iniquità. Dunque, quando Dio punisce, punisce come giudice coloro che hanno trascurata la legge, non cagionando loro un male che deriva da Lui stesso, ma ricacciandoli in ciò che essi medesimi hanno scelto per colmare la somma delle loro miserie. L'uomo invece, quando restituisce male per male, lo fa con intenzione malvagia: per questo egli stesso per primo è malvagio, mentre vuole punire il male»[54].

Per Agostino insomma il contrappasso, rendere il male al male, è un criterio di giustizia, *rectius* vendetta divina, su cui poter fare affidamento per la punizione dei rei da parte di Dio, ma è un criterio non troppo affidabile se applicato nell'ambito della giustizia umana, poiché l'uomo non è in grado di utilizzare il suddetto strumento punitivo senza l'illuminazione divina, come si evince dalla circostanza per cui l'uomo, il più delle volte, non persegue la

---

e al giudizio dell'uomo. Certamente, coloro ai quali il Signore si è recato e ai quali ha rivolto la sua parola, non hanno scusa per il loro grande peccato d'incredulità, e non possono dire: Non l'abbiamo visto, non l'abbiamo sentito. Sia che tale scusante fosse stata accettata o respinta da colui i cui giudizi sono imperscrutabili, certamente, anche se non avrebbero evitato ogni condanna, avrebbero tuttavia subìto una condanna un po' più lieve»: AGOSTINO, *Commento al Vangelo di Giovanni*, 89,4, Città Nuova, Roma, 2005, p. 983.

[53] AGOSTINO, *La trinità*, Città Nuova, Roma, 1998, pp. 418-419.

[54] AGOSTINO, *Esposizioni sui salmi*, 5,10.

giustizia, ma semplicemente si limita a rifuggire il castigo[55].

Per Tommaso d'Aquino, invece, il peccato è una lesione dell'essere dell'uomo, cioè della sua stessa natura, ovvero della sua stessa razionalità:«Il peccato consiste sempre nel fatto che uno trasgredisce la regola della ragione, la quale sta agli atti umani come la riga sta al disegno geometrico»[56].

Dato il ruolo centrale di cui la ragione gode nel sistema tomista, è grazie ad essa che si può *intelligere* la dimensione morale dell'esistenza[57], cioè la distinzione tra ciò che è bene e ciò che è male[58], con la conseguenza, evidente e razionale, che la giustizia divina retribuirà ciò che si è fatto, il male con il male, il bene con il bene[59].

Per Tommaso dunque il male viene ripagato con il male[60], così che il reo, cioè colui che avrà violato i precetti della legge divina, di quella eterna, di quella naturale o di quella umana[61], sarà sottoposto al male della pena che è

---

[55] «Siamo liberi, in quanto ci dilettiamo nella legge di Dio: è la libertà che ci procura questo diletto. Finché è il timore che ti porta ad agire in modo giusto, vuol dire che Dio non forma ancora il tuo diletto. Finché ti comporti da schiavo, vuol dire che ancora non hai riposto in Dio la tua delizia: quando troverai in lui la tua delizia, sarai libero. Non temere il castigo, ama la giustizia»: Agostino, *Commento al Vangelo di Giovanni*, 41,10, Città Nuova, Roma, 2005, p. 678.

[56] Tommaso D'Aquino, *Summa theologiae*, I-II, q. 73, a. 2 ad 2.

[57] «Nella prospettiva morale cristiana, c'è un posto per la ragione, la quale è capace di discernere la legge morale naturale. La ragione può riconoscerla considerando ciò che è bene fare e ciò che è bene evitare per il conseguimento di quella felicità che sta a cuore a ciascuno, e che impone anche una responsabilità verso gli altri, e, dunque, la ricerca del bene comune. In altre parole, le virtù dell'uomo, teologali e morali, sono radicate nella natura umana. La Grazia divina accompagna, sostiene e spinge l'impegno etico ma, di per sé, secondo san Tommaso, tutti gli uomini, credenti e non credenti, sono chiamati a riconoscere le esigenze della natura umana espresse nella legge naturale e ad ispirarsi ad essa nella formulazione delle leggi positive, quelle cioè emanate dalle autorità civili e politiche per regolare la convivenza umana»: Benedetto XVI, *I maestri. Francescani e domenicani*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2010, p. 110.

[58] «La misura dei fatti morali è la ragione. Perciò in morale certe cose dovranno dirsi buone ed altre cattive in base al fine della ragione. Ecco perché le azioni morali che derivano la specie dal fine conforme alla ragione sono specificamente buone; mentre quelle che derivano la specie da un fine contrario alla ragione sono specificamente cattive»: Tommaso D'Aquino, *Summa contra gentiles*, III, 9,1.

[59] «Il castigo sta alla colpa come il premio al merito. Ora, secondo la divina giustizia ad un merito temporale è dovuto un premio eterno (Gv. 6,40): – Chiunque vede il Figlio e crede in lui, ha la vita eterna –. Quindi secondo la divina giustizia per una colpa temporale è dovuta una pena eterna»: Tommaso D'Aquino, *Summa theologiae*, III, q. 99, a.1, ad 1, *contra*.

[60] Nell'ottica tomista il male è inteso come privazione del bene:«Il male non è altro che la privazione di ciò che una cosa è fatta per avere e deve avere: questo è infatti presso tutti il significato del termine male. Ma la privazione non è un'entità, bensì la negazione esistente di una sostanza. Dunque il male nelle cose non è un'entità positiva»: Tommaso D'Aquino, *Summa contra gentiles*, III, 7,1.

[61] Sulla quadripartizione della legge nel pensiero di Tommaso cfr. Cotta Sergio, *Il concetto di legge nella Summa Theologiae di S. Tommaso d'Aquino*, Giappichelli, Torino. 1955.

proporzionata alla natura del male che deve retribuire[62].

La punizione è richiesta proprio dalle esigenze della giustizia divina[63], poiché Dio non è solo legislatore[64], ma anche giudice e come tale non potrebbe sottrarsi al giudizio[65], con la necessaria condanna dei colpevoli secondo la propria colpa[66], infliggendo loro una pena commisurata ed uguale al male da essi causato, e premiazione dei meriti ,[67] tipicamente come quelli dei santi[68].

Tommaso chiarisce inoltre come il merito sta al premio, la colpa sta alla

---

[62] «Avendo la pena due dimensioni, cioè l'intensità del dolore e la durata, la gravità della pena corrisponde alla gravità della colpa sotto l'aspetto dell'intensità del dolore, per cui in base alla maggiore gravità del peccato uno riceve un castigo più doloroso, secondo le parole dell'Apocalisse (18, 7): – Tutto ciò che ha speso per la sua gloria e il suo lusso, restituiteglielo in tanto tormento e afflizione –. Ma la durata della pena non corrisponde alla durata della colpa, come nota S. Agostino (De civ. Dei 21, 11): infatti l'adulterio, che viene perpetrato in un momento, nemmeno secondo le leggi umane viene punito con una pena momentanea. La durata della pena si riferisce invece alla disposizione di chi pecca. Chi pecca infatti in una data città, o stato, per ciò stesso diviene talora degno di essere eliminato del tutto da quella comunità, o con l'esilio perpetuo, oppure anche con la morte. Talora invece non diventa degno di essere escluso del tutto dal consorzio civile: e così per renderlo un membro degno della collettività gli viene inflitta una pena più lunga o più breve secondo che lo richiede la sua guarigione, in modo che possa vivere nel consorzio civile in maniera conveniente e pacifica. Ora, anche secondo la divina giustizia uno per il peccato può rendersi degno di essere del tutto separato dalla città di Dio»: Tommaso D'Aquino, *Summa theologiae*, III, q. 99, a. 1, *ad demonstratio*.

[63] «Punire o premiare spetta a colui che ha il compito di imporre la legge; poiché i legislatori spingono all'osservanza della legge mediante il premio e la punizione. Ma dare la legge agli uomini è un compito della divina provvidenza, com'è evidente da quanto abbiamo detto. Dunque spetta a Dio punire e premiare gli uomini»: Tommaso D'Aquino, *Summa contra gentiles*, III, 140, 1.

[64] «Le creature ragionevoli, come abbiamo detto sopra, sono sottoposte alla divina provvidenza in modo tale da partecipare anche una somiglianza di essa, in quanto hanno la capacità di governare nei loro atti se stesse ed altri esseri. Ora il mezzo con cui si governano gli atti di qualcuno è chiamato legge. Dunque era conveniente che agli uomini Dio desse una legge»: Tommaso D'Aquino, *Summa contra gentiles*, III, 114,2.

[65] «Il giudice non ha l'autorità di sottrarre un colpevole al castigo»: Gilson Etienne, ult. op. cit., p. 522.

[66] «La pena mostrò quanto la colpa merita: infatti il Signore piovve su Sodomia e Gomorra zolfo e fuoco dal cielo. Dio non volle affidare l'esecuzione di questo castigo ad angeli o a uomini, ma riservò a se stesso la vendetta per un delitto così grave secondo quanto è detto: – Mia è la punizione, io li ripagherò –. (Deut., 32,35). Perciò il Signore riversò una pioggia da sé, non pioggia d'acqua o di rugiada, ma di zolfo e di fuoco, zolfo sul fetore della lussuria, fuoco sull'ardore della libidine, affinché la pena fosse il contrappasso della colpa»: Lotario Di Segni, *La miseria della condizione umana*, Mondadori, Milano, 2004, p. 82

[67] «Gli atti umani devono ricevere da Dio o la pena, o il premio»: Tommaso D'Aquino, *Summa contra gentiles*, III, 140,1.

[68] «Si capisce perché la chiesa fin dalle sue origini abbia additato alcuni fedeli come santi per eccellenza, dichiarando cioè autorevolmente che essi, avendo sulla terra accolto e seguito fino in fondo gli inviti amorosi del Signore, sono ora nella patria celeste a lui uniti in modo particolarmente intimo e preminente»: Molinari Piero, voce *Santo*, in *Nuovo dizionario di spiritualità*, Edizioni Paoline, Roma, 1982, p. 1384.

pena ,[69] ma che la pena è un male necessario, poiché la colpa è il male causa del male pena[70], e più grande della colpa.

Causa del male, tuttavia, è sempre da considerarsi l'uomo, e mai Dio, mentre, al contrario, per quanto riguarda la pena come risposta al male, autore ne è sempre Dio[71].

La pena irrogata dalla giustizia divina è comunque commisurata alla gravità del fatto illecito da punire e quindi tiene conto delle varie differenze di intensità dei diversi delitti:«Secondo le differenze e l'ordine dei vari beni devono riscontrarsi anche le differenze e l'ordine delle varie pene»[72].

In definitiva, per quanto riguarda il contrappasso, esso si configura come criterio del divino giudizio determinato secondo la norma della giustizia commutativa, «in quanto i premi sono da essa adeguati ai meriti, e le punizioni ai peccati»[73].

4. *Conclusioni*

La teologia del contrappasso, in conclusione, si propone non solo come forza illuminante della natura del diritto in genere e del contrappasso in specie, ma consente di ri-tematizzare e ri-problematizzare i concetti di pena

---

[69] «Come il merito sta al premio, così la colpa alla pena. Ma il premio è un bene più grande del merito. La pena, dunque, un male più grande della colpa»: Tommaso D'Aquino, *Il male e la libertà*, Bur, Milano, 2002, p. 213.

[70] «La pena è un male più grande della colpa. Ma si può rilevare che la colpa è un male più grande della pena, perché la colpa è anche la causa di questa pena»: Tommaso D'Aquino, ult. op. cit., p. 215.

[71] «Poiché dunque il male della colpa è il male nell'atto della volontà, mentre il male della pena è la privazione di ciò di cui la volontà può disporre in qualunque modo per una buona operazione, ne risulta che il male della colpa, e non quello della pena, rende l'uomo cattivo in senso assoluto. Poiché Dio è la stessa essenza della bontà, quanto più qualche cosa è estranea a Dio, tanto più ha il carattere di male. Ora, la colpa è estranea a Dio più della pena: infatti, Dio è autore della pena non autore della colpa. Da ciò, dunque, appare che la colpa è un male più grande della pena. D'altra parte, la causa per cui Dio è autore della pena, ma non della colpa, si desume da quanto segue. Il male della colpa, che è nell'atto della volontà, si oppone direttamente all'atto della carità, che è la perfezione prima e principale della volontà. Ora, la carità ordina l'atto della volontà verso Dio; ma non solo in modo tale che l'uomo goda del bene divino, questo, infatti, appartiene all'amore che si dice di concupiscenza, ma in quanto il bene divino è nello stesso Dio, cosa che appartiene all'amore di amicizia […]. Il male della colpa non può, quindi, provenire da Dio. Ma Dio può volere che lo stesso bene divino, come ogni altro bene a lui subordinato, sia tolto a chi non possiede una buona disposizione verso esso: infatti, il bene dell'ordine esige che nessuno abbia ciò di cui non è degno. Ora, la stessa sottrazione del bene increato o di qualsiasi altro bene da colui che ne è indegno, ha la natura di pena. Dio è, dunque, autore della pena, ma non può essere autore della colpa»: Tommaso D'Aquino, ult. op. cit., pp. 227-229.

[72] Tommaso D'Aquino, *Summa contra gentiles*, III, 141, 1.

[73] Tommaso D'Aquino, *Summa theologiae*, II-II, q. 61, a. 4.

e colpa la cui crisi odierna altro non è che il riflesso della più generale crisi del diritto[74].

In un'epoca in cui, infatti, il diritto è arbitrariamente privato della sua verità[75], anche i concetti di colpa e di pena perdono il loro significato e la richiesta di giustizia rimane inascoltata, prigioniera delle vertigini del mero proceduralismo. La teologia del contrappasso, invece, suscita dei nuovi interrogativi circa i concetti di responsabilità e libertà la cui carica e valenza etica e giuridica non sono state ancora del tutto ostracizzate dalla forza dell'imperante formalismo giuridico che inevitabilmente traghetta la natura, l'anima stessa del diritto verso gli oscuri e nebbiosi inferi del nichilismo giuridico[76].

La teologia del contrappasso esprime, allora, nell'ambito della pena quella speranza di salvezza per la verità del diritto (penale) che la teologia ordinariamente esprime per la salvezza delle anime.

La crisi della giustizia, infatti, è il frutto più maturo della crisi della metafisica in genere e della teologia in particolare, crisi che trasforma il diritto in comando, la legge in volontà, la pena in termini puramente esteriori e, in ultima analisi, sostanzialmente ed autenticamente in ingiustizia.

Lo stesso Gianni Vattimo, infatti, riconosce che «la crisi della nostra giustizia penale, negli aspetti che non sono riportabili a ragioni funzionali, è appunto uno dei modi in cui si rivela nel nostro mondo la crisi della metafisica»[77].

La teologia del contrappasso, in ultimissima analisi, può, dunque, contribuire a dimostrare che il diritto possiede un proprio senso, cioè una propria verità[78], e che, se così non fosse, la totale elisione della teologia, dalla scena epistemica in genere e da quella giuridica in particolare, rischia di condannare non solo l'essenza e l'esistenza dello stesso diritto, compreso ovviamente quello penale, ma l'intera realtà nella sua globalità, così come ha puntualmente notato Max Horkheimer:«La dimensione teologica sarà soppressa. E, con essa, scomparirà dal mondo ciò che noi chiamiamo senso»[79].

---

[74] Joseph Ratzinger, *La crisi del diritto*, Parole di ringraziamento in occasione del conferimento della laurea honoris causa della Facoltà di giurisprudenza della LUMSA, 10/11/1999

[75] Natalino Irti, *Diritto senza verità*, Laterza, Bari, 2011.

[76] «Nichilismo e formalismo sono stretti da un'intima fraternità: l'uno conduce all'altro»: Natalino Irti, *Nichilismo giuridico*, Laterza, Bari, 2005, p. 26.

[77] Gianni Vattimo, *Nichilismo ed emancipazione. Etica, politica, diritto*, Garzanti, Varese, 2003, p. 169.

78 «Un senso che non fosse al contempo anche verità, sarebbe un non-senso»: Joseph Ratzinger, *Introduzione al cristianesimo*, Queriniana, Brescia, 2005, p. 69.

[79] Horkheimer Max, *La nostalgia del totalmente altro*, Brescia, 2008, p. 103.

Diritto e religioni

PARTE II

Presentazione

Nel presente numero vengono pubblicate due sentenze, una del T.A.R. per la Lombardia ed una del Consiglio di Stato.

La sentenza del T.A.R. Lombardia di Milano ha affrontato la questione relativa alla necessità, in virtù dell'art. 52, comma 3 bis, l. reg. Lombardia, n. 12/2005, del previo permesso di costruire in caso di destinazione di un immobile a luogo di culto. Il G.A., nel riconoscere la legittimità del provvedimento della P.A. con il quale è stato rilevato l'uso improprio a luogo di culto di un immobile, ha posto in risalto che la destinazione di un edificio a luogo di culto la si evince non dalla qualificazione che ne fa l'ente che lo gestisce, ma dalle effettive attività che in tale edificio vengono svolte. A tal riguardo il T.A.R. sancisce che il rilevante numero di persone intente a pregare, l'inserimento dell'associazione che detiene l'immobile nell'albo delle associazioni e organizzazioni religiose presenti sul territorio e le stampe di pagine internet dalle quali risulta lo svolgimento di attività di culto in quell'edificio, sono elementi da cui dedurre che l'edificio costituisce un forte centro di aggregazione umana e che, quindi, la sua destinazione funzionale è quella a luogo di culto. La sentenza statuisce, altresì, che l'assenza nei locali oggetto del provvedimento amministrativo di simboli o oggetti sacri non può escludere la destinazione dei locali stessi a luogo di culto, in quanto simboli ed oggetti sacri "*notoriamente, non sono necessariamente presenti nei luoghi di culto della religione islamica*".

La sentenza del Consiglio di Stato tratta della retrocessione, ai sensi dell'art. 8 l. n. 848/1291, agli enti ecclesiastici di parte dei fabbricati dei conventi soppressi. Con questa decisione il Consiglio di Stato ribadisce che la retrocessione dei beni realizza il trasferimento della proprietà degli stessi e non il mero uso in concessione. Interessante, poi, è la fattispecie concreta del giudizio definito con questa sentenza; infatti, argomentando a contrario rispetto a quanto statuito, si può sostenere che a tali trasferimenti possano essere apposte condizioni al cui avverarsi il diritto domenicale dovrebbe essere, a sua volta, oggetto di retrocessione.

Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia Sez. II di Milano, 2° gennaio 2015 n. 216

Edificio – Destinazione a luogo di culto – Previo permesso di costruire – Necessità
Destinazione edificio a luogo di culto della religione islamica – Presenza simboli religiosi – Non necessaria.

La destinazione funzionale a luogo di culto può dirsi impressa allorché l'edificio costituisca un forte centro di aggregazione umana. Pertanto, l'utilizzo dell'edificio a luogo di culto, per la sua incidenza urbanistica ed edilizia, necessita del previo rilascio di un permesso di costruire(1).

Ai fini della destinazione di un edifico a luogo di culto della religione islamica non è necessaria la presenza di testi sacri, simboli o effigi religiose(2).

Omissis (…)

FATTO e DIRITTO

1. Con provvedimento del 10 dicembre 2013 il Comune di Milano ha rilevato un uso improprio a luogo di culto di locali del seminterrato dell'immobile situato (…), in contrasto con la destinazione d'uso a "laboratorio"; ha quindi affermato la necessità del permesso di costruire, come richiesto dall'art. 52, c. 3 bis, l. reg. Lombardia, n. 12/2005 ed ha comunicato che, ove l'associazione culturale (…) non avesse desistito dall'utilizzo improprio dell'immobile in assenza del prescritto titolo abilitativo, entro il termine perentorio di trenta giorni, avrebbe instaurato il procedimento volto all'applicazione dell'art. 37, d.P.R. n. 380/2001.

2. Il sig. (…), rappresentante dell'associazione culturale, impugna tale determinazione, articolando le seguenti doglianze:

I. eccesso di potere per difetto di motivazione e per mancata indicazione della tipologia di culto asseritamente praticato;

II. violazione e falsa applicazione dell'art. 52, l. reg. Lombardia, n. 12/2005 e dell'art. 37, c. 1, d.P.R. n. 380/2001; travisamento dei fatti;

III. eccesso di potere per difetto di istruttoria;

IV. eccesso di potere per manifesta illogicità della motivazione; violazione dell'art. 27 Cost.

3. (…)

5. La prima censura, con cui viene lamentato il difetto di motivazione del provvedimento impugnato, è infondata.

Il provvedimento pone chiaramente a fondamento dell'ordine inibitorio il mutamento della destinazione d'uso di alcuni locali da laboratorio a luogo di culto.

Quanto alla mancata indicazione della tipologia di culto ivi praticata, essa non ha alcun rilievo: la norma applicata, l'articolo 52 c.3 bis, l. reg. Lombardia, n. 12/2005,

assoggettando a permesso di costruire i mutamenti di destinazione d'uso di immobili finalizzati alla creazione di luoghi di culto, non opera alcuna distinzione a seconda della religione praticata.

6. Con il secondo motivo il ricorrente lamenta la violazione dell'art. 52, l. reg. Lombardia, n. 12/2005 e dell'art. 37, d.P.R. n. 380/2001, in quanto sarebbe errato il presupposto sulla base del quale è stato adottato il provvedimento impugnato, e per illogicità della motivazione: i locali in questione non sarebbero mai stati utilizzati per finalità diverse da quelle associative; l'associazione che vi ha sede non sarebbe un'associazione religiosa ma essenzialmente laica; né il provvedimento impugnato né gli atti presupposti attesterebbero la presenza, all'interno della struttura, di testi sacri, simboli o effigi religiose.

Con il terzo motivo viene lamentato il vizio del difetto di istruttoria in quanto il provvedimento si baserebbe su un unico accesso ai locali dell'associazione e non sarebbe stato quindi accertato che gli stessi sono stabilmente utilizzati come luogo di culto.

7. I motivi, che possono essere trattati congiuntamente perché strettamente connessi sul piano logico e giuridico, sono infondati.

8. Con il provvedimento impugnato il Comune di (…) ha contestato la modifica della destinazione d'uso dei locali dell'associazione culturale (…) da laboratorio a luogo di culto e la mancanza di permesso di costruire, richiesto dall'art. 51, c. 3 bis, l. reg. Lombardia, n. 12/2005 in caso di "*mutamenti di destinazione d'uso di immobili, anche non comportanti la realizzazione di opere edilizie, finalizzati alla creazione di luoghi di culto e luoghi destinati a centri sociali*".

Tale utilizzo è provato da quanto riferito alla polizia municipale dallo stesso ricorrente e da abitanti del vicinato circa lo svolgimento di incontri di preghiera e da quanto accertato dalla stessa polizia in data 27.8.2010, la quale ha rilevato l'accesso ai locali di circa una trentina di persone (doc. n. 4 e n. 14 dell'amministrazione).

La correttezza dell'attività istruttoria svolta è dimostrata dai successivi accertamenti compiuti dalla polizia municipale la quale – come risulta dai rapporti del 20 febbraio 2014 (doc. 8 dell'amministrazione) e del 17 ottobre 2014 (doc. 25 dell'amministrazione) - ha effettuato ulteriori sopralluoghi ed ha accertato l'utilizzo dei locali come luogo di culto, rilevando la presenza di una pluralità di persone riunite in preghiera (in una occasione fino a 70/80), nei primi mesi del 2014 e nei mesi di settembre e ottobre 2014.

A differenza di quanto sostiene il ricorrente, tali atti, sebbene successivi all'adozione del provvedimento impugnato, assumono rilievo in questo giudizio in forza di quanto previsto dall'art. 21 octies, l. n. 241/1990.

La norma dispone, invero, che non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Nel caso di specie si è indubbiamente al cospetto di un'attività vincolata, qual è quella volta alla repressione degli abusi edilizi.

Gli accertamenti compiuti dall'amministrazione con gli atti sopra richiamati – i quali, come tutti i verbali provenienti da pubblici ufficiali, hanno efficacia di piena prova, fino a querela di falso, ai sensi dell'art. 2700 c.c. relativamente alla provenienza dell'atto dal pubblico ufficiale che lo ha formato, alle dichiarazioni delle parti e agli altri fatti che il pubblico ufficiale attesti avvenuti in sua presenza o da lui compiuti – confermano che i locali in questione non sono destinati all'uso, autorizzato, a laboratorio, ma a luogo di culto.

Il rilevante numero di persone, intente a pregare, che è risultato essere presente nei locali dell'associazione palesa, invero, un utilizzo degli stessi che, per la sua incidenza urbanistica ed edilizia, necessita del previo rilascio di un permesso di costruire (cfr. Tar Lombardia, Milano, sez. II, 8 novembre 2013, n. 2486, secondo cui la destinazione funzionale a luogo di culto può dirsi impressa allorché l'edificio costituisca un forte centro di aggregazione umana).

Tali atti dimostrano, così, la correttezza dell'ordine inibitorio impartito.

Assume parimenti rilievo, quale ulteriore dimostrazione della correttezza dell'attività istruttoria svolta dalla p.a., la documentazione depositata in giudizio dall'amministrazione, in particolare quella che attesta l'inserimento dell'associazione (…) nell'albo delle associazioni e organizzazioni religiose presenti sul territorio della città di (…), approvato con determinazione dirigenziale n. 124 del 6.8.2013, e le stampe di pagine internet dalle quali risulta lo svolgimento di attività di culto nella sede di via (…).

Non può, poi, addursi l'assenza nei locali in questione di simboli od oggetti sacri che, notoriamente, non sono necessariamente presenti nei luoghi di culto della religione islamica.

Legittimamente, pertanto, il provvedimento impugnato ha contestato un mutamento abusivo della destinazione d'uso dei locali in questione.

9. Con il quarto motivo (…).

10. Per le ragioni esposte il ricorso è infondato e va, pertanto, respinto.

11. (…).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

(…)

Consiglio di Stato, Sez. V, 31 agosto 2015, n. 4031

Retrocessione beni ex art. 8 l. n. 848/1929 – Contratto di alienazione – Trasferimento del diritto di proprietà

La retrocessione agli enti religiosi di una parte dei fabbricati dei conventi soppressi, a norma dell'art. 8 l. n. 848/1929, si realizza attraverso un contratto di alienazione con il quale viene trasferita la proprietà del bene e non il mero uso dello stesso in concessione.

Omissis (…)

FATTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al TAR per il Lazio i ricorrenti Frati Minori (…) invocavano l'annullamento:

I) del provvedimento del Comune di (…) prot. n. 306 del 19.01.2012, avente ad oggetto: la revoca dei provvedimenti autorizzatori nn. 1748 e 1749 emessi il 24.3.2006 e relativi all'esercizio di attività di ristorazione e Casa per Ferie, la dichiarazione di decadenza della concessione di cui alla delibera podestarile n. 93 dell'8.8.1935 rilasciata in ordine all'edificio denominato Convento di (…) ed annesso terreno, nonché l'ordine di immediato rilascio del suddetto immobile;

II) del verbale di deliberazione della Giunta Municipale del Comune di (…) n. 100 del 22.09.2011, recante avviso di avvio del procedimento ex art. 10 bis L. n. 241/1990, avente ad oggetto "Retrocessione cespiti ex fondo del culto. Convento dei (…) ed annesso terreno. Direttiva";

III) della delibera podestarile n. 93 dell'8 agosto 1935.

2. Il TAR, disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso formulata dal Comune di (…) con riferimento all'omessa tempestiva impugnazione della deliberazione di G.C. n. 100 del 22.9.2011 e riconosciuta natura proprietaria alla situazione giuridica della Minoritica Provincia (…), respingeva il ricorso valorizzando la clausola contenuta nella delibera podestarile 8 agosto 1935, richiamata quale presupposto nel contratto di cessione del 27 gennaio 1936. In particolare, secondo il primo giudice la suddetta clausola avrebbe caratterizzato la posizione giuridica incisa dall'amministrazione in termini di proprietà risolubile, vietando la subconcessione degli stabili, adoperando un termine da intendersi come esemplificativo di un'ampia gamma di situazioni - non necessariamente aventi natura di diritto reale strettamente inteso - ritenute non conformi allo scopo dell'attribuzione degli stessi all'Ordine religioso. Pertanto, la declaratoria di decadenza pronunciata dall'amministrazione comunale veniva valutata immune dai vizi denunciati dagli originari ricorrenti.

Quanto, invece, all'azione di annullamento proposta avverso la revoca delle autorizzazioni del 2006, il TAR, accertatane l'assenza di autonoma lesività, la dichiarava inammissibile per difetto di interesse.

3. Con l'odierno gravame gli originari ricorrenti denunciano l'erroneità della sentenza indicata in epigrafe per le seguenti ragioni: a) oggetto di condizione non

potrebbe essere il diritto di proprietà ma solo il suo trasferimento, essendo il diritto di proprietà perpetuo e la proprietà temporanea eccezionale. Sicché la conclusione del TAR contrasterebbe con il principio di tipicità dei diritti reali. Tra i patti e condizioni elencati nell'atto di cessione del 27 gennaio 1936 non vi sarebbe alcun riferimento a condizioni risolutive. Né potrebbe dirsi che quest'ultimo avrebbe recepito quelle contenute nella delibera podestarile n. 93/1935. La possibilità che i beni conventuali possano ritornare al comune sarebbe mera esplicazione del principio ex art. 827 c.c. La condizione risolutiva, anche a volerla ritenere esistente a distanza di 70 anni, sarebbe inefficace, altrimenti si svuoterebbe di contenuto il diritto di proprietà. In questo senso militerebbero l'art. 1379 c.c., l'art. 965 comma 3 c.c., l'art. 1501 c.c., l'art. 1158 c.c.

b) la cessione è avvenuta con atto di diritto privato, pertanto anche la paventata decadenza sarebbe dovuta avvenire secondo gli ordinari strumenti civilistici.

c) in ogni caso non sarebbe integrato il presupposto contenuto nella delibera podestarile non essendoci stato "abbandono" degli stabili, tale non potendosi ritenere il contratto di locazione a favore di (…) s.r.l., il contratto in questione, infatti, avrebbe ad oggetto solo alcune particelle. Inoltre, l'attività recettizia sarebbe rivolta ai gruppi di preghiera e le attività pastorali si svolgerebbero in loco, l'officiatura della chiesa sarebbe in mano ai religiosi, che avrebbero mantenuto la disponibilità di alcuni locali. Inoltre il convento sarebbe destinato a diventare la sede Provinciale della Minoritica.

d) sarebbe assente l'indicazione di un interesse pubblico in violazione di quanto disposto dall'art. 21-*quinquies*, l. 241/90. Inoltre, il provvedimento impugnato rappresenterebbe una misura abnorme rispetto alle violazioni contestate, come dimostra anche il fatto che lo stesso Comune con il provvedimento n. 5313 del 9 novembre 2007 aveva autorizzato la (…) s.r.l. alla gestione di una struttura denominata (…) con la classificazione: "Casa per ferie". Inoltre il provvedimento contrasterebbe con la *ratio* della delibera podestarile n. 93 dell'8 agosto 1935, che sarebbe quella di scongiurare che i Frati cessino di essere presenti nel comprensorio di (…) e di garantire che il complesso conventuale non resti disabitato. Inoltre, le modalità gestionali dell'immobile sarebbero in linea con quanto disposto dall'atto di cessione del 27 gennaio 1936.

e) la sentenza non avrebbe adeguatamente motivato in relazione all'eccezione di usucapione, dal momento che la clausola risolutiva non può interrompere l'usucapione.

f) infine il giudice di primo grado sarebbe incorso in violazione di legge omettendo di disporre a carico del Comune di (…) la corresponsione dell'indennizzo ex art. 21-*quinquies*, l. 241/1990.

4. Il Comune di (…) si è costituito in giudizio con memoria, contenente appello incidentale condizionato e subordinato: l'amministrazione comunale invoca il rigetto del ricorso in appello dell'Associazione Frati Minori (…) e della Minoritica Provincia (…) ed in subordine domanda la riforma della sola parte motiva, fermo restando il rigetto e/o la declaratoria di inammissibilità del ricorso di primo grado. Quanto al primo profilo l'amministrazione fa presente che la pronuncia del T.A.R. non sarebbe contraddittoria nella parte in cui considera la clausola risolutiva compatibile con il diritto vantato dalla titolare in quanto l'apposizione di una condizione risolutiva al diritto di proprietà (c.d. proprietà risolubile) è del tutto pacifica tanto in dottrina quanto in giurisprudenza. In subordine, il Comune evidenzia l'erroneità dell'interpretazione resa dal giudice di prima istanza circa la natura della cessione dei beni di cui all'accordo del 27 gennaio 1936 in quanto siffatto trasferimento integrerebbe una cessione non della proprietà ma della mera disponibilità e/o utilizzabilità del

bene. L'amministrazione pone in luce, inoltre, l'inammissibilità della doglianza di illegittimità del provvedimento per carenza di potere in quanto motivo nuovo che gli appellanti avrebbero avuto onere di sollevare in primo grado.

(…).

DIRITTO

(…).

4. Nel merito l'appello principale è fondato nella parte in cui contesta il verificarsi in concreto degli eventi dedotti in condizione nella delibera podestarile. L'accoglimento del suddetto motivo esime il Collegio dall'esaminare l'eccezione di inammissibilità per violazione del divieto dei *nova* in appello in ordine alla doglianza con la quale si contesta che l'amministrazione comunale avrebbe dovuto utilizzare strumenti privatistici a tutela della propria posizione giuridica, sicché il provvedimento di decadenza sarebbe inficiato da carenza di potere.

4.1. La previsione di cui all'art. 20 del R.D. 7 luglio 1866, n. 3036, a norma della quale "*i fabbricati dei conventi (…) saranno conceduti ai Comuni ed alle Province*", realizzò il passaggio di proprietà dei beni acquisiti dallo Stato a favore degli Enti territoriali.

In seguito alla sottoscrizione del Concordato tra la Santa Sede e lo Stato italiano, gli stessi Comuni e Province, a norma dell'art. 8 della L. n. 848 del 27 maggio 1929, rilasciarono a loro volta congrua parte dei fabbricati dei conventi soppressi di cui fossero ancora proprietari purché la Chiesa che ad essi accedeva fosse stata conservata al pubblico culto. Nel caso di specie il Comune di (…) diede attuazione alla suddetta Legge attraverso la deliberazione podestarile del 18 agosto 1935 disponendo la cessione della struttura conventuale a vantaggio della Minoritica Provincia (…).

Il citato art. 8 L. n. 848/1929, pur non comportando l'emersione di un diritto soggettivo degli enti religiosi alla retrocessione, reca giustificazione e costituisce la causa dei trasferimenti gratuiti disposti dalle amministrazioni comunali e provinciali di immobili ex conventuali. Come già osservato da questa Sezione l'amministrazione è, infatti, tenuta *ex lege* e nel rispetto dei principi generali di trasparenza, imparzialità e ragionevolezza, ad assumere il provvedimento di rilascio avendo riguardo, al contempo, della situazione di fatto accertata e delle esigenze manifestate dal soggetto portatore della pretesa tutelata (C.d.S, Sez. V, 18 ottobre 2002, n. 5769).

Il trasferimento *de quo* reperisce la propria causa nella legge ed in particolare nel già menzionato art. 8 della legge n. 848 del 1929. A fronte del disposto dell'art. 15 del R.D. 2 febbraio 1929, n. 2262 (regolamento per l'esecuzione della legge 27 maggio 1929, n. 848) che consente il rilascio da parte dei comuni e delle province di una parte dei fabbricati dei conventi soppressi per essere destinata, a termine dell'art. 8 della legge, a rettoria della chiesa annessa, su domanda dell'Ordinario diocesano con decreto emesso dal Ministro per la Giustizia e gli Affari di culto di concerto con quello per l'Interno, le parti hanno inteso, invece, *expressis verbis* realizzare per il raggiungimento del medesimo fine un contratto di alienazione nel rispetto delle finalità enunciate dalla legge. Si tratta di un contratto attraverso il quale viene trasferita la proprietà del bene e non il mero uso dello stesso in concessione. Tanto si ricava non solo dagli argomenti utilizzati dal primo giudice, ma anche dalla diversa disciplina prevista per i fabbricati dei conventi soppressi, che non vedano più ivi la presenza dei religiosi. In questa diversa ipotesi, infatti, l'art. 20 del R.D. 2 febbraio 1929, n. 2262, prevede espressamente che i suddetti beni possano essere oggetto di concessione.

4.2. Va a questo punto sgombrato il campo da un argomento che non risulta rilevante ossia quello inerente la presunta usucapione del bene da parte della Minoritica.

Nella fattispecie, infatti, è evidente che la proprietà del bene è in capo a quest'ultima, sicché non è utile invocare la presenza di un acquisto a titolo originario, e ciò di cui si discute è l'eventuale perdita del diritto dominicale ad opera del provvedimento impugnato.

4.3. Venendo al merito in questa sede occorre soffermarsi sulla clausola della delibera podestarile, che l'amministrazione ha invocato a fondamento della declaratoria di decadenza, secondo la quale: "*l'Ordine Religioso dei Frati Minori non potrà subconcedere gli stabili così ceduti dal Comune, né alienare neanche minima parte del terreno annesso al convento. E qualora i Religiosi dovessero abbandonare gli stabili e trasferire altrove la Comunità, dovrà il tutto restituirsi al Comune senza compenso alcuno anche per i lavori di restauro che vi fossero stati eseguiti*". La suddetta clausola prevede dei limiti all'esercizio del diritto, stabilendo, inoltre, un'ipotesi al ricorrere della quale il diritto dominicale dovrebbe essere oggetto di retrocessione. Ossia il caso in cui l'Ordine religioso abbandoni il bene, trasferendosi altrove.

Ne deriva che soltanto la realizzazione dell'insieme delle suddette condizioni, e non di una soltanto, poteva essere posta a fondamento della declaratoria di decadenza e determinare l'obbligo di restituzione degli stabili a vantaggio del Comune.

Nella fattispecie, però, non si registra un abbandono di tutti gli stabili e certamente non vi è il trasferimento altrove della Comunità di religiosi.

È, infatti, documentato che, stante la perdurante officiatura della Chiesa da parte della Provincia dei Frati Minori, una porzione dei locali sia tuttora destinata allo svolgimento dell'azione pastorale: tale attività esclude da un lato l'ipotesi di abbandono del fabbricato e dimostra, al contempo, l'attuale coerenza della cessione rispetto alle finalità perseguite dalla Legge.

5. Ne deriva che non può condividersi la scelta operata dal primo giudice che, pur riconoscendo la situazione vantata dall'ordine religioso, ha conseguentemente ritenuto sufficiente ai fini della restituzione il verificarsi di uno soltanto degli eventi dedotti in condizione.

6. In definitiva, l'appello incidentale deve essere dichiarato inammissibile, l'appello principale, assorbita ogni altra questione, deve, invece, essere accolto con ciò che ne consegue in termini di riforma della sentenza impugnata e di accoglimento del ricorso di primo grado nella parte in cui invoca l'annullamento del provvedimento del Comune di (…) prot. 306 del 19.01.2012, avente ad oggetto "Provvedimento conclusivo di cui alla nota 4727 del 04.10.2011", (…), nella misura in cui dispone la dichiarazione di decadenza della "concessione di cui alla delibera podestarile n. 93 dell'8.8.1935, in ordine all'edificio denominato Convento di (…) ed annesso terreno", ed ordina l'immediato rilascio del suddetto immobile. (…).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

accoglie l'appello principale, dichiara inammissibile l'appello incidentale, e per l'effetto in riforma sentenza impugnata accoglie il ricorso di primo di grado nei sensi di cui in motivazione.

(…)

Presentazione

La sezione di legislazione e giurisprudenza canonica del presente numero si segnala ancora una volta per l'interesse dei documenti pubblicati, sia legislativi sia giurisprudenziali.

Per quanto concerne la parte relativa alla legislazione, pubblichiamo i documenti di riforma del processo canonico di nullità matrimoniale, ivi incluso il recente Rescritto del Santo Padre Francesco che chiarisce i dubbi interpretativi circa la sopravvivenza o meno del *Motu Proprio Qua Cura,* che aveva istituito con competenza speciale in materia di procedimenti di nullità matrimoniale i Tribunali Ecclesiastici Regionali in Italia. La ragione fondativa di quel documento era indubbiamente rappresentata dall'esigenza di razionalizzare la giurisdizione ecclesiastica in un paese, l'Italia, caratterizzato da un numero elevato di diocesi. Da questo punto di vista se da un lato la *ratio* normativa della riforma, la pastoralità e dunque la centralità della funzione del vescovo diocesano, richiedeva l'applicazione anche sul territorio italiano della stessa, il timore che l'eccesso di parcellizzazione della giurisdizione ecclesiastica possa essere causa di disfunzioni nell'esercizio della giurisdizione e di nocumento all'unità della giurisprudenza, permane. Forse occorrerà attendere l'intervento della CEI, che potrà suggerire ipotesi applicative del canone 1673 (paragrafi 1 e 2) al fine di consentire la migliore implementazione dei principi della pastoralità e gratuità, che sono stati posti a fondamento del progetto di riforma.

Di particolare importanza, tra i tanti aspetti dell'impianto normativo che coinvolge anche il processo rotale, è l'eliminazione dell'appello obbligatorio, dunque della doppia sentenza conforme, così come l'introduzione del cd. Processo breve, che segnano indubbiamente l'affermazione di istanze da tempo presenti nel mondo ecclesiale, che non erano stati recepite nell'Istruzione *Dignitas Connubii*, che riguardava, al contrario della presente riforma, solo la Chiesa Latina. Non vi è alcun dubbio che la riforma in alcuni aspetti coinvolga anche i rapporti tra la Chiesa e lo Stato, che quindi occorrerà avviare una riflessione sull'impatto che la stessa ha sul Concordato tra lo Stato e la Chiesa riformato nel 1984.

Nella parte giurisprudenziale, la Rivista pubblica una importante sentenza della Rota romana in tema di timore e di incapacità al consenso matrimoniale.

Lettera Apostolica in forma di «Motu proprio» del Sommo Pontefice Francesco 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

Francesco P.P.

Gesù, clemente e misericordioso Pastore e Giudice delle nostre anime, ha affidato all'Apostolo Pietro e ai suoi Successori il potere delle chiavi per compiere nella Chiesa l'opera di giustizia e verità. Questa suprema e universale potestà, di legare e di sciogliere qui in terra, afferma, corrobora e rivendica quella dei Pastori delle Chiese particolari, in forza della quale essi hanno il sacro diritto e davanti al Signore il dovere di giudicare i propri sudditi[1].

Il mio venerato predecessore, il santo pontefice Giovanni Paolo II, promulgando il Codice dei canoni della Chiese orientali, ebbe a sottolineare: "Fin dall'inizio della codificazione canonica delle chiese orientali, la stessa costante volontà dei romani pontefici di promulgare due codici, uno per la chiesa latina e l'altro per le chiese orientali cattoliche, dimostra molto chiaramente che essi volevano conservare ciò che è avvenuto per provvidenza divina nella chiesa, cioè che essa, riunita da un unico Spirito, deve respirare come con i due polmoni dell'Oriente e dell'Occidente e ardere nella carità di Cristo come con un solo cuore composto da due ventricoli"[2].

Seguendo anch'io la stessa scia, e tenendo conto del peculiare ordinamento ecclesiale e disciplinare delle Chiese orientali, ho deciso di emanare con un *Motu proprio* distinto le norme per riformare la disciplina dei processi matrimoniali nel Codice dei Canoni delle Chiese Orientali.

Nel volgere dei secoli la Chiesa in materia matrimoniale, acquisendo coscienza più chiara delle parole di Cristo, ha inteso ed esposto più approfonditamente la dottrina dell'indissolubilità del sacro vincolo del coniugio, ha elaborato il sistema delle nullità del consenso matrimoniale e ha disciplinato più adeguatamente il processo giudiziale in materia, di modo che la disciplina ecclesiastica fosse sempre più coerente con la verità di fede compresa fino in fondo. Tutto ciò è stato sempre fatto avendo come guida la legge suprema della salvezza delle anime.

In questa prospettiva, importantissimo è il ministero del Vescovo, il quale, secondo l'insegnamento dei Padri orientali, è giudice e medico, poiché l'uomo, ferito e caduto (*peptokós*) a causa del peccato originale e dei propri peccati personali, divenuto infermo, con le medicine della penitenza ottiene da Dio la guarigione e il perdono e viene riconciliato con la Chiesa. Il Vescovo infatti – costituito dallo Spirito Santo come figura di Cristo e al posto di Cristo ("*eis typon kai tòpon Christou*") – è anzitutto ministro della divina misericordia; pertanto l'esercizio della potestà giudiziale è il luogo privilegiato in cui, mediante l'applicazione dei principi della "*oikonomia*" e

[1] Cf. Concilio Oecumenico Vaticano II, Const. dogm. *Lumen Gentium*, n. 27.

[2] Giovanni Paolo II, Const. ap. *Sacri canones*, 18 ottobre 1990, Proemio, *AAS* 82 [1990], p. 1037.

della "*akribeia*", egli porta ai fedeli bisognosi la misericordia risanatrice del Signore.

Tutto ciò che ho stabilito con questo *motu proprio*, l'ho fatto 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.

Si segnalano alcuni criteri fondamentali che hanno guidato l'opera di riforma.

È parso opportuno, anzitutto, che non sia più richiesta una doppia decisione conforme in favore della nullità del matrimonio, affinché le parti siano ammesse a nuove nozze canoniche, ma che sia sufficiente la certezza morale raggiunta dal primo giudice a norma del diritto.

La costituzione del giudice unico, comunque chierico, in primo grado viene rimessa alla responsabilità del Vescovo, che nell'esercizio pastorale della propria potestà giudiziale dovrà assicurare che non si indulga a qualunque lassismo.

Affinché sia finalmente tradotto in pratica l'insegnamento del Concilio Vaticano II in un ambito di grande importanza, si è stabilito di rendere evidente che il Vescovo stesso nella sua Chiesa, di cui è costituito pastore e capo, è per ciò stesso giudice tra i fedeli a lui affidati. Si auspica pertanto che nelle grandi come nelle piccole eparchie lo stesso Vescovo offra un segno della *conversione* delle strutture ecclesiastiche[3], e non lasci completamente delegata agli uffici della curia la funzione giudiziaria in materia matrimoniale. Ciò valga specialmente nel processo più breve, che viene stabilito per risolvere i casi di nullità più evidente.

Oltre a rendere più agile il processo matrimoniale, si è disegnata una forma di processo più breve – in aggiunta a quello documentale come attualmente vigente –, da applicarsi nei casi in cui l'accusata nullità del matrimonio è sostenuta da argomenti particolarmente evidenti. Non mi è tuttavia sfuggito quanto un giudizio abbreviato possa mettere a rischio il principio dell'indissolubilità del matrimonio; appunto per questo ho voluto che in tale processo sia costituito giudice lo stesso Vescovo, che in forza del suo ufficio pastorale è con Pietro il maggiore garante dell'unità cattolica nella fede e nella disciplina.

L'appello alla Sede Metropolitana, come ufficio capitale della provincia ecclesiastica, stabile nei secoli, è un segno distintivo della primigenia forma della sinodalità nelle Chiese orientali, che deve essere sostenuto e incoraggiato.

I Sinodi delle Chiese orientali, che devono essere soprattutto spinti dall'ansia apostolica di raggiungere i fedeli dispersi, avvertano fortemente il dovere di condividere la predetta *conversione*, e rispettino assolutamente il diritto dei Vescovi di organizzare la potestà giudiziale nella propria Chiesa particolare. Il ripristino della vicinanza tra il giudice e i fedeli, infatti, non avrà successo se dai Sinodi non verrà ai singoli Vescovi lo stimolo e insieme l'aiuto a mettere in pratica la riforma del processo matrimoniale.

Insieme con la prossimità del giudice curino per quanto possibile i Sinodi, salva la giusta e dignitosa retribuzione degli operatori dei tribunali, che venga assicurata la gratuità delle procedure, perché la Chiesa, mostrandosi ai fedeli madre generosa, in una materia così strettamente legata alla salvezza delle anime manifesti l'amore gratuito di Cristo dal quale tutti siamo stati salvati.

Conviene finalmente che si mantenga l'appello al Tribunale ordinario della Sede Apostolica, cioè la Rota Romana, nel rispetto di un antichissimo principio giuridico,

---

[3] Cf. Francesco, Esortazione Apostolica *Evangelii gaudium*, n. 27, in *AAS* 105 (2013), p. 1031.

così che venga rafforzato il vincolo fra la Sede di Pietro e le Chiese particolari, avendo tuttavia cura, nella disciplina di tale appello, di contenere qualunque abuso del diritto, perché non abbia a riceverne danno la salvezza delle anime.

La legge propria della Rota Romana sarà al più presto adeguata alle regole del processo riformato, nei limiti del necessario.

Tutto ciò opportunamente considerato, decreto e statuisco che il Titolo XXVI del Codice dei canoni delle Chiese orientali, Capitolo I, Articolo I Le cause per la dichiarazione della nullità matrimoniale (cann. 1357-1377), dal giorno 8 dicembre 2015 sia integralmente sostituito come segue:

1.° Il foro competente e i tribunali

Can. 1357 § 1. Qualsiasi causa matrimoniale di un battezzato spetta per diritto proprio alla Chiesa.

§ 2. Fermi restando, dove sono vigenti, gli Statuti personali, le cause riguardanti gli effetti meramente civili del matrimonio, se sono trattate in modo principale, spettano al giudice civile; ma se sono trattate in modo incidentale e accessorio, possono essere esaminate e definite di propria autorità anche dal giudice ecclesiastico.

Can. 1358. Nelle cause di nullità del matrimonio, che non siano riservate alla Sede Apostolica, sono competenti: 1° il tribunale del luogo in cui il matrimonio fu celebrato; 2° il tribunale del luogo in cui una o entrambe le parti hanno il domicilio o il quasi-domicilio; 3° il tribunale del luogo in cui di fatto si debba raccogliere la maggior parte delle prove.

Can. 1359 § 1. In ciascuna eparchia il giudice nel primo grado del giudizio per le cause di nullità del matrimonio, per le quali il diritto non faccia espressamente eccezione, è il Vescovo eparchiale, che può esercitare la potestà giudiziale personalmente o per mezzo di altri, a norma del diritto.

§ 2. Il Vescovo costituisca per la sua eparchia il tribunale eparchiale per le cause di nullità del matrimonio, salva la facoltà per lo stesso Vescovo di accedere a un altro viciniore tribunale eparchiale o per diverse eparchie.

§ 3. Le cause di nullità del matrimonio sono riservate a un collegio di tre giudici. Esso deve essere presieduto da un giudice chierico, i rimanenti giudici possono anche essere altri fedeli cristiani.

§ 4. Il Vescovo Moderatore, se non è possibile costituire il tribunale collegiale nell'eparchia o nel vicino tribunale che è stato scelto a norma del § 2, affidi le cause a un unico giudice chierico che, ove sia possibile, si associ due assessori di vita specchiata, esperti in scienze giuridiche o umane, approvati dal Vescovo per questo compito; allo stesso giudice unico competono, salvo che risulti diversamente, le funzioni attribuite al collegio, al preside o al ponente.

§ 5. Il tribunale di primo grado per la validità deve sempre essere collegiale, secondo il disposto del precedente § 3.

§ 6. Dal tribunale di primo grado si appella al tribunale metropolitano di secondo grado, salvo il disposto dei cann. 1064 e 1067, § 5.

2.° Il diritto di impugnare il matrimonio

Can. 1360 § 1. Sono abili a impugnare il matrimonio: 1° i coniugi; 2° il promotore di giustizia, quando la nullità sia già stata divulgata e il matrimonio non può oppure non conviene che sia convalidato.

§ 2. Il matrimonio che non è stato accusato mentre erano viventi entrambi i coniugi, dopo la morte di uno di loro o di entrambi i coniugi non può essere accusato,

a meno che la questione di validità non sia pregiudiziale a un'altra controversia da risolvere sia in foro ecclesiastico sia in foro civile.

§ 3. Se invece un coniuge muore mentre è pendente la causa, si osservi il can. 1199.

3.° L'introduzione e l'istruzione della causa

Can. 1361. Il giudice, prima di accettare la causa, deve avere la certezza che il matrimonio sia irreparabilmente fallito, in modo che sia impossibile ristabilire la convivenza coniugale.

Can. 1362 § 1. Ricevuto il libello, il Vicario giudiziale, se ritiene che esso goda di qualche fondamento, lo ammetta e, con decreto apposto in calce allo stesso libello, ordini che una copia venga notificata al difensore del vincolo e, se il libello non è stato sottoscritto da entrambe le parti, alla parte convenuta, dandole il termine di quindici giorni per esprimere la sua posizione riguardo alla domanda.

§ 2. Trascorso il predetto termine, dopo aver nuovamente ammonito, se e in quanto lo ritenga opportuno, l'altra parte a manifestare la sua posizione, il Vicario giudiziale con proprio decreto determini la formula del dubbio e stabilisca se la causa debba trattarsi con il processo ordinario o con il processo più breve a norma dei cann. 1369-1373. Tale decreto sia subito notificato alle parti e al difensore del vincolo.

§ 3. Se la causa deve essere trattata con il processo ordinario, il Vicario giudiziale, con lo stesso decreto, disponga la costituzione del collegio dei giudici o del giudice unico con i due assessori secondo il can. 1359 § 4.

§ 4. Se invece viene disposto il processo più breve, il Vicario giudiziale proceda a norma del can. 1371.

§ 5. La formula del dubbio non chieda solo se consta della validità del matrimonio nel caso, ma deve definire per quale capo o per quali capi di nullità è impugnata.

Can. 1363 § 1. Il difensore del vincolo, i patroni delle parti, e, se partecipa al giudizio, anche il promotore di giustizia, hanno diritto: 1° di essere presenti all'interrogatorio delle parti, dei testimoni e dei periti, salvo restando il can. 1240; 2° di prendere visione degli atti giudiziari, anche se non ancora pubblicati, e di esaminare i documenti prodotti dalle parti.

§ 2. Le parti non possono assistere all'interrogatorio di cui nel § 1, n.1.

Can. 1364 § 1. Nelle cause di nullità del matrimonio, la confessione giudiziale e le dichiarazioni delle parti, sostenute da eventuali testi sulla credibilità delle stesse, possono avere valore di prova piena, da valutarsi dal giudice considerati tutti gli indizi e gli amminicoli, se non vi siano altri elementi che le confutino.

§ 2. Nelle medesime cause, la deposizione di un solo teste può fare pienamente fede, se si tratta di un teste qualificato che deponga su cose fatte d'ufficio, o le circostanze di fatti e di persone lo suggeriscono.

§ 3. Nelle cause di impotenza o di difetto di consenso per una malattia mentale o per anomalia di natura psichica il giudice si serva dell'opera di uno o più periti, a meno che non appaia dalle circostanze evidentemente inutile; in tutte le altre cause si osservi il can. 1255.

§ 4. Se nell'istruttoria della causa è emerso il dubbio molto probabile che il matrimonio non sia stato consumato, il tribunale, sentite le parti, può sospendere la causa di nullità del matrimonio e completare l'istruttoria per ottenere lo scioglimento del matrimonio sacramentale non consumato; quindi invii gli atti alla Sede Apostolica unitamente alla domanda di questo scioglimento, fatta da l'uno o l'altro o di entrambi i coniugi, e col voto del tribunale e del Vescovo eparchiale.

4.° La sentenza, le sue impugnazioni e la sua esecuzione

Can. 1365. La sentenza che per la prima volta ha dichiarato la nullità del matrimonio, decorsi i termini stabiliti nei cann. 1311-1314, diventa esecutiva.

Can. 1366 § 1. Alla parte, che si ritenga onerata, e parimenti al promotore di giustizia e al difensore del vincolo rimane il diritto di interporre querela di nullità della sentenza o appello contro la medesima sentenza ai sensi dei cann. 1302-1321.

§ 2. Decorsi i termini stabiliti dal diritto per l'appello e la sua prosecuzione, dopo che il tribunale di grado superiore ha ricevuto gli atti giudiziari, si costituisca il collegio dei giudici, si designi il difensore del vincolo e le parti vengano ammonite a presentare le osservazioni entro un termine prestabilito; trascorso tale termine, il tribunale collegiale, se l'appello risulta manifestamente dilatorio, confermi con proprio decreto la sentenza di primo grado.

§ 3. Se l'appello è stato ammesso, si deve procedere allo stesso modo come in primo grado, con i dovuti adattamenti.

§ 4. Se nel grado di appello si adduce un nuovo capo di nullità, il tribunale può ammetterlo come nel primo grado del giudizio e giudicare su di esso.

Can. 1367. 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. 1325, adducendo nuovi e gravi prove o argomenti entro il termine perentorio di trenta giorni dalla proposizione dell'impugnazione.

Can. 1368 § 1. Dopo che la sentenza che ha dichiarato la nullità del matrimonio è divenuta esecutiva, le parti il cui matrimonio è stato dichiarato nullo possono contrarre nuove nozze, a meno che non lo proibisca un divieto apposto alla sentenza stessa oppure stabilito dal Gerarca del luogo.

§ 2. Appena la sentenza è diventata esecutiva, il Vicario giudiziale deve notificarla al Gerarca del luogo dove il matrimonio è stato celebrato; questo Gerarca poi deve provvedere perché al più presto si faccia menzione nei libri dei matrimoni e dei battezzati della nullità dichiarata del matrimonio e degli eventuali divieti stabiliti.

5.° Il processo matrimoniale più breve davanti al Vescovo

Can. 1369. Allo stesso Vescovo eparchiale compete giudicare la cause di nullità del matrimonio con il processo più breve ogniqualvolta:

1° la domanda sia proposta da entrambi i coniugi o da uno di essi, col consenso dell'altro;

2° ricorrano 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. 1370. Il libello con cui si introduce il processo più breve, oltre agli elementi elencati nel can. 1187, deve: 1° esporre brevemente, integralmente e chiaramente i fatti su cui si fonda la domanda; 2° indicare le prove, che possano essere immediatamente raccolte dal giudice; 3° esibire in allegato i documenti su cui si fonda la domanda.

Can. 1371. Il Vicario giudiziale, nello stesso decreto con cui determina la formula del dubbio nomini l'istruttore e l'assessore e citi per la sessione, da celebrarsi a norma del can. 1372 non oltre trenta giorni, tutti coloro che devono parteciparvi.

Can. 1372. L'istruttore, per quanto possibile, raccolga le prove in una sola sessione e fissi il termine di quindici giorni per la presentazione delle osservazioni in favore del vincolo e delle difese di parte, se ve ne siano.

Can. 1373 § 1. Ricevuti gli atti, il Vescovo eparchiale, consultatosi con l'istruttore e l'assessore, vagliate le osservazioni del difensore del vincolo e, se vi siano, le difese

delle parti, se raggiunge la certezza morale sulla nullità del matrimonio, emani la sentenza. Altrimenti rimetta la causa al processo ordinario.

§ 2. Il testo integrale della sentenza, con la motivazione, sia notificato al più presto alle parti.

§ 3. Contro la sentenza del Vescovo si dà appello al Metropolita o alla Rota Romana; se la sentenza è stata emessa dal Metropolita o da altro Vescovo eparchiale che non ha un'autorità superiore sotto il Romano Pontefice, si dà appello al Vescovo da esso designato stabilmente, dopo aver consultato il Patriarca o il Gerarca di cui al can. 175.

§ 4. 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; se invece l'appello è ammesso, si rimetta la causa all'esame ordinario di secondo grado.

6.° Il processo documentale

Can. 1374. Ricevuta la domanda presentata a norma del can. 1362, il Vescovo eparchiale o il Vicario giudiziale o il Giudice designato, tralasciate le formalità del processo ordinario, citate però le parti e con l'intervento del difensore del vincolo, può dichiarare con sentenza la nullità del matrimonio, se da un documento che non sia soggetto a contraddizione o ad eccezione alcuna, consti con certezza dell'esistenza di un impedimento dirimente o del difetto della forma legittima, purché sia chiaro con eguale sicurezza che non fu concessa la dispensa, oppure del difetto di un mandato valido in capo al procuratore.

Can. 1375 § 1. Il difensore del vincolo, se giudica prudentemente che non sono certi i vizi o la mancanza della dispensa, deve appellare contra la sentenza di cui al can. 1374 al giudice del tribunale di secondo grado, al quale devono essere inviati gli atti e dev'essere avvertito per iscritto che si tratta di un processo documentale.

§ 2. La parte che si sente danneggiata ha pieno diritto di appellare.

Can. 1376. Il giudice di secondo grado, con l'intervento del difensore del vincolo e ascoltate le parti, decida se la sentenza sia da confermare o se piuttosto si debba procedere nella causa secondo la norma ordinaria del diritto; in questo caso la rinvia al tribunale di primo grado.

7.° Norme generali

Can. 1377 § 1. Nella sentenza si ammoniscano le parti sugli obblighi morali o anche civili, a cui eventualmente sono tenute l'una verso l'altra e verso i figli, per assicurare il dovuto sostentamento e l'educazione.

§ 2. Le cause per la dichiarazione di nullità del matrimonio non possono essere trattate con il giudizio contenzioso sommario, di cui nei cann. 1343-1356.

§ 3. In tutte le altre cose che riguardano la procedura si devono applicare, a meno che non si opponga la natura delle cose, i canoni sui giudizi in genere e sul giudizio contenzioso ordinario, osservando le norme speciali sulle cause che riguardano il bene pubblico.

* * *

La disposizione del can. 1365 si applicherà alle sentenze dichiarative della nullità del matrimonio pubblicate a partire dal giorno in cui questo Motu proprio entrerà in vigore.

Al presente documento vengono unite delle regole procedurali, che ho ritenuto necessarie per la corretta e accurata applicazione della legge rinnovata, da osservarsi diligentemente a tutela del bene dei fedeli.

Ciò che è stato da me stabilito con questo Motu proprio, ordino che sia valido ed efficace, nonostante qualsiasi disposizione in contrario, anche se meritevole di specialissima menzione.

Affido con fiducia all'intercessione della gloriosa e benedetta sempre Vergine Maria che con piena verità è chiamata «Theotokos» e che rifulge come Madre eccelsa della Chiesa universale, e dei santi Apostoli Pietro e Paolo, l'operosa esecuzione del nuovo processo matrimoniale.

Dato a Roma, presso San Pietro, il 15 del mese di agosto, nell'Assunzione della Beata Vergine Maria dell'anno 2015, terzo del mio Pontificato.

Francesco

Regole procedurali per la trattazione delle cause di nullità matrimoniale

La III Assemblea Generale Straordinaria del Sinodo dei Vescovi, celebrata nel mese di ottobre 2014, ha constatato la difficoltà dei fedeli di raggiungere i tribunali della Chiesa. Poiché il Vescovo, come il buon Pastore, è tenuto ad andare incontro ai suoi fedeli che hanno bisogno di particolare cura pastorale, unitamente con le norme dettagliate per l'applicazione del processo matrimoniale, è sembrato opportuno, data per certa la collaborazione del Successore di Pietro e dei Vescovi nel diffondere la conoscenza della legge, offrire alcuni strumenti affinché l'operato dei tribunali possa rispondere alle esigenze dei fedeli, che richiedono l'accertamento della verità sull'esistenza o no del vincolo del loro matrimonio fallito.

Art. 1. Il Vescovo eparchiale in forza del can. 192 § 1 è tenuto a seguire con animo apostolico i coniugi separati o divorziati, che per la loro condizione di vita abbiano eventualmente abbandonato la pratica religiosa. Egli quindi condivide con i parroci (cfr. can. 289 § 1) la sollecitudine pastorale verso questi fedeli in difficoltà.

Art. 2. L'indagine pregiudiziale o pastorale, che accoglie nelle strutture parrocchiali o eparchiali i fedeli separati o divorziati che dubitano della validità del proprio matrimonio o sono convinti della nullità del medesimo, è orientata a conoscere la loro condizione e a raccogliere elementi utili per l'eventuale celebrazione del processo giudiziale, ordinario o più breve. Tale indagine si svolgerà nell'ambito della pastorale matrimoniale eparchiale unitaria.

Art. 3. La stessa indagine sarà affidata a persone ritenute idonee dal Gerarca del luogo, dotate di competenze anche se non esclusivamente giuridico-canoniche. Tra di esse vi sono in primo luogo il parroco proprio o quello che ha preparato i coniugi alla celebrazione delle nozze. Questo compito di consulenza può essere affidato anche ad altri chierici, consacrati o laici approvati dal Gerarca del luogo.

La eparchia, o diverse eparchie insieme, secondo gli attuali raggruppamenti, possono costituire una struttura stabile attraverso cui fornire questo servizio e redigere, se del caso, un *Vademecum* che riporti gli elementi essenziali per il più adeguato svolgimento dell'indagine.

Art. 4. L'indagine pastorale raccoglie gli elementi utili per l'eventuale introduzione della causa da parte dei coniugi o del loro patrono davanti al tribunale competente. Si indaghi se le parti sono d'accordo nel chiedere la nullità.

Art. 5. Raccolti tutti gli elementi, l'indagine si chiude con il libello, da presentare, se del caso, al competente tribunale.

Art. 6. Dal momento che il Codice dei Canoni della Chiese Orientali deve essere applicato sotto tutti gli aspetti, salve le norme speciali, anche ai processi matrimoniali, a mente del can. 1377 § 3, le presenti regole non intendono esporre minutamente

l'insieme di tutto il processo, ma soprattutto chiarire le principali innovazioni legislative e, ove occorra, integrarle.

1.° Il foro competente e i tribunali

Art. 7 § 1. I titoli di competenza di cui al can. 1358 sono equivalenti, salvaguardato per quanto possibile il principio di prossimità fra il giudice e le parti.

§ 2. Mediante la cooperazione fra tribunali, poi, a mente del can. 1071, si assicuri che chiunque, parte o teste, possa partecipare al processo col minimo dispendio.

Art. 8 § 1. Nelle eparchie che non hanno un proprio tribunale, il Vescovo si preoccupi di formare quanto prima, anche mediante corsi di formazione permanente e continua, promossi dalle eparchie o dai loro raggruppamenti e dalla Sede Apostolica in comunione di intenti, persone che possano prestare la loro opera nel tribunale da costituirsi per le cause matrimoniali.

§ 2. Il Vescovo può recedere dal tribunale per diverse eparchie costituito a norma del can. 1067, § 1.

2.° Il diritto di impugnare il matrimonio

Art. 9. Se il coniuge muore durante il processo, prima che la causa sia conclusa, l'istanza viene sospesa finché l'altro coniuge o un altro interessato richieda la prosecuzione; in questo caso si deve provare l'interesse legittimo.

3.° L'introduzione e l'istruzione della causa

Art. 10. Il giudice può ammettere la domanda orale ogniqualvolta la parte sia impedita a presentare il libello: tuttavia, egli ordini al notaio di redigere per iscritto un atto che deve essere letto alla parte e da questa approvato, e che tiene luogo del libello scritto dalla parte a tutti gli effetti di legge.

Art. 11 § 1. Il libello sia esibito al tribunale eparchiale o al tribunale per diverse eparchie che è stato scelto a norma del can. 1359, § 2.

§ 2. Si reputa che non si oppone alla domanda la parte convenuta che si rimette alla giustizia del tribunale o, ritualmente citata una seconda volta, non dà alcuna risposta.

4.° La sentenza, le sue impugnazioni e la sua esecuzione

Art. 12. Per conseguire la certezza morale necessaria per legge, non è sufficiente una prevalente importanza delle prove e degli indizi, ma occorre che resti del tutto escluso qualsiasi dubbio prudente positivo di errore, in diritto e in fatto, ancorché non sia esclusa la mera possibilità del contrario.

Art. 13. Se una parte ha dichiarato di rifiutare di ricevere qualsiasi informazione relativa alla causa, si ritiene che abbia rinunciato ad ottenere la copia della sentenza. In tal caso può esserle notificato il solo dispositivo della sentenza.

5.° Il processo matrimoniale più breve davanti al Vescovo

Art. 14 § 1. Tra le circostanze che possono consentire la trattazione della causa di nullità del matrimonio per mezzo del processo più breve secondo i cann. 1369-1373, si annoverano per esempio: quella mancanza di fede che può generare la simulazione del consenso o l'errore che determina la volontà, la brevità della convivenza coniugale, l'aborto procurato per impedire la procreazione, l'ostinata permanenza in una relazione extraconiugale al tempo delle nozze o in un tempo immediatamente successivo, l'occultamento doloso della sterilità o di una grave malattia contagiosa o di figli nati da una precedente relazione o di una carcerazione, la causa del matrimonio del tutto estranea alla vita coniugale o consistente nella gravidanza imprevista della donna, la violenza fisica inferta per estorcere il consenso, la mancanza di uso di ragione comprovata da documenti medici, ecc.

§ 2. Tra i documenti che sostengono la domanda vi sono tutti i documenti medici che possono rendere evidentemente inutile acquisire una perizia d'ufficio.

Art. 15. Se è stato presentato il libello per introdurre un processo ordinario, ma il Vicario giudiziale ritiene che la causa possa essere trattata con il processo più breve, egli, nel notificare il libello a norma del can. 1362, § 1, inviti la parte che non lo abbia sottoscritto a comunicare al tribunale se intenda associarsi alla domanda presentata e partecipare al processo. Egli, ogniqualvolta sia necessario, inviti la parte o le parti che hanno sottoscritto il libello ad integrarlo al più presto a norma del can. 1370.

Art. 16. Il Vicario giudiziale può designare se stesso come istruttore; però per quanto sia possibile nomini un istruttore dalla eparchia di origine della causa.

Art. 17. Nell'emettere la citazione ai sensi del can. 1371, le parti siano informate che, se non fossero stati allegati al libello, possono, almeno tre giorni prima della sessione istruttoria, presentare gli articoli degli argomenti sui quali si chiede l'interrogatorio delle parti o dei testi.

Art. 18. § 1. Le parti e i loro avvocati possono assistere all'escussione delle altre parti e dei testi, a meno che l'istruttore ritenga, per le circostanze di cose e di persone, che si debba procedere diversamente.

§ 2. Le risposte delle parti e dei testi devono essere redatte per iscritto dal notaio, ma sommariamente e soltanto in ciò che si riferisce alla sostanza del matrimonio controverso.

Art. 19. Se la causa viene istruita presso un tribunale per diverse eparchie, il Vescovo che deve pronunziare la sentenza è quello del luogo in base al quale si stabilisce la competenza a mente del can. 1358. Se poi siano più di uno, si osservi per quanto possibile il principio della prossimità tra le parti e il giudice.

Art. 20 § 1. Il Vescovo eparchiale stabilisca secondo la sua prudenza il modo con cui pronunziare la sentenza.

§ 2. La sentenza, comunque sottoscritta dal Vescovo insieme con il notaio, esponga in maniera breve e ordinata i motivi della decisione e ordinariamente sia notificata alle parti entro il termine di un mese dal giorno della decisione.

6.° Il processo documentale

Art. 21. Il Vescovo eparchiale e il Vicario giudiziale competenti si determinano a norma del can. 1358.

Lettera Apostolica in forma di «Motu Proprio» del Sommo Pontefice Francesco Mitis Iudex Dominus Iesus

Sulla riforma del processo canonico per le cause di dichiarazione di nullità del matrimonio nel codice di diritto canonico

Il Signore Gesù, Giudice clemente, Pastore delle nostre anime, ha affidato all'Apostolo Pietro e ai suoi Successori il potere delle chiavi per compiere nella Chiesa l'opera di giustizia e verità; questa suprema e universale potestà, di legare e di sciogliere qui in terra, afferma, corrobora e rivendica quella dei Pastori delle Chiese particolari, in forza della quale essi hanno il sacro diritto e davanti al Signore il dovere di giudicare i propri sudditi[1].

Nel volgere dei secoli la Chiesa in materia matrimoniale, acquisendo coscienza più chiara delle parole di Cristo, ha inteso ed esposto più approfonditamente la dottrina dell'indissolubilità del sacro vincolo del coniugio, ha elaborato il sistema delle nullità del consenso matrimoniale e ha disciplinato più adeguatamente il processo giudiziale in materia, di modo che la disciplina ecclesiastica fosse sempre più coerente con la verità di fede professata.

Tutto ciò è stato sempre fatto avendo come guida la legge suprema della salvezza delle anime[2], giacché la Chiesa, come ha saggiamente insegnato il Beato Paolo VI, è un disegno divino della Trinità, per cui tutte le sue istituzioni, pur sempre perfettibili, devono tendere al fine di comunicare la grazia divina e favorire continuamente, secondo i doni e la missione di ciascuno, il bene dei fedeli, in quanto scopo essenziale della Chiesa[3].

Consapevole di ciò, ho stabilito di mettere mano alla riforma dei processi di nullità del matrimonio, e a questo fine ho costituito un Gruppo di persone eminenti per dottrina giuridica, prudenza pastorale ed esperienza forense, che, sotto la guida dell'Eccellentissimo Decano della Rota Romana, abbozzassero un progetto di riforma, fermo restando comunque il principio dell'indissolubilità del vincolo matrimoniale. Lavorando alacremente, questo Coetus ha apprestato uno schema di riforma, che, sottoposto a meditata considerazione, con l'ausilio di altri esperti, è ora trasfuso in questo *Motu proprio*.

È quindi la preoccupazione della salvezza delle anime, che – oggi come ieri – rimane il fine supremo delle istituzioni, delle leggi, del diritto, a spingere il Vescovo di Roma ad offrire ai Vescovi questo documento di riforma, in quanto essi condividono con lui il compito della Chiesa, di tutelare cioè l'unità nella fede e nella disciplina riguardo al matrimonio, cardine e origine della famiglia cristiana. Alimenta la spinta riformatrice l'enorme numero di fedeli che, pur desiderando provvedere alla propria

---

[1] Cf. Concilio ecumenico Vaticano II, Const. dogm. *Lumen Gentium*, n. 27.

[2] Cf. CIC, can. 1752.

[3] Cf. Paolo VI, Allocuzione ai partecipanti del II Convengo Internazionale di Diritto Canonico, il 17 settembre 1973.

coscienza, troppo spesso sono distolti dalle strutture giuridiche della Chiesa a causa della distanza fisica o morale; la carità dunque e la misericordia esigono che la stessa Chiesa come madre si renda vicina ai figli che si considerano separati.

In questo senso sono anche andati i voti della maggioranza dei miei Fratelli nell'Episcopato, riuniti nel recente Sinodo straordinario, che ha sollecitato processi più rapidi ed accessibili[4]. In totale sintonia con tali desideri, ho deciso di dare con questo Motu proprio disposizioni con le quali si favorisca non la nullità dei matrimoni, ma la celerità dei processi, non meno che una giusta semplicità, affinché, a motivo della ritardata definizione del giudizio, il cuore dei fedeli che attendono il chiarimento del proprio stato non sia lungamente oppresso dalle tenebre del dubbio.

Ho fatto ciò, comunque, 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.

Si segnalano alcuni criteri fondamentali che hanno guidato l'opera di riforma.

I. – *Una sola sentenza in favore della nullità esecutiva.* – È parso opportuno, anzitutto, che non sia più richiesta una doppia decisione conforme in favore della nullità del matrimonio, affinché le parti siano ammesse a nuove nozze canoniche, ma che sia sufficiente la certezza morale raggiunta dal primo giudice a norma del diritto.

II. – *Il giudice unico sotto la responsabilità del Vescovo.* – La costituzione del giudice unico, comunque chierico, in prima istanza viene rimessa alla responsabilità del Vescovo, che nell'esercizio pastorale della propria potestà giudiziale dovrà assicurare che non si indulga a qualunque lassismo.

III. – *Lo stesso Vescovo è giudice.* – Affinché sia finalmente tradotto in pratica l'insegnamento del Concilio Vaticano II in un ambito di grande importanza, si è stabilito di rendere evidente che il Vescovo stesso nella sua Chiesa, di cui è costituito pastore e capo, è per ciò stesso giudice tra i fedeli a lui affidati. Si auspica pertanto che nelle grandi come nelle piccole diocesi lo stesso Vescovo offra un segno della *conversione* delle strutture ecclesiastiche[5], e non lasci completamente delegata agli uffici della curia la funzione giudiziaria in materia matrimoniale. Ciò valga specialmente nel processo più breve, che viene stabilito per risolvere i casi di nullità più evidente.

IV. – *Il processo più breve.* – Infatti, oltre a rendere più agile il processo matrimoniale, si è disegnata una forma di processo più breve – in aggiunta a quello documentale come attualmente vigente –, da applicarsi nei casi in cui l'accusata nullità del matrimonio è sostenuta da argomenti particolarmente evidenti.

Non mi è tuttavia sfuggito quanto un giudizio abbreviato possa mettere a rischio il principio dell'indissolubilità del matrimonio; appunto per questo ho voluto che in tale processo sia costituito giudice lo stesso Vescovo, che in forza del suo ufficio pastorale è con Pietro il maggiore garante dell'unità cattolica nella fede e nella disciplina.

V. – *L'appello alla Sede Metropolitana.* – Conviene che si ripristini l'appello alla Sede del Metropolita, giacché tale ufficio di capo della provincia ecclesiastica, stabile nei secoli, è un segno distintivo della sinodalità nella Chiesa.

VI. – *Il compito proprio delle Conferenze Episcopali.* – Le Conferenze Episcopali,

---

[4] Cf. Relatio Synodi, n. 48.

[5] Cf. Francesco, Esortazione Apostolica *Evangelii gaudium*, n. 27, in *AAS* 105 (2013), p. 1031.

che devono essere soprattutto spinte dall'ansia apostolica di raggiungere i fedeli dispersi, avvertano fortemente il dovere di condividere la predetta *conversione*, e rispettino assolutamente il diritto dei Vescovi di organizzare la potestà giudiziale nella propria Chiesa particolare.

Il ripristino della vicinanza tra il giudice e i fedeli, infatti, non avrà successo se dalle Conferenze non verrà ai singoli Vescovi lo stimolo e insieme l'aiuto a mettere in pratica la riforma del processo matrimoniale.

Insieme con la prossimità del giudice curino per quanto possibile le Conferenze Episcopali, salva la giusta e dignitosa retribuzione degli operatori dei tribunali, che venga assicurata la gratuità delle procedure, perché la Chiesa, mostrandosi ai fedeli madre generosa, in una materia così strettamente legata alla salvezza delle anime manifesti l'amore gratuito di Cristo dal quale tutti siamo stati salvati.

VII. – *L'appello alla Sede Apostolica.* – Conviene comunque che si mantenga l'appello al Tribunale ordinario della Sede Apostolica, cioè la Rota Romana, nel rispetto di un antichissimo principio giuridico, così che venga rafforzato il vincolo fra la Sede di Pietro e le Chiese particolari, avendo tuttavia cura, nella disciplina di tale appello, di contenere qualunque abuso del diritto, perché non abbia a riceverne danno la salvezza delle anime.

La legge propria della Rota Romana sarà al più presto adeguata alle regole del processo riformato, nei limiti del necessario.

VIII. – *Previsioni per le Chiese Orientali.* – Tenuto conto, infine, del peculiare ordinamento ecclesiale e disciplinare delle Chiese Orientali, ho deciso di emanare separatamente, in questa stessa data, le norme per riformare la disciplina dei processi matrimoniali nel Codice dei Canoni delle Chiese Orientali.

Tutto ciò opportunamente considerato, decreto e statuisco che il Libro VII del Codice di Diritto Canonico, Parte III, Titolo I, Capitolo I sulle cause per la dichiarazione di nullità del matrimonio (cann. 1671-1691), dal giorno 8 dicembre 2015 sia integralmente sostituito come segue:

Art. 1 - Il foro competente e i tribunali

Can. 1671 § 1. Le cause matrimoniali dei battezzati per diritto proprio spettano al giudice ecclesiastico.

§ 2. Le cause sugli effetti puramente civili del matrimonio spettano al magistrato civile, a meno che il diritto particolare non stabilisca che le medesime cause, qualora siano trattate incidentalmente e accessoriamente, possano essere esaminate e decise dal giudice ecclesiastico.

Can. 1672. Nelle cause di nullità del matrimonio, che non siano riservate alla Sede Apostolica, sono competenti: 1° il tribunale del luogo in cui il matrimonio fu celebrato; 2° il tribunale del luogo in cui una o entrambe le parti hanno il domicilio o il quasi-domicilio; 3° il tribunale del luogo in cui di fatto si debba raccogliere la maggior parte delle prove.

Can. 1673 § 1. In ciascuna diocesi il giudice di prima istanza per le cause di nullità del matrimonio, per le quali il diritto non faccia espressamente eccezione, è il Vescovo diocesano, che può esercitare la potestà giudiziale personalmente o per mezzo di altri, a norma del diritto.

§ 2. Il Vescovo costituisca per la sua diocesi il tribunale diocesano per le cause di nullità del matrimonio, salva la facoltà per lo stesso Vescovo di accedere a un altro viciniore tribunale diocesano o interdiocesano.

§ 3. Le cause di nullità del matrimonio sono riservate a un collegio di tre giudici.

Esso deve essere presieduto da un giudice chierico, i rimanenti giudici possono anche essere laici.

§ 4. Il Vescovo Moderatore, se non è possibile costituire il tribunale collegiale in diocesi o nel vicino tribunale che è stato scelto a norma del § 2, affidi le cause a un unico giudice chierico che, ove sia possibile, si associ due assessori di vita specchiata, esperti in scienze giuridiche o umane, approvati dal Vescovo per questo compito; allo stesso giudice unico competono, salvo che risulti diversamente, le funzioni attribuite al collegio, al preside o al ponente.

§ 5. Il tribunale di seconda istanza per la validità deve sempre essere collegiale, secondo il disposto del precedente § 3.

§ 6. Dal tribunale di prima istanza si appella al tribunale metropolitano di seconda istanza, salvo il disposto dei cann. 1438-1439 e 1444.

Art. 2 - Il diritto di impugnare il matrimonio

Can. 1674 § 1. Sono abili ad impugnare il matrimonio: 1° i coniugi; 2° il promotore di giustizia, quando la nullità sia già stata divulgata, se non si possa convalidare il matrimonio o non sia opportuno.

§ 2. Il matrimonio che, viventi entrambi i coniugi, non fu accusato, non può più esserlo dopo la morte di entrambi o di uno di essi, a meno che la questione della validità non pregiudichi la soluzione di un'altra controversia sia in foro canonico sia in foro civile.

§ 3. Se poi un coniuge muore durante il processo, si osservi il can. 1518.

Art. 3 - L'introduzione e l'istruzione della causa

Can. 1675. Il giudice, prima di accettare la causa, deve avere la certezza che il matrimonio sia irreparabilmente fallito, in modo che sia impossibile ristabilire la convivenza coniugale.

Can. 1676 § 1. Ricevuto il libello, il Vicario giudiziale, se ritiene che esso goda di qualche fondamento, lo ammetta e, con decreto apposto in calce allo stesso libello, ordini che una copia venga notificata al difensore del vincolo e, se il libello non è stato sottoscritto da entrambe le parti, alla parte convenuta, dandole il termine di quindici giorni per esprimere la sua posizione riguardo alla domanda.

§ 2. Trascorso il predetto termine, dopo aver nuovamente ammonito, se e in quanto lo ritenga opportuno, l'altra parte a manifestare la sua posizione, il Vicario giudiziale con proprio decreto determini la formula del dubbio e stabilisca se la causa debba trattarsi con il processo ordinario o con il processo più breve a norma dei cann. 1683-1687. Tale decreto sia subito notificato alle parti e al difensore del vincolo.

§ 3. Se la causa deve essere trattata con il processo ordinario, il Vicario giudiziale, con lo stesso decreto, disponga la costituzione del collegio dei giudici o del giudice unico con i due assessori secondo il can. 1673 § 4.

§ 4. Se invece viene disposto il processo più breve, il Vicario giudiziale proceda a norma del can. 1685.

§ 5. La formula del dubbio deve determinare per quale capo o per quali capi è impugnata la validità delle nozze.

Can. 1677 § 1. Il difensore del vincolo, i patroni delle parti, e, se intervenga nel giudizio, anche il promotore di giustizia, hanno diritto: 1° di essere presenti all'esame delle parti, dei testi e dei periti, salvo il disposto del can. 1559; 2° di prendere visione degli atti giudiziari, benché non ancora pubblicati, e di esaminare i documenti prodotti dalle parti.

§ 2. Le parti non possono assistere all'esame di cui al § 1, n.1.

Can. 1678 § 1. Nelle cause di nullità del matrimonio, la confessione giudiziale e le dichiarazioni delle parti, sostenute da eventuali testi sulla credibilità delle stesse, possono avere valore di prova piena, da valutarsi dal giudice considerati tutti gli indizi e gli amminicoli, se non vi siano altri elementi che le confutino.

§ 2. Nelle medesime cause, la deposizione di un solo teste può fare pienamente fede, se si tratta di un teste qualificato che deponga su cose fatte d'ufficio, o le circostanze di fatti e di persone lo suggeriscono.

§ 3. Nelle cause in materia di impotenza o di difetto del consenso per malattia mentale o per anomalia di natura psichica il giudice si avvalga dell'opera di uno o più periti, se dalle circostanze non appare evidentemente inutile; nelle altre cause si osservi il disposto del can. 1574.

§ 4. Ogniqualvolta nell'istruttoria della causa fosse insorto un dubbio assai probabile che il matrimonio non sia stato consumato, il tribunale, sentite le parti, può sospendere la causa di nullità, completare l'istruttoria in vista della dispensa *super rato*, ed infine trasmettere gli atti alla Sede Apostolica insieme alla domanda di dispensa di uno o di entrambi i coniugi ed al voto del tribunale e del Vescovo.

Art. 4 - La sentenza, le sue impugnazioni e la sua esecuzione

Can. 1679. La sentenza che per la prima volta ha dichiarato la nullità del matrimonio, decorsi i termini stabiliti nei cann. 1630-1633, diventa esecutiva.

Can. 1680 § 1. Alla parte, che si ritenga onerata, e parimenti al promotore di giustizia e al difensore del vincolo rimane il diritto di interporre querela di nullità della sentenza o appello contro la medesima sentenza ai sensi dei cann. 1619-1640.

§ 2. Decorsi i termini stabiliti dal diritto per l'appello e la sua prosecuzione, dopo che il tribunale di istanza superiore ha ricevuto gli atti giudiziari, si costituisca il collegio dei giudici, si designi il difensore del vincolo e le parti vengano ammonite a presentare le osservazioni entro un termine prestabilito; trascorso tale termine, il tribunale collegiale, se l'appello risulta manifestamente dilatorio, confermi con proprio decreto la sentenza di prima istanza.

§ 3. Se l'appello è stato ammesso, si deve procedere allo stesso modo come in prima istanza, con i dovuti adattamenti.

§ 4. Se nel grado di appello viene introdotto un nuovo capo di nullità del matrimonio, il tribunale lo può ammettere e su di esso giudicare come se fosse in prima istanza.

Can. 1681. 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, adducendo nuovi e gravi prove o argomenti entro il termine perentorio di trenta giorni dalla proposizione dell'impugnazione.

Can. 1682 § 1. Dopo che la sentenza che ha dichiarato la nullità del matrimonio è divenuta esecutiva, le parti il cui matrimonio è stato dichiarato nullo possono contrarre nuove nozze, a meno che non lo proibisca un divieto apposto alla sentenza stessa oppure stabilito dall'Ordinario del luogo.

§ 2. Non appena la sentenza è divenuta esecutiva, il Vicario giudiziale la deve notificare all'Ordinario del luogo in cui fu celebrato il matrimonio. Questi poi deve provvedere affinché al più presto si faccia menzione nei registri dei matrimoni e dei battezzati della nullità di matrimonio decretata e degli eventuali divieti stabiliti.

Art. 5 - Il processo matrimoniale più breve davanti al Vescovo

Can. 1683. Allo stesso Vescovo diocesano compete giudicare la cause di nullità del matrimonio con il processo più breve ogniqualvolta:

1° la domanda sia proposta da entrambi i coniugi o da uno di essi, col consenso dell'altro;

2° ricorrano 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. 1684. Il libello con cui si introduce il processo più breve, oltre agli elementi elencati nel can. 1504, deve: 1° esporre brevemente, integralmente e chiaramente i fatti su cui si fonda la domanda; 2° indicare le prove, che possano essere immediatamente raccolte dal giudice; 3° esibire in allegato i documenti su cui si fonda la domanda.

Can. 1685. Il Vicario giudiziale, nello stesso decreto con cui determina la formula del dubbio nomini l'istruttore e l'assessore e citi per la sessione, da celebrarsi a norma del can. 1686 non oltre trenta giorni, tutti coloro che devono parteciparvi.

Can. 1686. L'istruttore, per quanto possibile, raccolga le prove in una sola sessione e fissi il termine di quindici giorni per la presentazione delle osservazioni in favore del vincolo e delle difese di parte, se ve ne siano.

Can. 1687 § 1. Ricevuti gli atti, il Vescovo diocesano, consultatosi con l'istruttore e l'assessore, vagliate le osservazioni del difensore del vincolo e, se vi siano, le difese delle parti, se raggiunge la certezza morale sulla nullità del matrimonio, emani la sentenza. Altrimenti rimetta la causa al processo ordinario.

§ 2. Il testo integrale della sentenza, con la motivazione, sia notificato al più presto alle parti.

§ 3. Contro la sentenza del Vescovo si dà appello al Metropolita o alla Rota Romana; se la sentenza è stata emessa dal Metropolita, si dà appello al suffraganeo più anziano; e contro la sentenza di altro Vescovo che non ha un'autorità superiore sotto il Romano Pontefice, si dà appello al Vescovo da esso stabilmente designato.

§ 4. 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; se invece l'appello è ammesso, si rimetta la causa all'esame ordinario di secondo grado.

Art. 6 - Il processo documentale

Can. 1688. Ricevuta la domanda presentata a norma del can. 1676, il Vescovo diocesano o il Vicario giudiziale o il Giudice designato, tralasciate le formalità del processo ordinario, citate però le parti e con l'intervento del difensore del vincolo, può dichiarare con sentenza la nullità del matrimonio, se da un documento che non sia soggetto a contraddizione o ad eccezione alcuna, consti con certezza dell'esistenza di un impedimento dirimente o del difetto della forma legittima, purché sia chiaro con eguale sicurezza che non fu concessa la dispensa, oppure del difetto di un mandato valido in capo al procuratore.

Can. 1689 § 1. Contro questa dichiarazione il difensore del vincolo, se prudentemente giudichi che non vi sia certezza dei difetti di cui al can. 1688 ovvero della mancata dispensa, deve appellare al giudice di seconda istanza, al quale si devono trasmettere gli atti avvertendolo per scritto che si tratta di un processo documentale.

§ 2. Alla parte che si ritiene onerata resta il diritto di appellare.

Can. 1690. Il giudice di seconda istanza, con l'intervento del difensore del vincolo e dopo aver udito le parti, decida allo stesso modo di cui nel can. 1688 se la sentenza debba essere confermata o se piuttosto si debba procedere nella causa per il tramite ordinario del diritto; nel qual caso la rimandi al tribunale di prima istanza.

Art. 7 - Norme generali

Can. 1691 § 1. Nella sentenza si ammoniscano le parti sugli obblighi morali o anche civili, cui siano eventualmente tenute l'una verso l'altra e verso la prole, per quanto riguarda il sostentamento e l'educazione.

§ 2. Le cause per la dichiarazione di nullità del matrimonio non possono essere trattate con il processo contenzioso orale di cui nei cann. 1656-1670.

§ 3. In tutte le altre cose che si riferiscono alla procedura, si devono applicare, a meno che la natura della cosa si opponga, i canoni sui giudizi in generale e sul giudizio contenzioso ordinario, osservate le norme speciali per le cause sullo stato delle persone e per le cause riguardanti il bene pubblico.

* * *

La disposizione del can. 1679 si applicherà alle sentenze dichiarative della nullità del matrimonio pubblicate a partire dal giorno in cui questo Motu proprio entrerà in vigore.

Al presente documento vengono unite delle regole procedurali, che ho ritenuto necessarie per la corretta e accurata applicazione della legge rinnovata, da osservarsi diligentemente a tutela del bene dei fedeli.

Ciò che è stato da me stabilito con questo Motu proprio, ordino che sia valido ed efficace, nonostante qualsiasi disposizione in contrario, anche se meritevole di specialissima menzione.

Affido con fiducia all'intercessione della gloriosa e benedetta sempre Vergine Maria, Madre di misericordia, e dei santi Apostoli Pietro e Paolo l'operosa esecuzione del nuovo processo matrimoniale.

Dato a Roma, presso San Pietro, il 15 del mese di agosto, nell'Assunzione della Beata Vergine Maria dell'anno 2015, terzo del mio Pontificato.

Francesco

Regole procedurali per la trattazione delle cause di nullità matrimoniale

La III Assemblea Generale Straordinaria del Sinodo dei Vescovi, celebrata nel mese di ottobre 2014, ha constatato la difficoltà dei fedeli di raggiungere i tribunali della Chiesa. Poiché il Vescovo, come il buon Pastore, è tenuto ad andare incontro ai suoi fedeli che hanno bisogno di particolare cura pastorale, unitamente con le norme dettagliate per l'applicazione del processo matrimoniale, è sembrato opportuno, data per certa la collaborazione del Successore di Pietro e dei Vescovi nel diffondere la conoscenza della legge, offrire alcuni strumenti affinché l'operato dei tribunali possa rispondere alle esigenze dei fedeli, che richiedono l'accertamento della verità sull'esistenza o no del vincolo del loro matrimonio fallito.

Art. 1. Il Vescovo in forza del can. 383 § 1 è tenuto a seguire con animo apostolico i coniugi separati o divorziati, che per la loro condizione di vita abbiano eventualmente abbandonato la pratica religiosa. Egli quindi condivide con i parroci (cfr. can. 529 § 1) la sollecitudine pastorale verso questi fedeli in difficoltà.

Art. 2. L'indagine pregiudiziale o pastorale, che accoglie nelle strutture parrocchiali o diocesane i fedeli separati o divorziati che dubitano della validità del proprio matrimonio o sono convinti della nullità del medesimo, è orientata a conoscere la loro condizione e a raccogliere elementi utili per l'eventuale celebrazione del processo giudiziale, ordinario o più breve. Tale indagine si svolgerà nell'ambito della pastorale matrimoniale diocesana unitaria.

Art. 3. La stessa indagine sarà affidata a persone ritenute idonee dall'Ordinario del

luogo, dotate di competenze anche se non esclusivamente giuridico-canoniche. Tra di esse vi sono in primo luogo il parroco proprio o quello che ha preparato i coniugi alla celebrazione delle nozze. Questo compito di consulenza può essere affidato anche ad altri chierici, consacrati o laici approvati dall'Ordinario del luogo.

La diocesi, o più diocesi insieme, secondo gli attuali raggruppamenti, possono costituire una struttura stabile attraverso cui fornire questo servizio e redigere, se del caso, un *Vademecum* che riporti gli elementi essenziali per il più adeguato svolgimento dell'indagine.

Art. 4. L'indagine pastorale raccoglie gli elementi utili per l'eventuale introduzione della causa da parte dei coniugi o del loro patrono davanti al tribunale competente. Si indaghi se le parti sono d'accordo nel chiedere la nullità.

Art. 5. Raccolti tutti gli elementi, l'indagine si chiude con il libello, da presentare, se del caso, al competente tribunale.

Art. 6. Dal momento che il Codice di diritto canonico deve essere applicato sotto tutti gli aspetti, salve le norme speciali, anche ai processi matrimoniali, a mente del can. 1691 § 3, le presenti regole non intendono esporre minutamente l'insieme di tutto il processo, ma soprattutto chiarire le principali innovazioni legislative e, ove occorra, integrarle.

Titolo I - Il foro competente e i tribunali

Art. 7 § 1. I titoli di competenza di cui al can. 1672 sono equivalenti, salvaguardato per quanto possibile il principio di prossimità fra il giudice e le parti.

§ 2. Mediante la cooperazione fra tribunali, poi, a mente del can. 1418, si assicuri che chiunque, parte o teste, possa partecipare al processo col minimo dispendio.

Art. 8 § 1. Nelle diocesi che non hanno un proprio tribunale, il Vescovo si preoccupi di formare quanto prima, anche mediante corsi di formazione permanente e continua, promossi dalle diocesi o dai loro raggruppamenti e dalla Sede Apostolica in comunione di intenti, persone che possano prestare la loro opera nel tribunale per le cause matrimoniali da costituirsi.

§ 2. Il Vescovo può recedere dal tribunale interdiocesano costituito a norma del can. 1423.

Titolo II - Il diritto di impugnare il matrimonio

Art. 9. Se il coniuge muore durante il processo, prima che la causa sia conclusa, l'istanza viene sospesa finché l'altro coniuge o un altro interessato richieda la prosecuzione; in questo caso si deve provare l'interesse legittimo.

Titolo III - L'introduzione e l'istruzione della causa

Art. 10. Il giudice può ammettere la domanda orale ogniqualvolta la parte sia impedita a presentare il libello: tuttavia, egli ordini al notaio di redigere per iscritto un atto che deve essere letto alla parte e da questa approvato, e che tiene luogo del libello scritto dalla parte a tutti gli effetti di legge.

Art. 11 § 1. Il libello sia esibito al tribunale diocesano o al tribunale interdiocesano che è stato scelto a norma del can. 1673 § 2.

§ 2. Si reputa che non si oppone alla domanda la parte convenuta che si rimette alla giustizia del tribunale o, ritualmente citata una seconda volta, non dà alcuna risposta.

Titolo IV - La sentenza, le sue impugnazioni e la sua esecuzione

Art. 12. Per conseguire la certezza morale necessaria per legge, non è sufficiente una prevalente importanza delle prove e degli indizi, ma occorre che resti del tutto escluso qualsiasi dubbio prudente positivo di errore, in diritto e in fatto, ancorché non sia esclusa la mera possibilità del contrario.

Art. 13. Se una parte ha dichiarato di rifiutare di ricevere qualsiasi informazione

relativa alla causa, si ritiene che abbia rinunciato ad ottenere la copia della sentenza. In tal caso può esserle notificato il solo dispositivo della sentenza.

Titolo V - Il processo matrimoniale più breve davanti al Vescovo

Art. 14 § 1. Tra le circostanze che possono consentire la trattazione della causa di nullità del matrimonio per mezzo del processo più breve secondo i cann. 1683-1687, si annoverano per esempio: quella mancanza di fede che può generare la simulazione del consenso o l'errore che determina la volontà, la brevità della convivenza coniugale, l'aborto procurato per impedire la procreazione, l'ostinata permanenza in una relazione extraconiugale al tempo delle nozze o in un tempo immediatamente successivo, l'occultamento doloso della sterilità o di una grave malattia contagiosa o di figli nati da una precedente relazione o di una carcerazione, la causa del matrimonio del tutto estranea alla vita coniugale o consistente nella gravidanza imprevista della donna, la violenza fisica inferta per estorcere il consenso, la mancanza di uso di ragione comprovata da documenti medici, ecc.

§ 2. Tra i documenti che sostengono la domanda vi sono tutti i documenti medici che possono rendere inutile acquisire una perizia d'ufficio.

Art. 15. Se è stato presentato il libello per introdurre un processo ordinario, ma il Vicario giudiziale ritiene che la causa possa essere trattata con il processo più breve, egli, nel notificare il libello a norma del can. 1676 § 1, inviti la parte che non lo abbia sottoscritto a comunicare al tribunale se intenda associarsi alla domanda presentata e partecipare al processo. Egli, ogniqualvolta sia necessario, inviti la parte o le parti che hanno sottoscritto il libello ad integrarlo al più presto a norma del can. 1684.

Art. 16. Il Vicario giudiziale può designare se stesso come istruttore; però per quanto sia possibile nomini un istruttore dalla diocesi di origine della causa.

Art. 17. Nell'emettere la citazione ai sensi del can. 1685, le parti siano informate che, se non fossero stati allegati al libello, possono, almeno tre giorni prima della sessione istruttoria, presentare gli articoli degli argomenti sui quali si chiede l'interrogatorio delle parti o dei testi.

Art. 18. § 1. Le parti e i loro avvocati possono assistere all'escussione delle altre parti e dei testi, a meno che l'istruttore ritenga, per le circostanze di cose e di persone, che si debba procedere diversamente.

§ 2. Le risposte delle parti e dei testi devono essere redatte per iscritto dal notaio, ma sommariamente e soltanto in ciò che si riferisce alla sostanza del matrimonio controverso.

Art. 19. Se la causa viene istruita presso un tribunale interdiocesano, il Vescovo che deve pronunziare la sentenza è quello del luogo in base al quale si stabilisce la competenza a mente del can. 1672. Se poi siano più di uno, si osservi per quanto possibile il principio della prossimità tra le parti e il giudice.

Art. 20 § 1. Il Vescovo diocesano stabilisca secondo la sua prudenza il modo con cui pronunziare la sentenza.

§ 2. La sentenza, comunque sottoscritta dal Vescovo insieme con il notaio, esponga in maniera breve e ordinata i motivi della decisione e ordinariamente sia notificata alle parti entro il termine di un mese dal giorno della decisione.

Titolo VI - Il processo documentale

Art. 21. Il Vescovo diocesano e il Vicario giudiziale competenti si determinano a norma del can. 1672.

Rescritto del Santo Padre Francesco sul compimento e l'osservanza della nuova legge del processo matrimoniale

L'entrata in vigore – in felice coincidenza con l'apertura del Giubileo della Misericordia – delle Lettere apostoliche in forma di *Motu proprio* «Mitis Iudex Dominus Iesus» e «Mitis et Misericors Iesus» del 15 agosto 2015, date per attuare la giustizia e la misericordia sulla verità del vincolo di quanti hanno sperimentato il fallimento matrimoniale, pone, fra l'altro, l'esigenza di armonizzare la rinnovata procedura nei processi matrimoniali con le Norme proprie della Rota Romana, in attesa della loro riforma.

Il Sinodo dei Vescovi recentemente concluso ha espresso una forte esortazione alla Chiesa affinché si chini verso «i suoi figli più fragili, segnati dall'amore ferito e smarrito» (*Relatio finalis*, n. 55), ai quali occorre ridonare fiducia e speranza.

Le leggi che ora entrano in vigore vogliono proprio manifestare la *prossimità* della Chiesa alle famiglie ferite, desiderando che la moltitudine di coloro che vivono il dramma del fallimento coniugale sia raggiunta dall'opera risanatrice di Cristo, attraverso le strutture ecclesiastiche, nell'auspicio che essi si scoprano nuovi missionari della misericordia di Dio verso altri fratelli, a beneficio dell'istituto familiare.

Riconoscendo alla Rota Romana, oltre al *munus* ad essa proprio di Appello ordinario della Sede Apostolica, anche quello di tutela dell'unità della giurisprudenza (art. 126 § 1 *Pastor Bonus*) e di sussidio alla formazione permanente degli operatori pastorali nei Tribunali delle Chiese locali, stabilisco quanto segue:

I.

Le leggi di riforma del processo matrimoniale succitate abrogano o derogano ogni legge o norma contraria finora vigente, generale, particolare o speciale, eventualmente anche approvata in forma specifica (come ad es. il Motu Proprio *Qua cura*, dato dal mio Antecessore Pio XI in tempi ben diversi dai presenti).

II.

1. Nelle cause di nullità di matrimonio davanti alla Rota Romana il dubbio sia fissato secondo l'antica formula: *An constet de matrimonii nullitate, in casu*.

2. Non si dà appello contro le decisioni rotali in materia di nullità di sentenze o di decreti.

3. 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 consti manifestamente dell'ingiustizia della decisione.

4. Il Decano della Rota Romana ha la potestà di dispensare per grave causa dalle Norme Rotali in materia processuale.

5. Come sollecitato dei Patriarchi delle Chiese Orientali, è rimessa ai tribunali territoriali la competenza sulle cause *iurium* connesse con le cause matrimoniali sottoposte al giudizio della Rota Romana in grado d'appello.

6. La Rota Romana giudichi le cause secondo la *gratuità* evangelica, cioè con patrocinio *ex officio*, salvo l'obbligo morale per i fedeli abbienti di versare un'oblazione di giustizia a favore delle cause dei poveri.

Possano i fedeli, soprattutto i feriti e infelici, guardare alla nuova Gerusalemme che è la Chiesa come «Pace della giustizia e gloria della pietà» (Baruc 5, 4) e sia loro

concesso, ritrovando le braccia aperte del Corpo di Cristo, di intonare il Salmo degli esuli (126, 1-2): «Quando il Signore ricondusse i prigionieri di Sion, ci sembrava di sognare. Allora la nostra bocca si aprì al sorriso, la nostra lingua si sciolse in canti di gioia».

Vaticano, 7 dicembre 2015

FRANCISCUS

Rotae Romanae Tribunal – Bogotensi – Nullitatis matrimonii - 2 marzo 2010 – coram Bottone

Nullità di matrimonio – Consenso – Capacità – Invalidità del consenso – Difetto di discrezione di giudizio – Prova dell'incapacità - Timore

(Omissis) 1. – **Facti species.** – Partes in causa, cum adhuc periuvenes essent, sese cognoverunt anno 1985 et statim ad intima pervenerunt.

Duobus transactis annis, ad propriam tranquillitatem consulendum, iuvenes matrimonium civili ritu inierunt die 31 iulii 1987, inscia utriusque partis familia sicut et amicis, sed conviventiam haud instituerunt.

Cito, vir dicit, iurgia et dissidia inter iuvenes deflagraverunt ita ut, iuxta illum, definitive consuetudinem interrumpere voluisset.

Post duobus, tamen, transactis annis, mater puellae de matrimonio civili a filia contracto cum B. scivit.

Contendi vir matrem conventae, minis etiam prolatis erga illum, ad matrimonium coram ecclesia celebrandum duxit, quod celebratum fuit in ecclesia Sancto Ioanni Chrysostomo dicata in civitate atque archidioecesi Bogotensi die 31 iulii 1991.

Convictus coniugalis, ex quo filiam partes acceperunt, per quattuor annos ductus est in dies increbrescentibus iurgiis inter coniuges qui, post binas temporarias separationes, ad legalem separationem devenerunt et ad divortium.

2. – Plenam libertatem etiam in facie ecclesiae recuperandi cupidus vir, die 27 septembris 2000, libellum Tribunali ecclesiastico Bogotensi direxit ad petendam sui coniugii declarationem nullitatis affirmans se, vi et metu coactum, ad matrimonium accessisse. Conventa, litteris Tribunali missis, omnia pernegat.

Tribunal aditum, pro suo lubitu et arbitrarie, minime caput vis et metus concordavit sed defectus discretionis iudicii ex utraque vel alterutra parte.

Instructio peracta est absque tamen accepta peritia.

Sententia primi gradus edita est die 6 iunii 2002 negativa.

Per actoris appellationem causa delata est ad Tribunal Nationale appellationis Colombiae apud quod dubia concordata sunt tria: defectus discretionis iudcii, incapacitas assumendi onera coniugalia ex alterutra vel utraque parte, vis et metus in actore.

Post suppletivam instructionem, in qua peritia accepta est, die 2 septembris 2004, sententiam Tribunal emisit in qua dumtaxat constare de matrimonii nullitate, in casu, edixit ob defectum discretionis iudici viri, negative dimissis ceteris capitibus.

Delata causa ad Nostrum Apostolicum Forum, ob inertiam partium in Archivo posita est, deinde resumpta et, nulla suppletiva instructione peracta, Nobis decernendum nunc est.

I. De defectu discretionis iudicii et incapacitate assumendi onera coniugalia

3. – **In iure.** – Docet can. 1055 matrimonium esse foedus quo vir et mulier, sibi invicem tradentes, totius vitae consortium constituunt.

Natura ipsa hominum ad hoc foedus ineundum ducit.

Matrimoniale foedus, a Christo Domino ad sacramentalem dignitatem evectum, est contractus singularis pluribus de causis.

Ante omina accipit ab ipso Deo sive fines essentiales, qui sunt bonum coniugum et prolis generationem et educationem atque proprietates essentiales, quae sunt unitas et indissolubilitas.

Est contractus naturalis cuius singularis natura in bonum totius generis humani redundat.

Obiectum matrimonialis consensus in potestate hominum haud relictum est cum a Deo statutum sit, ideo contractus substantia a libero arbitrio contrahentium mutari haud potest.

His attentis patet matrimonialem contractum secumferre severas et peculiares obligationes in perpetuum, non solum ratione durationis, sed etiam requisitae mutuae donationis et integrationis operum ex qua fines matrimonii apte attingi possint.

4. – Causa efficiens quae matrimonium in suo totali esse constituit est consensus irrevocabilis. Docet Gaudium est Spes «Intima communitas vitae et amoris, a Creatore condita suisque legibus instructa, foedere coniugali seu irrevocabili consensu personali instauratur» (n. 48).

Consonat can. 1057 I.C. qui statuit consensum irrevocabilem unicam causam esse matrimonium efficientem, qui consensu inter personas iure habiles manifestandus est coram testibus et forma ab ecclesia statuta.

5. – Praefatus can. consensum actum voluntatis definit, quo partes mutuo sese tradunt et accipiunt, ex quo iura et officia matrimonialia in perpetuo exsurgunt. Ideo bene conscii ad eundem tradendum contrahentes sint oportet.

Cum autem «nihil volitum quin praecognitum» ut validum consensum elici possit, debita scientia et libera determinatione poni debet.

Quae obstant cognitioni mentis et libero voluntatis exercitio, sive intellectum, sive voluntatem afficiant, efficaci consensui matrimoniali eliciendo opponuntur.

Minime perfecta cognitio, tamen, omnium et singulorum obligationum quas matrimonium secumferre potest requiritur, sed illa a can. 1096 statuta, quae minima est et respicit cognitionem obiecti formalis consensus.

Oportet attamen contrahentes tanta iudicii maturitate gaudeant ut, attentis matrimonii natura iuribus obligationibusque matrimonii, iudicium ferre valeant utrum matrimonium contrahere cum determinata persona pro ipsis bonum sit an non atque de opportuno tempore nuptias celebrandi, in praesentiarum nempe vel in futuro tempore ut apte decernere possint.

Cognitio, etenim, ad intellectum pertinet quae, ut in voluntatem transeat, requirit ut contrahens "prae oculis habita matrimonii natura, sibi efformare valeat iudicium practico- practicum num commodum opportunumque sit matrimonium cum illa persona celebrare an non, in praesentiarum vel in posteriore tempore atque qualemcumque ab intellectu propositam solutionem eligere et ad illam sese determinare" (c. Funghini, R.R. Dec., vol. LXXXVIII, pag. 13, n. 2).

Ex parte voluntatis consensus procedat oportet a libera contrahentis electione, ab externa coactione immuni atque ab invincibili pulsione interna ita ut dominus sit sui actus. "Ut, ideo, verus ac validus habeatur consensus in contrahente simul haberi debent, momento illius manifestationis, tres essentiales capacitates: intelligendi, aestimandi et assumendi obiectum contractus matrimonialis. Si una ex his deficit

consensus, etsi rite manifestatus, validus haberi nequit" (c. Funghini, R.R. Dec., vol. LXXXVIII, pag. 108, n. 3).

6. – Can. 1095, 2 ad matrimonium irritandum requirit quod defectus discretionis iudicii gravis sit, vertatur circa iura et officia matrimonii essentialia mutuo tradenda et acceptanda, praesens sit momento quo nuptiae celebrantur et cuius influxus in capacitate adimenda pateat.

Non, ergo, quaelibet immaturitas, vel laevis defectus, vel anomalia apta sunt ad condiciones in canone indicatas adimplendas, eo vel minus imprudentia in agendo "matrimonium, etenim, pro ordinariis hominibus et mulieribus Creator praestituit, atque ideo non illam aciem intellectus, diuturnam et profundam necnon elatam ponderationem requirit quae solummodo extra ordinem cotidianum invenitur et in personis quae communem populum superant" (c. Colagiovanni, R.R. Dec., vol. LXXVII, pag. 571, n. 6).

Attenta naturali inclinatione hominum ad matrimonium et ad familiam constituendam (art. 1 carta dei diritti della famiglia e can. 1058) iure fundamentali gaudent omnes viri et omnes mulieres ad matrimonium ineundum, ideo "cum nullus fidelis a celebrando matrimonio est arcendus ob non adeptam maiorem psychicam maturitatem…. ita pari ratione matrimonium nullum ob eandem causam non est declarandum nisi agatur de gravi immaturitate psychologica, quae impediat contractus obiectum cognoscere et aestimare, vel liberam electionem coartet aut secumferat incapacitatem assumendi onera coniugalia" (c. Funghini, dec. Diei 29 aprilis 1987, n. 2).

Istiusmodi defectus tantum probari potest attenta persona contrahentis in sua concreta constitutione, praesertim relate ad capacitatem resistendi pulsionibus sive externis, sive internis, atque si liquido constet de gravibus elementis, qui vere perturbantes sint oportet, contrahentem afficientes momento consesenus. "Quam maxime igitur heic cum sermo fit de validitate vel minus consensus coniugalis in eligendo matrimonio attendendum est ad interiorem condicionem nubentis tempore initi matrimonii seu videndum an nubens tunc gavisus est illa necessaria libertate pro tanto negotio quod est matrimonium, uti rotalis iurisprudentia edixit, praesertim ob determinationis defectum qui in particularibus adiunctis certo secumfert internae libertatis absentiam vel notabilem deminutionem ideoque nullitatem" (c. Turnaturi, R.R. Dec., vol. XC, pag. 134, n. 19).

7. – Ad validum matrimonium contrahendum alia etiam capacitas in contrahente adsit oportet, nempe ad praxim deducendi onera suscepta, seu quod contrahentes domini sint obiecti essentialis consensus.

Can. 1095, 3 incapaces, enim, matrimonium contrahendi dicit qui, ob causas naturae psychicae, matrimonii obligationes assumere non valet.

Ex hoc eruitur quod, ad validum matrimonium contrahendum, minime sufficit ut contrahens naturam matrimonii contractus in sua obiectivitate, limitibus et oneribus cognoscat et illum assumere possit et velit, sed requiritur ut ipse, in consensu praestando, capacitate polleat tradendi et acceptandi essentiales obligationes matrimonio consequentiales.

Incapacitas, de qua in Codice, ex causis naturae psychicae origo ducat oportet, id est ab aliqua perturbatione, anomalia, abnormi inclinatione, quamquam haud requiritur definitum morbum.

Anomaliae, perturbationes vel abnormes inclinationes praesentes esse debent

momento quo consensus praestatur et nexum pateat inter abnormitates et incapacitatem assumendi matrimoniales obligationes.

Qui nexus implicat « una condizione dei soggetti tale, a causa di una costituzione psichica, comunque psichiatricamente o psicologicamente definibile, di cui essi sono portatori, da impedire loro di condurre ad esecuzione gli obblighi essenziali del matrimonio, peraltro conosciuti, sufficientemente valutati e liberamente voluti" (Pompedda, Consenso e impedimenti nel C.I.C. 1983, in 'Studi di diritto matrimoniale', 1993, pag. 233).

Incapacitas perpendenda est, ut ex verbis canonis patet, in ordine ad essentiales matrimonii obligationes dumtaxat, quae "implicant illas ex proprietatibus ipsius instituti matrimonialis profluentes ita ut incapacitate assumendi onera coniugalia dicendus sit qui ob gravem anomaliam psychicam sese obligare non valet ad constituendum totius vitae consortium ex natura sua ad bonum coniugum, ad generationem et educationem prolis ordinatum" (c. Funghini, R.R. Dec., vol. LXXXII, pag. 640, n. 3).

II. De metu

8. – Codex Iuris Canonici in can. 219 sollemniter affirmat "Christifidelies omnes iure gaudent ut a quacumque coactione sint immunes in statu vitae eligendo". Hoc postulatur ab ipsa humana dignitate quia, uti legimus in Constitutione 'Gaudium et Spes', n. 17, libertas est « eximium divinae imaginis in homine signum » et « dignitas hominis requirit ut secundum consciam et liberam electionem agat, personaliter scilicet ab intra motus et inductus, non sub coeco impulsu interno vel sub mera externa coactione ».

Hoc potissimum urgendum est de matrimonii electione quia matrimonium severa onera et officia pro tota vita inducit et, ideo, libera a quavis coactione eiusdem electio sit oportet.

Intelligi etenim haud potest quomodo intima communitas vitae et amoris, ad bonum coniugum atque ad alios fines matrimonii obtinendos, oriri possit cum quis cogatur ad vivendum cum persona non amata, erga quam aversionem ad matrimonium persentit, ea sola ratione quia aliud remedium non videbat ad effugendum grave malum quod ipsi imminebat.

9. – Haec principia sequens Codex Iuris Canonici, in can. 1103, statuit "Invalidum est matrimonium initum ob vim vel metum gravem ab exstrinseco, etiam haud consulto incussum, a quo ut quis se liberet eligere cogatur matrimonium ». In vetere Codice inveniebantur etiam verba «et iniuste», quae merito deleta sunt. Neminem, enim, aufuget metum inferre, praesertim ad matrimonium extorquendum, semper iniustitiam constituere.

Iuxta canonis tenorem coactio, ut effectum irritantem habere possit, gravis esse debet, a causa libera illata, a qua "ut quis se liberet eligere cogatur matrimonium".

Non requiritur gravitas absoluta iuxta communem opinionem, sicut esse possent minae mortis aut similia, sufficit gravitas relativa, dimetienda ab indole, aetate, sexu metus patientis, eiusdem valetudine, capacitate resistendi metu inferenti necnon loci et familiae adiunctis.

Consideranda est etiam persona metus inferentis, eiusdem indoles, num minas prolatas ille exsequi valeat, si constanti animo praedita sit et capax minas exsequi.

Gravitas evincitur insuper ab aversione nupturientis erga invisum matrimonium. Inter se, enim, connectuntur gradus aversionis et coactionis: quo aversior, enim , quis

se praebet nuptiis, eo gravior coactio sit oportet ad eiusdem animum flectendum. Attamen "Aversio non implicat odium simultatem vel repugnantiam aut contemptum alterius partis, sed ad illam affirmandam satis est ostendere et comprobare coniugem alterius partis fieri numquam desiderasse, sed hanc solutionem manifeste respuisse utpote fastidium inducentem molestiamque afferentem" (c. Funghini, R.R. Dec., vol. LXXXVII, pag. 417, n. 6).

Non requiritur denique ut grave qualificatum malum ipsi contrahenti immineat cum sufficiat quod malum timeatur imminere parentibus vel consanguineis vel sociis in opere. Neque requiritur ut in mali comminatione matrimonium imponatur, sed sufficit ut contrahens teneat aliam viam ipsi haud patere ut a malo sese liberet.

10. – Metus ab exstrinseco esse debet, a causa libera seu ab homine incussus. Non sufficit metus intrinsecus "qui originem ducit a psychica dispositione, suggestione vel intima suasione ipsius metus patientis, tum metus a causa naturali pendens…" (c. Funghini, R.R. Dec., vol. LXXXXIX, pag. 430, n. 2).

Metus ab intrinseco ortus, etenim, nullam continet iniuriam.

Metus denique causa celebrationis matrimonii esse debet. Ideo non sufficit ut quis matrimonium contrahat «cum metu», sed «ob metum», quod haberi potest si metus, tempore celebrationis matrimonii, actualiter vel saltem virtualiter, animum contrahentis graviter perturbat. Contrahens enim matrimonium eligit «ut sese liberare posset a malo». Metus causa praecipua esse debet ac matrimonium determinans.

11. – **In facto.** – Causa ex tribus capitibus videri debet, quae sunt defectus discretionis iudicii viri eiusdemque incapacitatem assumendi onera coniugalia atque metus eidem viro incussus.

Ut de hoc decerni possit pro capitibus can. 1095, e et 3, perspicienda est vita viri ad eruendum num ipse aptam maturitatem ad matrimonium ineundum attigerit atque num problema severum in illo adfuerit quod impedire poterit capacitatem assumendi et ad praxim tradendi onera suscepta, dum pro capite vis et metus qualitas viri indolis perscrutanda est atque illa suppositi metus inferentis atque utrum, re vera, minae prolatae sint. Difficultates ex pluribus rationibus promanant, praesertim quia instructio in prima instantia facta sat manca apparet atque ipsa tantum capita can. 1095, 2, respiciebat.

Instructio coram Tribunali appellationis sat ampla apparet, sed contradictionibus plena quia testes, etiam ab actore inducti, in pluribus discordant cum actore et inter se.

12. – Vir, postremus filius in familia natus et post mortem patris, affirmat se in familia, a matre et fratribus «…fuí bastante consentído…..Mis hermanos majores me protegían, me llevaban para todo lado y me consentían….Mi mamá fué muy cariñosa conmigo, yo inclusive dormí en la cama con mi mamá y hasta la edad de nueve años me orinaba en la cama porque era muy consentído de mi madre» (66).

Ex supradictis verbis apparet actorem primis annis suae vitae, sive a matre, sive a fratribus permulctum (vezzeggiato) atque vitiatum fuisse. Nihil mirum quod ipse difficilis et morosum (capriccioso) sese demonstrasset. Ipse confitetur "…cuando algo que yo quería no me lo daban, me fotaba el piso, formaba pataletas, lloraba. Yo era bastante llorón y mis hermanos tenían que darme gusto en todo. Así fueron los primeros años y mi infancia" (66).

De sua indole ipse dicit "..desde niño fuí una persona muy tímida, era muy pensoso, tenía pocos amigos y al hablar con la niñas me ponía rojo…".

Erga matrem ipse dicit "Yo trataba de agradar a mi madre y era obediente con ella" (ib).

His attentis patet quod nihil graviter abnorme apparet in infante B.

Ex ipsa depositione actoris evincitur progressiva maturatio eiusdem, qui adulescens in Collegio amicos non multos habebat omnes masculini sexus, sed etiam puellas cognovit etiamsi "no entabla directa amistad con ellas . Mi primera novia la tuve despues de los 18 años" (66), sed nullibi requiritur quod, ad maturitatem demonstrandam, plures foemineas relationes instituantur.

In iuventute, pergit actor, "tenía un grupo de amigos, con los quales íbamos a fiestas".

Studia superiora conclusit actor atque Universitati sese inscripsit sed, cum ipsi studia illa minime placuissent, munus exercedum quaesivit et invenit quod , adhuc in praesentiarum exercet.

Insuper ipse bonam educationem religiosam, iuxta catholicae ecclesiae principia accepit et, maximi momenti, nulla infirmitate psychica affectus est, neque addictione alcoolo. En quid dicat, in festis quibus cum amicis frequentabat "…a veces consumíamos licor, pero no era de todos los dias, ni tan poco yo tenía afición de tomar licor" (67).

Neque in eiusdem familia quisquam aderat qui problematibus psychicis vel psychologicis affectus fuisset.

13. – In quodam iuvenum festo, die 22 februarii 1985, cum vigesimum secundum annum actor attigisset, conventam cognovit, duorum annorum natu minorem et statim, allectione reciproca iuvenes capti sunt. En quid actor dicat «En una despedía de soltera de la prima de C., me conocí con ella….Empezamos a salir apenas conocidos. En verdad nos conocimos y practicamente nos ennovíamos».

Non solum cum puella vir relationem instituit sed, et maximi momenti, pergit actor «También me relacioné con el papá, la mamá, las hermanas…. al papá el cual era buena gente conmigo» (67).

Pater conventae magna reverentia in familia prosequebatur.

Statim, pleno mutuo consensu, relationes intimas partes habere inierunt.

Post duos circiter annos vir puellae matrimonium civili ritu inire proposuit, quod illa statim accepit.

Matrimonium civile, ob flagrantem amorem celebratum est die 31 iulii 1987 insciis, tamen, parentibus utriusque partis.

Ex supra relatis clare evincitur quod puer timidus et varietatibus (capricci) plenus, virum apte maturum et plene capax relationes cum utroque sexu inire devenerat, decisiones capiendi atque vitam, sive circa munus exercendum, sive affectivam apte ducendi.

14. – In instructoria apud Tribunal primi gradus neque verbum invenitur circa maturationem partium, tantum quibusdam testibus quaestio proposita est num utraque vel alterutra pars quasdam signa affectionis psychiatricae vel psychologicae patefecisse sed negativam responsionem iudices acceperunt. Pariter testes, etsi telegraphice, deponunt de bona institutione sive humana, sive religiosa partium in familia accepta.

In depositione coram Tribunali alterius instantiae actor, in prima parte, fere ad litteram repetit quod in depositione primi gradus dixerat, sed insistit in sua timiditate affirmans "yo soi de essa persona que no busco a las mujeres, nunca entablo una conversación directa con ellas" (68). Quod, prae oculis factis habitis, vero minime respondere censendum est.

In secunda parte depositionis vir longe lateque exponit suam versionem circa nuptias coram ecclesia initas, potius ad metum sese referens et nihil addens quod firmare possit capita eiusdem defectus discretionis atque incapacitatis assumedi onera coniugalia.

Conventa, in litteris Tribunali missis cum adnexis documentis, in toto contradicit quae de re ab actore relata sunt (91ss).

15. – Praemittendum quod etiam in secunda instantia quaestiones can. 1095, 2 et 3, tantum per transennam tractatae sunt, quia maxima pars quaestionum vices celebrationis matrimonii partium coram ecclesia vel postmatrimoniales respiciunt.

Testes adducti parum, vel contra thesim actoris de eiusdem defectu discretionis iudicii vel incapacitatis assumendi onera coniugalia deponunt.

Sic senior soror actoris quae deponit "La formación quae recibió B. en la casa fué de responsabilidad y respeto. Sempre acataba las ordenes de mi madre. Terminó il bachillerado y se puso a trabajar con responsabilidad" (76/3).

Testis Andrés, actoris amicus, affirmat "B. era muy dedicado a su trabajo, muy serio en sus compromisos" (79/5).

Reliqui duo testes tantum de historia matrimonii religiosi, prout ab actore informati sunt, deponunt.

16. – Apud Tribunal appellationis peritus in causa constitutus est, doct. R. A. Q., qui virum inspexit, nescimus si acta collecta.

In interrogatorio coram perito vir affirmat "Soy una persona de carácter fuerte. De mal genio", dein sese contradicit cum affirmet "Bastante tímido, inseguro, siempre tuvo medo de acercarmele a las niñas" (92).

Difficile intellectu est quomodo vir fortis indolis vel caracteris, esse possit 'timido'. Quoad difficultates viri erga puellas, forsitam vero respondebat annis infantiae suae et primae adulescentiae, sed in posteriore tempore clare contrarium evincitur ex actis.

Vir coram perito affirmat utpote propria maior qualitas "La responsabilitad', tenere, quod etiam testes in secunda instantia inducti affirmant, quod acriter stridet cum eiusdem thesi de defectu discretionis iudicii.

Ideo, peritia pauci habenda est quia exstructa super fundamentis vacillantibus, ceterum, genericis terminis exarata; penitus omittit criteria quae requiruntur in Instructione 'Dignitas Connubii', art. 209, nullimode demonstrat, vel saltem indicat, effectus assertae deordinationis in viri consensu vel in actis coniugalibus essentialibus.

Ceterum, ex actis, continuo perturbationes cuisquemque generis in ambabus partibus eorumdemque familiis excluduntur.

III. De vi et metu

17. – Eo vel minus constat minas actorem a quibuscumque accepisse et, metu coacto, ad nuptias celebrandas accessisse.

Partes, ut dictum est, nuptias civili ritum celebraverunt anno 1987, insciis ambabus familiis, ut tranquilliter ipsarum relationem, etiam intimam, prosequi potuissent. Attamen, dicit mulier, ipsi de matrimonio coram ecclesia celebrando cogitabant, sed prius stabilitatem oeconomicam attingere volebant et hac de ratione, filios post matrimonium religiosum generandi dilataverunt (20).

Relatio coniugalis, etiamsi conviventia instituta non fuit, bona esse perrexit, confirmante viro sive de bona relatione, sive de intentione coram ecclesia nubendi, sed prius

acquirendi stabilitatem oeconomicam et finem studiorum conventae expectandi (20).

Decursu interrogationis vir loquitur de quibusdam genericis dissentionibus inter ipsos, quin aliquid specifice afferat.

Post duos annos, tamen, mater conventae de hoc informata est, vir dicit «..solo una llamada anónima a la mamá de ella, la advertió que ya nos habíamos casado por lo civil» (25/2). Pergit vir, in depositione primae instantiae « …hubo una certa presión de la mamá y de la hermana de ella para que yo tomara la decisión de pedir la mano".

Patet, non de minis actum esse, sed de suasionibus. Idem repetit vir in eadem responsione « Hubo come dije, una cierta presión da parte de la familia de la novia…" (26).

In depositione coram Tribunali appellationis vir loquitur de insistentiis puellae ad matrimonium religiosum celebrandum, quod ipse noluisset, quamquam gravia iurgia haud inter ipsos adfuerunt.

Tunc, quae prius erant suasiones matris conventae quae "una certa presión" constituebant, vir mutat in coactiones dicens " (mater conventae) me coaccionó para que yo de todas maneras pidiera la mano de C. al padres".

Neminem aufugit quaesitam viri exagerationem.

Hoc perclarum apparet si attendamus ad qualitatem minarum quas vir affirmat a matre conventae sibi prolatas esse, quae potium ridiculum attingunt:

"Ella me amenazó que se yo no pedía la mano al padres, ella le contaría que ya nos habíamos casado por lo civil" (70).

Seposito facto quod mater conventae qualemcumquem minam actori fecisse negat, verba relata totaliter inepta sunt ad metum inferendum, quia pater conventae plene acceptaverat relationem partium, quod scatet etiam ex ipsa depositione actoris.

Intelligi, nempe, haud potest quomodo, praeter quamdam obiurgationem pro matrimonio civili occulte a partibus inito, pater conventae graviter erga virum agere potuisset cum placita ad relationem ipse dedisset.

18. – Nunc videatur oportet quomodo sese praebabat pater conventae.

Ex actis deducitur illum fuisse virum severum et magna auctoritate gaudentem in familia, attamen fabulas de eiusdem violento modo agendi ab actore enarrata, sicut de munere quo ille fungebat, minime confirmationem in actis obtinent, immo convincenti argumento, nempe patrem numquam pro violentia magistratibus civitatis fuisse denuntiatum, a conventa confutantur.

Insuper, ex ipsis depositionibus viri actoris, scatet ipsum optimam relationem habuisse cum patre conventae.

In prima instantia actor deponit « Yo en la casa de C. caí bien, era una relación con sus padres de aceptación »(25). In depositione coram Tribunali appellationis, immo, vir deponit « …vine conociendo al papá el cual era buena gente conmigo" (67) et " (pater conventae) trataba de ser buena gente conmigo" (68) et pergit "Nuestro noviazgo fué de la simpatía de ambas familias" (69), nullo membro excluso.

His attentis, vix et ne vix quidem intelligi potest quomodo vir metu coacto sese sentire posset ita ut aliam viam illi apertam haud fuisset sese liberandi ab inviso matrimonio (quod minime tunc invisum ex actis apparet), eo vel magis quod conventa in prima instantia deponit "mi padre e B. son muy amigos, todavía siguen amigos a pesar de la separación con él"(20).

Insuper prae oculis tenendum est virum, coram perito, sese definisse "una persona de carácter fuerte" (92) et ideo parum, vel nihil aptum placitis alterius sese subiciendi.

Haec sufficiunt ad thesim actoris de metu sibi incussu destruendam.

19. – Quibus omnibus, tum in iure tum in facto perpensis, Nos infrascripti Praelati Auditores de Turno, pro Tribunali sedentes et solum Deum prae oculis habentes, Christi Nomine invocato, edicimus, declaramus et definitive sententiamus propositis dubiis respondentes: *Negative, seu non constare de matrimonii nullitate, in casu, neque ex defectu discretionis iudicii viri eiusdemque incapacitate assumendi essentiales matrimonii obligationes, neque ex metu actori incusso. (Omissis).*

Presentazione

La sezione di Giurisprudenza e legislazione costituzionale e comunitaria di questo numero raccoglie tre pronunce della Corte EDU, due della Corte costituzionale, le Conclusioni del Consiglio Europeo in tema di migrazioni, la Risoluzione del Parlamento europeo relativa alla "*Situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea" per gli anni 2013-2014*, il Decreto Legislativo 18 agosto 2015 n. 142, avente ad oggetto "Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale".

Nella sentenza 21 luglio 2015, n. 18766-36030/11 (*caso Oleari e altri v. Italia*), la Corte di Strasburgo si è espressa su una controversia già oggetto di una pronuncia della Corte costituzionale, in ordine alla legittimità del mancato riconoscimento legale delle unioni omosessuali nell'ordinamento italiano. A tal proposito, nella nota sentenza n. 138 del 2010, la Consulta aveva escluso il carattere discriminatorio delle norme codicistiche che riservano il matrimonio alle coppie eterosessuali, affermando che spettasse al Parlamento regolare, nei tempi, con i mezzi e i limiti fissati dalla legge, il riconoscimento giuridico dei diritti e dei relativi doveri delle coppie *same-sex*. Tornando sul punto, la Corte EDU ha invece considerato il mancato riconoscimento lesivo dell'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare), mentre ha dichiarato inammissibile il ricorso laddove invocava l'applicazione dell'art. 12 CEDU (diritto al matrimonio), in quanto tale previsione «non impone un obbligo agli Stati di garantire l'accesso al matrimonio a coppie dello stesso sesso come le ricorrenti». L'Italia dovrebbe quindi individuare una «struttura legale specifica che provveda al riconoscimento e alla protezione» delle coppie formate da persone dello stesso sesso, con la precisazione che «in assenza del matrimonio, l'opzione di una unione civile o di una *partnership* registrata sarebbe la via più appropriata per le coppie dello stesso sesso». Essa perviene così alla "erosione" del tradizionale margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati sulle questioni eticamente controverse, ponendo l'accento, in particolare, sul criterio del «consenso europeo su una certa soluzione legislativa». Secondo parte della dottrina, peraltro, proprio questo criterio non risulta irresistibile, dal momento che nei paesi in cui tale riconoscimento è avvenuto, almeno nella forma giuridica dell'unione civile (attualmente in 24 Stati su 47), esso è acquisizione piuttosto recente ed ha sempre prodotto profonde fratture nel tessuto sociale interessato.

Nel caso *Parrillo* la Corte ha ritenuto che il divieto di donare alla ricerca scientifica embrioni ottenuti a seguito del ricorso a metodiche di fecondazione in vitro non sia contrario al principio di cui all'art. 8 della CEDU (rispetto della vita privata). Nel corpo della motivazione si richiama il precedente offerto dalla sentenza 18 ottobre 2011 (C-34/10 *Oliver Brüstle/Greenpeace eV*), laddove si esclude «la brevettabilità dell'invenzione qualora l'«insegnamento tecnico» oggetto della domanda di brevetto richieda in via preliminare - anche se la sua descrizione non lo menzioni - la distruzione di embrioni umani o il loro uso come materiale di partenza, qualunque sia la fase in cui questi ultimi intervengano». Se dunque, per un verso, la Corte pare escludere la riduzione dell'embrione a mero materiale di ricerca, per altro verso essa ha evitato di esprimersi, in positivo, sullo statuto dell'embrione umano, scelte che avrebbe

comportato una esplicita presa di posizione sul fondamento pre-giuridico idoneo a radicare le situazioni giuridiche riconosciute all'embrione umano.

Nel caso *Ebrahimian c. France*, infine, la Corte ribadisce una posizione ormai consolidata in tema di simboli religiosi, alla luce di un certo modo di intendere la laicità negativa, affermando la legittimità del divieto di indossare il velo imposto a una dipendente del servizio pubblico ospedaliero, in quanto misura "necessaria", in una società democratica, alla «protezione dei diritti e delle libertà altrui» e "proporzionata" allo scopo di tutelare il principio di laicità dello Stato e di assicurare l'adempimento dell'obbligo di neutralità dei servizi pubblici.

Le due pronunce della Corte costituzionale che si riportano si collocano su piani di indagine diversi.

Nella sentenza 9 ottobre 2015, n. 195 si dichiara l'illegittimità costituzionale della legge della Regione Calabria 16 ottobre 2014, n. 27 (Norme in tema di donazione degli organi e tessuti), per violazione dell'art. 117, comma 2, lett. i), g) ed l) e comma 3, Cost. La Consulta rileva come la disciplina regionale riproduca nella sostanza una disciplina già prevista a livello statale, invadendo la competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di «anagrafi» e di «ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali». In tal senso, a prescindere dalla conformità o difformità della legge regionale alla legge statale, la semplice «novazione della fonte con intrusione negli ambiti di competenza esclusiva statale costituisce causa di illegittimità della norma».

Di diverso tenore la sentenza 5 novembre 2015, n. 221, nella quale la Consulta ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), sollevata dal Tribunale di Trento in riferimento agli artt. 2, 3, 32, 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della CEDU. In particolare, la Corte ha osservato come la disposizione di legge vada interpretata nel senso di escludere il carattere necessario dell'intervento chirurgico ai fini della rettificazione di attribuzione di sesso, non prescrivendo rigide griglie normative sulla tipologia dei trattamenti, in coerenza con l'esigenza di rispondere all'irriducibile varietà delle singole situazioni soggettive. Secondo il giudice delle leggi «Il trattamento chirurgico non deve dunque essere considerato quale prerequisito per accedere al procedimento di rettificazione, ma possibile mezzo, funzionale al conseguimento di un pieno benessere psicofisico», precisando, tuttavia, come rimanga «ineludibile un rigoroso accertamento giudiziale delle modalità attraverso le quali il cambiamento è avvenuto e del suo carattere definitivo». La pronuncia, pertanto, propone una lettura "conservativa" della disciplina vigente, consentendo procedimenti di rettifica di attribuzione di sesso non basati su trattamenti chirurgici, ma, al contempo, mantiene fermo l'irrinunciabile elemento della certezza e definitività dell'accertato cambiamento.

A chiusura della sezione si propongono i testi di due importanti documenti del Consiglio europeo e del Parlamento europeo, i quali contengono orientamenti e proposte di intervento in tema di migrazioni e di promozione dei diritti umani, nonché il citato D. Lgs. n. 142 del 2015, che si colloca nella meritoria (ma ancora irrealizzata) prospettiva di implementazione di un diritto umanitario sovranazionale.

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo
Sentenza 21 luglio 2015, n. 18766-36030/11
Caso Oleari e altri v. Italia

Possibilità di un riconoscimento legale per coppie omosessuali

Abstract: *In the case of Oliari and Others v. Italy (application no. 18766/11 and 36030/11) the European Court of Human Rights held, unanimously, that there had been: a violation of Article 8 (right to respect for private and family life) of the European Convention on Human Rights. The case concerned the complaint by three homosexual couples that under Italian legislation they do not have the possibility to get married or enter into any other type of civil union. The Court considered that the legal protection currently available to same-sex couples in Italy – as was shown by the applicants' situation – did not only fail to provide for the core needs relevant to a couple in a stable committed relationship, but it was also not sufficiently reliable. A civil union or registered partnership would be the most appropriate way for same-sex couples like the applicants to have their relationship legally recognised. The Court pointed out, in particular, that there was a trend among Council of Europe member States towards legal recognition of same-sex couples – 24 out of the 47 member States having legislated in favour of such recognition – and that the Italian Constitutional Court had repeatedly called for such protection and recognition. Furthermore, according to recent surveys, a majority of the Italian population supported legal recognition of homosexual couples.*

Fonte: www.echr.coe.int

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – Seconda Sezione
Sentenza 27 agosto 2015, n. 46470/11
Caso Parrillo v. Italia

Proibire una donna di donare alla ricerca scientifica dei suoi embrioni ottenuti a seguito del ricorso a metodiche di fecondazione in vitro non è contrario al principio di cui all'art. 8 della CEDU (rispetto della vita privata).

[…]
Dopo aver deliberato, [la Corte] pronuncia la seguente decisione:

IN FATTO

La ricorrente, sig.ra Adelina Parrillo, è una cittadina italiana nata nel 1954 e residente a Roma. Dinanzi alla Corte è rappresentata dagli avvocati Nicolò Paoletti e Claudia Sartori del foro di Roma.

A. **Le circostanze del caso di specie**

I fatti della causa, come esposti dalle parti, si possono riassumere come segue.

Nel 2002 la ricorrente ed il suo compagno fecero ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Grazie a questa tecnica furono ottenuti cinque embrioni.

Il 12 novembre 2003 il compagno della ricorrente decedette. La ricorrente avrebbe voluto donare gli embrioni creati in vitro per la ricerca scientifica al fine di contribuire, tramite alcune cellule staminali, allo studio di terapie per le malattie difficilmente curabili.

Tuttavia, l'articolo 13 della legge n. 40 del 19 febbraio 2004 (legge n. 40/2004, si veda la parte «Diritto interno pertinente») vieta la sperimentazione sugli embrioni umani, anche se finalizzata alla ricerca scientifica, prevedendo la pena della reclusione da due a sei anni in caso di violazione.

La ricorrente sostiene che gli embrioni in questione sono stati creati in epoca precedente a quella dell'entrata in vigore della legge sopra citata. Così, in maniera del tutto regolare aveva potuto mettere in crioconservazione gli embrioni senza procedere al loro impianto immediato (si veda l'articolo 14 della legge n. 40/2004).

B. **Il diritto interno ed europeo pertinente**

1. **La Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e la biomedicina** («Convenzione di Oviedo») del 4 aprile 1997

Articolo 18 – Ricerca sugli embrioni in vitro

«Quando la ricerca sugli embrioni in vitro è ammessa dalla legge, quest'ultima assicura una protezione adeguata all'embrione. La costituzione di embrioni umani a fini di ricerca è vietata.»

2. La legge n. 40 del 19 febbraio 2004 («Norme in materia di fecondazione medicalmente assistita») Articolo 13 - Sperimentazione sugli embrioni umani

«1. È vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano.

2. La ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative.

3. (...)

4. La violazione dei divieti di cui al comma 1 è punita con la reclusione da due a sei anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro (...)

5. È disposta la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti di cui al presente articolo.»

Articolo 14 - Limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni

« 1. È vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni, fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza).

2. (...)

3. Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile.»

3. Il decreto del Ministero della Salute dell'11 aprile 2008 («Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita»)

«(...) Crioconservazione degli embrioni: (...)Si dovranno considerare due diverse tipologie di embrioni crioconservati: la prima, quella degli embrioni che sono in attesa di un futuro impianto, compresi tutti quelli crioconservati prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004, e la seconda, quella degli embrioni per i quali sia stato accertato lo stato di "abbandono" (...).»

4. **Con decreto del 25 giungo 2009, il Ministro della Salute ha nominato una «Commissione di studio sugli embrioni crioconservati nei centri di procreazione medicalmente assistita».** Nella relazione finale di tale commissione, adottata a maggioranza l'8 gennaio 2010, è esposto quanto segue:

«Il divieto legale di soppressione degli embrioni induce a ritenere che la crioconservazione possa essere interrotta solo in due casi: quando si possa impiantare l'embrione scongelato nell'utero della madre o comunque di una donna disposta ad accoglierlo o quando sia possibile accertarne scientificamente la morte naturale o la definitiva perdita di vitalità come organismo. Allo stato attuale delle conoscenze, per accertare la perdurante vitalità dell'embrione è necessario però scongelarlo, il che ci pone di fronte ad un paradosso, dato che una volta scongelato l'embrione non può essere congelato una seconda volta e se non si provvede ad un suo immediato impianto in utero, se ne causa inevitabilmente la sua morte. Di qui la prospettiva tuzioristica di una possibile conservazione a tempo indeterminato degli embrioni congelati. È da ritenere però che il progresso della ricerca scientifica consentirà di individuare criteri e metodologie per diagnosticare la morte o comunque la perdita di vitalità degli

embrioni crioconservati: si arriverà così a superare l'attuale paradosso, legalmente inevitabile, di una crioconservazione che potrebbe non avere mai un termine. In attesa che a tanto si giunga e che si possa ben presto stabilire quando sia divenuto privo di senso il prolungamento della conservazione degli embrioni in stato di congelamento, ribadisce che non è possibile non far riferimento all'esplicita prescrizione dell'art. 141 della L. 40/2004, che vieta comunque la soppressione degli embrioni, quindi anche di quelli tra essi che siano crioconservati. Non solo, ancor più dirimente è il fatto che il legislatore della legge 40 già postosi il problema della sorte degli embrioni soprannumerari, ha optato inequivocabilmente per la loro conservazione e non per la loro distruzione, con ciò cristallizzando normativamente una ratio preferenziale verso una loro tenuta in vita, anche quando fosse incerto il loro destino.»

5. Con sentenza del 18 ottobre 2011 (C-34/10 Oliver Brüstle / Greenpeace eV) emessa su rinvio pregiudiziale della Corte federale di giustizia (Bundesgerichtshof) tedesca, la Corte di giustizia dell'Unione europea si è espressa sull'interpretazione della direttiva 98/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 luglio 1998 relativa alla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche (JO L 213, p. 13). La parte della direttiva in causa era soprattutto quella che, temperando il principio secondo il quale gli usi di embrioni umani a fini «industriali o commerciali» non sono brevettabili, precisa che tale esclusione non riguarda le invenzioni a finalità terapeutiche o diagnostiche che si applicano e che sono utili all'embrione umano». La Corte si è espressa in particolare su tre questioni: 1) l'ampiezza della nozione di «embrione umano», 2) il campo di applicazione della direttiva in causa e 3) la brevettabilità di una invenzione quando le sue tappe richiedono la distruzione di embrioni umani. Sulla prima questione, la Corte di giustizia ha risposto che la nozione di «embrione umano» deve essere intesa in senso ampio, che comprende «qualsiasi ovulo umano fin dalla fase della sua fecondazione, l'ovulo umano non fecondato nel quale è stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura e l'ovulo umano non fecondato che è stato indotto a dividersi e a svilupparsi attraverso partenogenesi». Sulla questione del campo di applicazione della direttiva in causa, la Corte ha precisato innanzitutto che tale direttiva non si prefigge di regolamentare l'uso di embrioni umani nell'ambito di ricerche scientifiche limitando invece il suo oggetto alla brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche. La Corte ha poi ritenuto che le invenzioni che prevedono l'uso di embrioni umani rimangono escluse da qualsiasi brevettabilità anche quando possono essere finalizzate alla ricerca scientifica (non potendo, in materia di brevetti, distinguere finalità di questo tipo dalle altre a fini industriali e commerciali), ma che non sono interessate da questa esclusione le invenzioni che prevedono l'«uso per finalità terapeutiche o diagnostiche che si applichi all'embrione umano e sia utile a quest'ultimo». Per quanto riguarda la terza questione, la Corte ha ritenuto di dover escludere qualsiasi brevettabilità dell'invenzione qualora l'«insegnamento tecnico» oggetto della domanda di brevetto richieda in via preliminare - anche se la sua descrizione non lo menzioni - la distruzione di embrioni umani o il loro uso come materiale di partenza, qualunque sia la fase in cui questi ultimi intervengano.

6. Da un esame della legislazione in materia di ricerca scientifica sugli embrioni umani in Europa risulta che, su tredici Stati europei (Italia, Irlanda, Regno Unito, Portogallo, Spagna, Germania, Repubblica Ceca, Svizzera, Francia, Grecia, Lituania, Finlandia e Svezia), tre prevedono un divieto generale di utilizzare degli embrioni per finalità di ricerca scientifica (Italia, Irlanda e Germania). Negli altri Stati la legislazione

permette tale pratica, soprattutto per quanto riguarda gli embrioni soprannumerari (ossia, quelli che, creati nell'ambito di una fecondazione in vitro, alla fine non vengono utilizzati), assoggettandoli ad alcune condizioni (ad esempio, che la coppia interessata vi acconsenta o che la ricerca sia effettuata entro un determinato periodo di vita degli embrioni).

MOTIVI DI RICORSO

1. Invocando l'articolo 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione, la ricorrente lamenta il fatto che la legge n. 40/2004 le impedisca di donare i suoi embrioni per finalità di ricerca scientifica, obbligandola a mantenerli in stato di crioconservazione fino alla loro estinzione.

2. Dal punto di vista dell'articolo 10 della Convenzione, la ricorrente lamenta inoltre che il divieto di poter donare gli embrioni in causa violerebbe la libertà di espressione, di cui la libertà della ricerca scientifica costituirebbe un aspetto fondamentale.

3. Invocando l'articolo 8 della Convenzione, la ricorrente vede infine in tale divieto una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata.

IN DIRITTO

Invocando l'articolo 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione, la ricorrente lamenta il fatto che la legge n. 40/2004 le vieti di donare i suoi embrioni per finalità di ricerca scientifica, obbligandola a mantenere questi ultimi in uno stato di crioconservazione fino alla loro estinzione. L'articolo in causa è così formulato:

«Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale.

Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende.»

Allo stato attuale, la Corte non si ritiene in grado di pronunciarsi sulla ricevibilità di questo motivo di ricorso e giudica necessario comunicare questa parte del ricorso al governo convenuto, conformemente all'articolo 54 § 2 b) del suo regolamento.

Dal punto di vista dell'articolo 10 della Convenzione, la ricorrente lamenta inoltre che il divieto di poter donare gli embrioni in causa violerebbe la libertà di espressione, di cui la libertà della ricerca scientifica costituirebbe un aspetto fondamentale. Questo articolo dispone inoltre:

« 1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive.

« 2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di

informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario.»

Non escludendo che l'eventuale uso degli embrioni in causa potrebbe essere utile per la ricerca scientifica e che quest'ultima può costituire una forma di libertà di comunicazione delle informazioni, la Corte rileva che, così come formulato dalla ricorrente, il motivo di ricorso verte su un diritto di cui sono titolari gli operatori del settore, ossia i ricercatori e gli scienziati e indirettamente la ricorrente. Quest'ultima non può considerarsi vittima rispetto al motivo che solleva, questa parte del ricorso deve pertanto essere rigettata per incompatibilità *ratione personae* con la Convenzione, ai sensi dell'articolo 35 §§ 3 e 4 della Convenzione.

Invocando l'articolo 8 della Convenzione, la ricorrente considera il divieto in causa una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata. Questo articolo è così formulato nelle sue parti pertinenti:

«1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata (...).

2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.»

Allo stato attuale, la Corte non si ritiene in grado di pronunciarsi sulla ricevibilità di questo motivo di ricorso e, conformemente all'articolo 54 § 2 b) del suo regolamento, giudica necessario comunicare questa parte del ricorso al governo convenuto.

Per questi motivi, la Corte, all'unanimità,

Rinvia l'esame dei motivi di ricorso della ricorrente basati sugli articoli 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione e 8 della Convenzione;

Dichiara il ricorso irricevibile per il resto.

[…]

Fonte: www.echr.coe.int [Traduzione a cura del Ministero della Giustizia; Direzione generale del contenzioso e dei diritti umani].

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo
Sentenza 26 novembre 2015, n. 64846/11
Caso Ebrahimian c. France

Abstract: *Il divieto di indossare il velo imposto a una dipendente del servizio pubblico ospedaliero rappresenta una restrizione del diritto di libertà religiosa garantito dall'art. 9 della CEDU; restrizione che risulta tuttavia "necessaria", in una società democratica, alla "protezione dei diritti e delle libertà altrui". La limitazione della libertà di manifestare la propria fede religiosa sul luogo di lavoro mediante uno specifico abbigliamento costituisce, infatti, una misura "proporzionata" allo scopo di tutelare il principio di laicità dello Stato e di assicurare l'adempimento dell'obbligo di neutralità dei servizi pubblici.*

Fonte: www.olir.it

Corte Costituzionale
Sentenza 09 ottobre 2015, n. 195

Illegittimità costituzionale della legge della Regione Calabria 16 ottobre 2014, n. 27 (Norme in tema di donazione degli organi e tessuti), per violazione dell'art. 117, comma 2, lett. i), g) ed l) e comma 3, Cost.

Abstract: *Il legislatore ha introdotto (con legge 1° aprile 1999, n. 91, recante «Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti»), ai fini della dichiarazione di volontà in tema di donazione di organi e tessuti* post mortem*, la procedura della notificazione e del cosiddetto silenzio-assenso, che prevede la notificazione, a tutti i cittadini, della richiesta di manifestare la propria volontà, con il contestuale avviso che la mancata risposta sarà intesa come assenso. Al fine di favorire la promozione della cultura della donazione degli organi, il legislatore statale ha poi introdotto – a fianco di quella appena descritta – una procedura semplificata, da svolgersi dinanzi all'ufficiale dell'anagrafe, al momento del rilascio o del rinnovo del documento d'identità (decreto del Ministro della salute dell'11 marzo 2008, recante «Integrazione del decreto 8 aprile 2000 sulla ricezione delle dichiarazioni di volontà dei cittadini circa la donazione di organi a scopo di trapianto»). L'impugnata legge reg. Calabria, prevedendo la competenza dell'ufficiale dell'anagrafe a ricevere e trasmettere le dichiarazioni di volontà in tema di donazione di organi e tessuti* post mortem*, riproduce nella sostanza una disciplina già prevista a livello statale, invadendo la competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di «anagrafi» (art. 117, secondo comma, lettera i, Cost.) e di «ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali» (art. 117, secondo comma, lettera g, Cost.). A prescindere infatti dalla conformità o difformità della legge regionale alla legge statale, «la novazione della fonte con intrusione negli ambiti di competenza esclusiva statale costituisce causa di illegittimità della norma» regionale (*ex plurimis*, sentenze n. 35 del 2011 e n. 26 del 2005). La legge regionale che pur si limiti sostanzialmente a ripetere il contenuto della disciplina statale determina la violazione dei parametri invocati, derivando la sua illegittimità costituzionale non dal modo in cui ha disciplinato, ma dal fatto stesso di aver disciplinato una materia di competenza legislativa esclusiva dello Stato.*

Fonte: www.cortecostituzionale.it

Corte costituzionale
Sentenza 05 novembre 2015, n. 221

Infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso)

Abstract: *È infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3, 32, 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea 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. L'esclusione del carattere necessario dell'intervento chirurgico ai fini della rettificazione anagrafica appare infatti il corollario di un'impostazione che – in coerenza con supremi valori costituzionali – rimette al singolo la scelta delle modalità attraverso le quali realizzare, con l'assistenza del medico e di altri specialisti, il proprio percorso di transizione, il quale deve comunque riguardare gli aspetti psicologici, comportamentali e fisici che concorrono a comporre l'identità di genere. L'ampiezza del dato letterale dell'art. 1, comma 1, della legge n. 164 del 1982 e la mancanza di rigide griglie normative sulla tipologia dei trattamenti rispondono all'irriducibile varietà delle singole situazioni soggettive. Rimane tuttavia ineludibile un rigoroso accertamento giudiziale delle modalità attraverso le quali il cambiamento è avvenuto e del suo carattere definitivo. Rispetto ad esso il trattamento chirurgico costituisce uno strumento eventuale, di ausilio al fine di garantire, attraverso una tendenziale corrispondenza dei tratti somatici con quelli del sesso di appartenenza, il conseguimento di un pieno benessere psichico e fisico della persona. Il trattamento chirurgico non deve dunque essere considerato quale prerequisito per accedere al procedimento di rettificazione, ma possibile mezzo, funzionale al conseguimento di un pieno benessere psicofisico.*

LA CORTE COSTITUZIONALE
[…]

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), promosso dal Tribunale ordinario di Trento, nel procedimento vertente tra D.B. e Pubblico ministero presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Trento, con ordinanza del 20 agosto 2014, iscritta al n. 228 del registro ordinanze 2014 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 52, prima serie speciale, dell'anno 2014.

Visti l'atto di costituzione di D.B., nonché gli atti di intervento dell'Associazione

Radicale Certi Diritti e dell'Associazione ONIG - Osservatorio Nazionale sull'Identità di Genere, ed altri e del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nell'udienza pubblica del 20 ottobre 2015 il Giudice relatore Giuliano Amato;

uditi gli avvocati Massimo Luciani per D.B., Potito Flagella per l'Associazione ONIG - Osservatorio Nazionale sull'Identità di Genere, ed altri, e l'avvocato dello Stato Gabriella Palmieri per il Presidente del Consiglio dei ministri.

Ritenuto in fatto

1.– Con ordinanza del 20 agosto 2014, il Tribunale ordinario di Trento ha sollevato – in riferimento agli artt. 2, 3, 32, 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea 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 – questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso).

Tale disposizione prevede che «La rettificazione si fa in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali».

Ad avviso del giudice rimettente, la disposizione censurata si porrebbe in contrasto con gli artt. 2 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 8 della CEDU, poiché la previsione della necessità, ai fini della rettificazione anagrafica dell'attribuzione di sesso, dell'intervenuta modificazione dei caratteri sessuali primari attraverso trattamenti clinici altamente invasivi pregiudicherebbe gravemente l'esercizio del diritto fondamentale alla propria identità di genere.

Viene, inoltre, denunciato il contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost., per l'irragionevolezza insita nella subordinazione dell'esercizio di un diritto fondamentale, quale il diritto all'identità sessuale, al requisito della sottoposizione della persona a trattamenti sanitari (chirurgici o ormonali), estremamente invasivi e pericolosi per la salute.

2.– Il giudice a quo riferisce di essere chiamato a decidere in ordine alla domanda di rettificazione anagrafica dell'attribuzione di sesso, avanzata da una persona non sposata e senza figli, intenzionata ad ottenere il riconoscimento di una nuova identità maschile.

Il Tribunale rimettente, chiamato a fare applicazione dell'art. 1 della legge n. 164 del 1982, esclude la possibilità di interpretare la disposizione in esame nel senso di ritenere ammissibile la rettificazione dell'attribuzione di sesso, anche in assenza della modificazione dei caratteri sessuali primari.

2.1.– In particolare, il giudice a quo osserva che l'art. 31, comma 4, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150 (Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69), prevedendo che «Quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato», sembrerebbe consentire che il trattamento medico-chirurgico sia solo eventuale (come lascerebbe intendere l'avverbio "quando").

Il rimettente ritiene, tuttavia, che la previsione di tale eventualità non significhi che la rettificazione di attribuzione di sesso possa essere ottenuta a prescindere dall'adeguamento dei caratteri sessuali primari, bensì soltanto che possano esservi

casi concreti nei quali gli stessi siano già modificati (ad esempio, per un intervento già praticato all'estero, ovvero per ragioni congenite).

Nel caso oggetto del giudizio a quo, il Tribunale dovrebbe rigettare la domanda di rettificazione, non essendo soddisfatto il requisito in questione. Di qui, la rilevanza della questione di costituzionalità dell'art. 1, comma 1, della legge n. 164 del 1982, nella parte in cui subordina la rettificazione di attribuzione di sesso all'intervenuta modificazione dei caratteri sessuali primari.

2.2.– Il Tribunale ritiene la questione non manifestamente infondata, in riferimento alla violazione dei parametri di cui agli artt. 2, 3, 32 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 8 della CEDU (Diritto al rispetto della vita privata e familiare).

Quanto alla denunciata violazione degli artt. 2 e 117, primo comma, Cost., il giudice *a quo* osserva che l'imposizione di un determinato trattamento medico, sia esso ormonale, ovvero di riassegnazione chirurgica dei caratteri sessuali, costituirebbe una grave ed inammissibile limitazione del diritto all'identità di genere. Ad avviso del rimettente, il raggiungimento dello stato di benessere psico-fisico della persona si realizza attraverso la rettificazione di attribuzione di sesso, e non già con la riassegnazione chirurgica sul piano anatomico (dalla persona non sempre voluta, come accade per la parte attrice nel giudizio a quo).

Vengono richiamate le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che hanno riconosciuto che il diritto all'identità di genere rientra a pieno titolo nella tutela prevista dall'art. 8 della CEDU, che sancisce il rispetto della vita privata e familiare. Si sottolinea, a questo riguardo, che la contrarietà di una norma interna alla CEDU si risolve in una questione di legittimità costituzionale, in riferimento alla violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.

Con specifico riferimento alla violazione dell'art. 2 Cost., il giudice a quo evidenzia che la giurisprudenza costituzionale ha ricondotto nell'alveo dei diritti inviolabili sia «il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità», che gli altri membri della collettività sono tenuti a riconoscere «per dovere di solidarietà sociale» (sentenza n. 161 del 1985); sia il diritto alla libertà sessuale, poiché, «Essendo la sessualità uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporne liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto» (sentenza n. 561 del 1987).

La disposizione censurata, pur riconoscendo il diritto della persona di scegliere la propria identità sessuale, ne subordina l'esercizio alla modificazione dei propri caratteri sessuali primari da realizzare tramite un doloroso e pericoloso intervento chirurgico. Ciò pregiudicherebbe in modo irreparabile l'esercizio del diritto stesso, finendo con il vanificarlo.

Di qui, l'insanabile contrasto tra il diritto individuale all'identità sessuale (e la relativa autodeterminazione) e l'imposizione del requisito della modifica dei caratteri sessuali primari, ai fini della rettificazione dell'attribuzione di sesso.

2.2.1.– Con riferimento alla violazione degli artt. 3 e 32 Cost., il Tribunale rimettente rileva l'irragionevolezza della previsione della previa modifica chirurgica dei caratteri sessuali primari.

Il giudice a quo ritiene che tale modificazione non sia sempre necessaria e che, anzi, alla luce dei diritti coinvolti, la persona debba avere il diritto di rifiutarla. Non vi sarebbe quindi ragionevolezza, né logicità, nel condizionare il riconoscimento del diritto della personalità in esame ad un incommensurabile prezzo per la salute della persona.

Una volta riconosciuto che il diritto alla rettificazione dell'attribuzione di sesso

costituisce oggetto di un diritto della personalità, non sarebbe consentito al legislatore subordinarlo a restrizioni tali da pregiudicarne gravemente l'esercizio, fino a vanificarlo.

3.– Nel giudizio è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che la questione sia dichiarata inammissibile e comunque infondata.

3.1.– L'Avvocatura generale osserva che il giudice a quo non avrebbe adeguatamente verificato la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa censurata, anche alla luce dell'intervenuta abrogazione del successivo art. 3 della stessa legge n. 164 del 1982, per la parte in cui prevedeva la verifica giudiziale dell'avvenuta esecuzione del trattamento chirurgico. Esso stabiliva, infatti, che «Il tribunale, quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, lo autorizza con sentenza. In tal caso il tribunale, accertata la effettuazione del trattamento autorizzato, dispone la rettificazione in camera di consiglio».

3.2.– Viene, inoltre, evidenziato che la giurisprudenza di merito ha già offerto un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione in esame, nel senso che – ai fini della rettificazione dell'attribuzione del sesso – non è sempre necessario un preventivo intervento medicochirurgico, modificativo dei caratteri sessuali.

Il trattamento medico-chirurgico sarebbe, infatti, necessario solo nel caso in cui occorra assicurare al soggetto transessuale uno stabile equilibrio psicofisico, ossia laddove la discrepanza tra il sesso anatomico e la psicosessualità determini un atteggiamento conflittuale di rifiuto dei propri organi sessuali. Viceversa, laddove non sussista tale conflittualità, l'intervento chirurgico non sarebbe necessario.

Al riguardo, la difesa erariale evidenzia che, come affermato dalla giurisprudenza costituzionale, la nozione di identità sessuale non è limitata ai caratteri sessuali esterni, ma può essere qualificata «come dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio, privilegiando […] il o i fattori dominanti» (sentenza n. 161 del 1985).

3.3.– In prossimità dell'udienza pubblica, l'Avvocatura generale dello Stato ha depositato una memoria in cui viene illustrata la sentenza della Corte di cassazione, sezione prima civile, del 20 luglio 2015, n. 15138. In tale pronuncia viene affermata la non obbligatorietà, ai fini della rettificazione del sesso nei registri dello stato civile, dell'intervento chirurgico demolitorio o modificativo dei caratteri sessuali anatomici primari, alla stregua di un'interpretazione costituzionalmente orientata, e conforme alla giurisprudenza della Corte EDU, dell'art. 1 della legge n. 164 del 1982, nonché del successivo art. 3 della medesima legge, attualmente confluito nell'art. 31, comma 4, del d.lgs. n. 150 del 2011.

Anche alla luce di tale recente arresto della giurisprudenza di legittimità, la difesa erariale ha insistito perché sia dichiarata l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, per il mancato esperimento, da parte del giudice a quo, del tentativo di interpretazione conforme alla Costituzione.

4.– Con atto depositato il 7 gennaio 2015, si è costituita nel giudizio D.B., parte privata ricorrente nel giudizio a quo, la quale ha chiesto che sia dichiarata l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata, in accoglimento della questione sollevata dal Tribunale ordinario di Trento.

4.1.– In via preliminare, la parte privata ritiene che il giudice a quo abbia utilizzato tutti gli strumenti interpretativi a sua disposizione per verificare la possibilità di una lettura alternativa della disposizione censurata, eventualmente conforme a Costitu-

zione, dovendo tuttavia concludere nel senso che tale interpretazione sia impedita dal tenore letterale della disposizione.

Né rileverebbe, ai fini dell'apprezzamento del rispetto delle regole del processo costituzionale, la possibilità di un'interpretazione alternativa: ciò che conta è che il rimettente se la sia prospettata, ritenendo di non poterla accogliere. L'esistenza di tale interpretazione alternativa sarebbe infatti, ad avviso della parte privata, questione che attiene al merito della controversia, e non alla sua ammissibilità.

4.2.– Nel merito, vengono richiamate le argomentazioni svolte dal giudice rimettente a sostegno della fondatezza questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge n. 164 del 1982, con riferimento a tutti i parametri evocati.

4.3.– In prossimità dell'udienza pubblica, la difesa della parte privata ha depositato una memoria, nella quale ha riferito, in primo luogo, alcuni sviluppi del giudizio a quo.

A seguito di istanza di riassunzione parziale del giudizio principale presentata dalla stessa parte privata, il Tribunale ordinario di Trento ha disposto la separazione del procedimento relativo alla domanda, proposta in via subordinata, di autorizzazione all'intervento chirurgico e, con sentenza del 25 marzo 2015, ha autorizzato l'adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante intervento chirurgico.

Anche alla luce di tali sviluppi, la parte privata ha ribadito l'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale, richiamando la disposizione dell'art. 22 delle norme integrative, che stabilisce il principio della irrilevanza delle questioni pregiudiziali rispetto alle vicende del giudizio principale.

Nella medesima memoria, la difesa di D.B. ha illustrato la sentenza della Corte di cassazione, sezione prima civile, del 20 luglio 2015, n. 15138, in cui è stata affermata la non obbligatorietà, ai fini della rettificazione del sesso nei registri dello stato civile, dell'intervento chirurgico demolitorio o modificativo dei caratteri sessuali anatomici primari, in base ad un'interpretazione costituzionalmente orientata, e conforme alla giurisprudenza della Corte EDU, dell'art. 1 della legge n. 164 del 1982.

5.– Nel giudizio dinanzi a questa Corte, è intervenuta l'Associazione Radicale Certi Diritti, chiedendo in via principale che la questione sollevata dal Tribunale ordinario di Trento venga dichiarata inammissibile per il mancato esperimento del tentativo di interpretazione conforme. In via subordinata, la parte interveniente ha chiesto che sia dichiarata l'illegittimità costituzionale della norma censurata.

5.1.– A sostegno della propria legittimazione all'intervento, la parte interveniente evidenzia l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, nel senso dell'apertura al riconoscimento della legittimazione di terzi, in qualità di enti rappresentativi di interessi collettivi.

A questo riguardo, l'Associazione ha riferito di promuovere, secondo il proprio oggetto statutario, iniziative politiche, culturali e sociali – anche a livello europeo ed internazionale – tese alla difesa e al sostegno di persone lesbiche, gay, transessuali, bisessuali, transgender ed eterosessuali e alla tutela dei diritti negati dalla legislazione italiana. Essa ha, inoltre, riferito di elaborare studi e analisi sulla condizione delle persone LGBTE, con particolare attenzione ai problemi legati all'esclusione dal pieno godimento dei diritti previsti dalla Carta costituzionale e dalla normativa europea.

5.2.– Quanto al merito della questione, la parte interveniente ritiene che sia possibile un'interpretazione costituzionalmente conforme dell'art.1, comma 1, della legge n. 164 del 1982.

L'Associazione evidenzia, in particolare, che la disposizione censurata non specifica il contenuto delle «modificazioni dei […] caratteri sessuali», alle quali è subordinata la rettifica anagrafica, né dà indicazioni sulla natura e la portata di tali modificazioni.

Se pure si può ritenere che le operazioni chirurgiche sugli organi sessuali primari rientrino nell'ambito di applicazione della disposizione, si potrebbe parimenti ritenere che la nozione di «modificazioni dei suoi caratteri sessuali» comprenda anche i trattamenti ormonali, i quali determinano rilevanti modificazioni dei caratteri sessuali, così consentendo la rettificazione del sesso anagrafico.

D'altra parte, la scelta in ordine ai trattamenti terapeutici e chirurgici da applicare ai casi concreti dovrebbe necessariamente essere demandata – sotto il profilo scientifico e, comunque, previo il consenso informato – al medico curante, unico soggetto idoneo a valutare le condizioni psicofisiche del soggetto e a predisporre il percorso clinico più adatto.

A sostegno dell'irragionevolezza di previsioni che cristallizzino trattamenti e protocolli medici vengono richiamate quelle pronunce in materia di procreazione medicalmente assistita, nelle quali la Corte costituzionale ha ribadito la centralità del ruolo del medico nella valutazione del caso concreto e nell'applicazione dei trattamenti (sentenze n. 162 del 2014 e n. 151 del 2009).

Viene evidenziato, inoltre, che il d.lgs. n. 150 del 2011 ha abrogato l'art. 3 della legge n. 164 del 1982, il quale prevedeva l'autorizzazione giudiziale dell'adeguamento dei caratteri sessuali attraverso un'operazione chirurgica, quando ciò fosse necessario. La medesima disposizione prevedeva altresì che il tribunale, dopo avere accertato l'esecuzione dell'intervento, potesse disporre la rettificazione del sesso, così lasciando intendere che il giudice dovesse intervenire in relazione alla necessità di un intervento chirurgico.

L'art. 31, comma 4, del d.lgs. n. 150 del 2011 richiede ancora che il tribunale autorizzi con sentenza il trattamento medico-chirurgico, quando questo sia necessario al fine di adeguare i caratteri sessuali della persona istante, ma non richiede più – ai fini della rettificazione – che il giudice verifichi l'avvenuta esecuzione dell'intervento.

D'altra parte, il tenore letterale della disposizione in esame non specifica quale tipo di trattamento sia necessario per procedere alla rettificazione del sesso, né differenzia la disciplina a seconda che si tratti di trattamenti chirurgici, ovvero di trattamenti ormonali; di trattamenti che incidono sui caratteri sessuali primari, ovvero sui caratteri sessuali secondari.

Anche alla luce degli orientamenti emersi nella più recente giurisprudenza di merito, la parte interveniente ritiene possibile un'interpretazione della disposizione censurata, diversa da quella proposta dal rimettente, e tuttavia rispettosa del dato letterale. Esso non opera, infatti, alcuna distinzione fra tipologie di interventi volti all'adeguamento del sesso, ma richiede soltanto che – laddove si renda necessario un intervento chirurgico – il tribunale lo autorizzi con sentenza. Tale interpretazione si concilia con i principi affermati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 161 del 1985, armonizzandosi altresì con le disposizioni costituzionali che, diversamente interpretando l'art. 1, comma 1, della legge n. 164 del 1982, risulterebbero violate per i profili evidenziati nell'ordinanza di rimessione.

In via subordinata, nel caso in cui non si ritenesse percorribile tale interpretazione, la difesa dell'associazione interveniente ha chiesto l'accoglimento della questione di legittimità costituzionale, come prospettata dal Tribunale ordinario di Trento con l'ordinanza indicata in epigrafe.

6.– Sono inoltre intervenute, nel giudizio dinanzi a questa Corte, l'Associazione ONIG - Osservatorio Nazionale sull'Identità di Genere, la Fondazione Genere Identità Cultura, l'Associazione ONLUS MIT – Movimento d'Identità Transessuale e l'Associazione di Volontariato Libellula, chiedendo in via principale l'accoglimento

della questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale ordinario di Trento.

In via subordinata, le parti intervenienti hanno chiesto che la questione sia dichiarata inammissibile o non fondata, per la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. l, comma l, della legge n. 164 del 1982, in base alla quale le intervenute modificazioni dei caratteri sessuali, a seguito delle quali può essere disposta la rettificazione dell'attribuzione di sesso, non consistono necessariamente nella modificazione dei caratteri sessuali primari.

6.1.– In via preliminare, a sostegno della propria legittimazione all'intervento, le parti intervenienti hanno riferito di operare da molti anni nell'ambito della tutela, dell'assistenza e dell'orientamento nei confronti delle persone transessuali, ponendosi quali essenziali riferimenti per le numerose problematiche giuridiche, psicologiche, culturali, sociali e sanitarie relative al tema dell'identità di genere, anche nei rapporti con le istituzioni nazionali e locali.

Le stesse parti si affermano, quindi, portatrici di un interesse qualificato a prendere parte al contraddittorio relativo alla questione di legittimità costituzionale, in considerazione del proprio ruolo di rappresentanza delle singole persone, anche non aderenti alle stesse associazioni, le cui posizioni giuridiche sono suscettibili di subire una diretta incidenza dagli esiti della decisione. Esse sarebbero, quindi, titolari di interessi direttamente inerenti al rapporto sostanziale dedotto in giudizio.

6.2.– Viene svolta, in primo luogo, un'ampia disamina degli aspetti di ordine scientifico, sociologico e psicologico inerenti alla popolazione transgender, caratterizzata dalla discordanza tra il genere soggettivamente percepito come proprio ed il genere assegnato alla nascita.

Viene illustrata l'evoluzione giurisprudenziale, successiva alla legge n. 164 del 1982, in relazione ai requisiti previsti ai fini della rettificazione anagrafica. Vengono quindi richiamati i principi affermati dalla giurisprudenza costituzionale, sia con riferimento al diritto all'identità sessuale, quale fattore di svolgimento della personalità, che trova fondamento nell'art. 2 Cost., sia con riferimento al diritto alla salute, di cui all'art. 32 Cost.

In particolare, vengono richiamate le pronunce con le quali, in riferimento ad accertamenti invasivi integranti trattamenti sanitari, si è precisato che essi «trovano un limite non valicabile nel rispetto della dignità della persona che vi può essere sottoposta. In quest'ambito il rispetto della persona esige l'efficace protezione della riservatezza, necessaria anche per contrastare il rischio di emarginazione nella vita lavorativa e di relazione» (sentenza n. 218 del 1994).

Nel caso di specie, ad avviso delle parti intervenienti, la protezione della dignità e della riservatezza della persona devono affermarsi come valori preminenti, a fronte della imposizione di trattamenti sanitari indesiderati e potenzialmente dannosi per la salute fisica e psichica dell'interessato, in assenza di qualsivoglia utilità degli stessi trattamenti per lo stato di salute della collettività.

Si sottolinea, inoltre, che l'esigenza di proteggere il benessere psico-fisico della persona transgender, come preciso impegno costituzionale, impone di agevolare l'accesso alla rettificazione dell'attribuzione di sesso, senza subordinarlo ad attività sanitarie indesiderate. Solo un ampio accesso alla rettificazione dell'attribuzione di sesso, infatti, potrebbe assicurare che la scelta di sottoporsi alla riattribuzione chirurgica del sesso costituisca espressione di una libera e consapevole autodeterminazione della persona.

6.3.– La difesa delle parti intervenienti ha chiesto, pertanto, l'accoglimento della questione di legittimità costituzionale della disposizione censurata, nella parte in cui subordina, la rettificazione di attribuzione di sesso all'intervenuta modificazione

dei caratteri sessuali primari attraverso un intervento chirurgico. In via meramente subordinata ha chiesto che la questione sia dichiarata inammissibile o non fondata, per la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata, in base alla quale le intervenute modificazioni dei caratteri sessuali, a seguito delle quali può essere disposta la rettificazione dell'attribuzione di sesso, non consistono necessariamente nella modificazione dei caratteri sessuali primari.

Considerato in diritto

1.– Con ordinanza del 20 agosto 2014, il Tribunale ordinario di Trento ha sollevato – in riferimento agli artt. 2, 3, 32, 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea 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 – questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso).

Tale disposizione prevede che «La rettificazione si fa in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali».

Ad avviso del giudice rimettente, la disposizione censurata si porrebbe in contrasto con gli artt. 2 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 8 della CEDU, poiché la previsione della necessità, ai fini della rettificazione anagrafica dell'attribuzione di sesso, dell'intervenuta modificazione dei caratteri sessuali primari attraverso trattamenti clinici altamente invasivi pregiudicherebbe gravemente l'esercizio del diritto fondamentale alla propria identità di genere.

Viene, inoltre, denunciato il contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost., per l'irragionevolezza insita nella subordinazione dell'esercizio di un diritto fondamentale, quale il diritto all'identità di genere, al requisito della sottoposizione della persona a trattamenti sanitari (chirurgici o ormonali), estremamente invasivi e pericolosi per la salute.

2.– In via preliminare, va ribadito quanto statuito con l'ordinanza della quale è stata data lettura in pubblica udienza, allegata al presente provvedimento, in ordine all'inammissibilità degli interventi spiegati dall'Associazione Radicale Certi Diritti, nonché dall'Associazione ONIG - Osservatorio Nazionale sull'Identità di Genere, dalla Fondazione Genere Identità Cultura, dall'Associazione ONLUS MIT – Movimento d'Identità Transessuale, e dall'Associazione di Volontariato Libellula.

Per costante giurisprudenza di questa Corte, sono ammessi ad intervenire nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale, oltre al Presidente del Consiglio dei ministri e, nel caso di legge regionale, al Presidente della Giunta regionale, le parti del giudizio principale.

L'intervento di soggetti estranei a quest'ultimo giudizio è ammissibile soltanto per i terzi titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma o dalle norme oggetto di censura (ex plurimis, ordinanza letta all'udienza del 7 ottobre 2014, confermata con sentenza n. 244 del 2014; ordinanza letta all'udienza dell'8 aprile 2014, confermata con sentenza n. 162 del 2014; ordinanza letta all'udienza del 23 aprile 2013, confermata con sentenza n. 134 del 2013; ordinanza letta all'udienza del 9 aprile 2013, confermata con sentenza n. 85 del 2013).

Nella specie, le stesse intervenienti non sono parti del giudizio principale, instau-

rato da D.B. al fine ottenere la rettificazione anagrafica dell'attribuzione di sesso, né risultano titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto sostanziale dedotto in giudizio.

Da quanto esposto consegue l'inammissibilità degli interventi indicati.

3.– L'eccezione di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale è infondata.

3.1.– L'Avvocatura generale dello Stato ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità della questione, evidenziando che il giudice a quo non avrebbe adeguatamente verificato la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa censurata.

3.2.– Con riferimento alla necessità dell'intervento chirurgico, il giudice a quo esclude la possibilità di interpretare la disposizione in esame nel senso di ritenere ammissibile la rettificazione dell'attribuzione di sesso, anche in assenza della modificazione dei caratteri sessuali primari.

In particolare, il Tribunale rileva che l'art. 31, comma 4, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150 (Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69), prevedendo che «Quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato», sembrerebbe consentire che il trattamento medico-chirurgico sia solo eventuale (come lascerebbe intendere l'avverbio «quando»).

Il rimettente ritiene, tuttavia, che la previsione di tale eventualità non significhi affatto che la rettificazione di attribuzione di sesso possa essere ottenuta a prescindere dall'adeguamento dei caratteri sessuali primari, bensì soltanto che possono esservi casi concreti nei quali i caratteri sessuali primari siano già modificati (ad esempio, per un intervento già praticato all'estero, ovvero per ragioni congenite).

A sostegno di questa interpretazione, il giudice a quo osserva che, altrimenti, non si comprenderebbe l'espressione «a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali», di cui all'art. 1, comma 1, della legge n. 164 del 1982. Il Tribunale ritiene che «Se il legislatore avesse inteso consentire alla persona la rettificazione di attribuzione di sesso a prescindere dalla modificazione dei suoi caratteri sessuali primari, non avrebbe menzionato tale modificazione nella parte finale della norma in esame».

3.3.– La compiuta valutazione di tali argomenti, ancorché inidonea ad escludere possibili soluzioni difformi, appare indicativa del tentativo, in concreto effettuato dal giudice a quo, di utilizzare gli strumenti interpretativi a sua disposizione per verificare la possibilità di una lettura alternativa della disposizione censurata, eventualmente conforme a Costituzione. Tale possibilità viene consapevolmente esclusa dal rimettente, il quale ravvisa nel tenore letterale della disposizione un impedimento ad un'interpretazione costituzionalmente compatibile.

La possibilità di un'ulteriore interpretazione alternativa, che il giudice a quo non ha ritenuto di fare propria, non riveste alcun significativo rilievo ai fini del rispetto delle regole del processo costituzionale, in quanto la verifica dell'esistenza e della legittimità di tale ulteriore interpretazione è questione che attiene al merito della controversia, e non alla sua ammissibilità.

4.– Nel merito, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge n. 164 del 1982 non è fondata nei sensi di cui in motivazione.

4.1.– La disposizione in esame costituisce l'approdo di un'evoluzione culturale ed ordinamentale volta al riconoscimento del diritto all'identità di genere quale elemento

costitutivo del diritto all'identità personale, rientrante a pieno titolo nell'ambito dei diritti fondamentali della persona (art. 2 Cost. e art. 8 della CEDU).

Come rilevato, infatti, da questa Corte nella sentenza n. 161 del 1985, la legge n. 164 del 1982 accoglie «un concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato, nel senso che ai fini di una tale identificazione viene conferito rilievo non più esclusivamente agli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita ovvero "naturalmente" evolutisi, sia pure con l'ausilio di appropriate terapie medico-chirurgiche, ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale. Presupposto della normativa impugnata è, dunque, la concezione del sesso come dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio, privilegiando – poiché la differenza tra i due sessi non è qualitativa, ma quantitativa – il o i fattori dominanti […]. La legge n. 164 del 1982 si colloca, dunque, nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale».

Tale portata generale e fortemente innovativa dell'intervento legislativo in esame emerge anche dalla formulazione letterale dell'art. 1, oggetto di censura, il quale stabilisce i presupposti per la rettificazione anagrafica del sesso, individuandoli nelle «intervenute modificazioni dei […] caratteri sessuali». Viene, quindi, lasciato all'interprete il compito di definire il perimetro di tali modificazioni e, per quanto qui rileva, delle modalità attraverso le quali realizzarle.

Interpretata alla luce dei diritti della persona – ai quali il legislatore italiano, con l'intervento legislativo in esame, ha voluto fornire riconoscimento e garanzia – la mancanza di un riferimento testuale alle modalità (chirurgiche, ormonali, ovvero conseguenti ad una situazione congenita), attraverso le quali si realizzi la modificazione, porta ad escludere la necessità, ai fini dell'accesso al percorso giudiziale di rettificazione anagrafica, del trattamento chirurgico, il quale costituisce solo una delle possibili tecniche per realizzare l'adeguamento dei caratteri sessuali.

È questa la strada già indicata nella sentenza n. 161 del 1985, laddove si afferma che la disposizione in esame «riguarda tutte le ipotesi di rettificazione giudiziale dell'attribuzione di sesso, in quanto accertato diverso da quello enunciato nell'atto di nascita, a seguito di intervenute modificazioni dei caratteri sessuali dell'interessato, senza, peraltro, che il disposto in esame prenda in considerazione il modo in cui le modificazioni medesime si sono verificate, se naturalmente ovvero a seguito di intervento medico-chirurgico».

L'esclusione del carattere necessario dell'intervento chirurgico ai fini della rettificazione anagrafica appare il corollario di un'impostazione che – in coerenza con supremi valori costituzionali – rimette al singolo la scelta delle modalità attraverso le quali realizzare, con l'assistenza del medico e di altri specialisti, il proprio percorso di transizione, il quale deve comunque riguardare gli aspetti psicologici, comportamentali e fisici che concorrono a comporre l'identità di genere. L'ampiezza del dato letterale dell'art. 1, comma 1, della legge n. 164 del 1982 e la mancanza di rigide griglie normative sulla tipologia dei trattamenti rispondono all'irriducibile varietà delle singole situazioni soggettive.

Tale impostazione è stata fatta propria anche dalla recente giurisprudenza di legittimità. Nella sentenza del 20 luglio 2015, n. 15138, la Corte di cassazione, sezione prima civile, ha affermato, infatti, che la scelta di sottoporsi alla modificazione chirurgica dei caratteri sessuali non può che essere il risultato di «un processo di autodeterminazione verso l'obiettivo del mutamento di sesso». Il ricorso alla chirurgia costituisce

uno dei possibili percorsi volti all'adeguamento dell'immagine esteriore alla propria identità personale, come percepita dal soggetto. D'altra parte, sottolinea la Corte di cassazione, «La complessità del percorso, in quanto sostenuto da una pluralità di presidi medici […] e psicologici mette ulteriormente in luce l'appartenenza del diritto in questione al nucleo costitutivo dello sviluppo della personalità individuale e sociale, in modo da consentire un adeguato bilanciamento con l'interesse pubblico alla certezza delle relazioni giuridiche».

Rimane così ineludibile un rigoroso accertamento giudiziale delle modalità attraverso le quali il cambiamento è avvenuto e del suo carattere definitivo. Rispetto ad esso il trattamento chirurgico costituisce uno strumento eventuale, di ausilio al fine di garantire, attraverso una tendenziale corrispondenza dei tratti somatici con quelli del sesso di appartenenza, il conseguimento di un pieno benessere psichico e fisico della persona.

In questa prospettiva va letto anche il riferimento, contenuto nell'art. 31 del d.lgs. n. 150 del 2011, alla eventualità («Quando risulta necessario») del trattamento medico-chirurgico per l'adeguamento dei caratteri sessuali. In tale disposizione, infatti, lo stesso legislatore ribadisce, a distanza di quasi trenta anni dall'introduzione della legge n. 164 del 1982, di volere lasciare all'apprezzamento del giudice, nell'ambito del procedimento di autorizzazione all'intervento chirurgico, l'effettiva necessità dello stesso, in relazione alle specificità del caso concreto.

Il ricorso alla modificazione chirurgica dei caratteri sessuali risulta, quindi, autorizzabile in funzione di garanzia del diritto alla salute, ossia laddove lo stesso sia volto a consentire alla persona di raggiungere uno stabile equilibrio psicofisico, in particolare in quei casi nei quali la divergenza tra il sesso anatomico e la psicosessualità sia tale da determinare un atteggiamento conflittuale e di rifiuto della propria morfologia anatomica.

La prevalenza della tutela della salute dell'individuo sulla corrispondenza fra sesso anatomico e sesso anagrafico, porta a ritenere il trattamento chirurgico non quale prerequisito per accedere al procedimento di rettificazione – come prospettato dal rimettente –, ma come possibile mezzo, funzionale al conseguimento di un pieno benessere psicofisico.

Il percorso ermeneutico sopra evidenziato riconosce, quindi, alla disposizione in esame il ruolo di garanzia del diritto all'identità di genere, come espressione del diritto all'identità personale (art. 2 Cost. e art. 8 della CEDU) e, al tempo stesso, di strumento per la piena realizzazione del diritto, dotato anch'esso di copertura costituzionale, alla salute.

Per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara non fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3, 32, 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea 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, dal Tribunale ordinario di Trento, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Fonte: www.cortecostituzionale.it

Consiglio Europeo
Conclusioni del 15 ottobre 2015 in tema di migrazioni

Migrazioni, Integrazione, Diritto di asilo, Cooperazione, Paesi Terzi, Unione Europea, Gestione delle frontiere, Rifugiati, Rimpatri, Accoglienza, EASO, Rifugiati.

[…]
MIGRAZIONE

1. Affrontare la crisi migratoria e dei rifugiati è un obbligo comune che richiede una strategia globale e un impegno deciso nel corso del tempo, in uno spirito di solidarietà e responsabilità. Gli orientamenti concordati il 23 settembre dai capi di Stato o di governo erano incentrati sulle questioni più urgenti. Si stanno compiendo rapidi progressi nell'attuazione di tali orientamenti, come dimostrato dai lavori svolti in sede di Consiglio e dalla relazione della Commissione del 14 ottobre. Ciò sarà oggetto di un attento monitoraggio, anche per quanto riguarda gli impegni finanziari ed eventuali ulteriori esigenze.

2. Quest'oggi il Consiglio europeo ha stabilito gli ulteriori orientamenti che seguono.

Cooperazione con i paesi terzi per contenere i flussi

a) valutare positivamente il piano d'azione comune con la Turchia nel quadro di un programma di cooperazione globale basato su condivisione delle responsabilità, impegni reciproci e conseguimento di risultati. Un'attuazione efficace contribuirà ad accelerare l'adempimento della tabella di marcia per la liberalizzazione dei visti nei confronti di tutti gli Stati membri partecipanti e la piena attuazione dell'accordo di riammissione. I progressi saranno valutati nella primavera del 2016. L'UE e i suoi Stati membri sono pronti a rafforzare la cooperazione con la Turchia e a intensificare significativamente il loro impegno politico e finanziario entro il quadro stabilito. Occorre rilanciare il processo di adesione al fine di compiere progressi nei negoziati conformemente al quadro di negoziazione e alle pertinenti conclusioni del Consiglio. Il Consiglio europeo ha espresso le sue condoglianze al popolo turco a seguito dell'attentato dinamitardo di Ankara e si è impegnato a prestare il proprio sostegno nella lotta al terrorismo;

b) assicurare un follow-up efficace e operativo della conferenza ad alto livello sulla rotta del Mediterraneo orientale/dei Balcani occidentali, dedicando particolare attenzione alla gestione dei flussi migratori e alla lotta contro le reti criminali;

c) conseguire misure operative concrete, in occasione del prossimo vertice di La Valletta con i capi di Stato o di governo africani, incentrate in modo equo ed equilibrato sui seguenti temi: rimpatrio e riammissione efficaci, smantellamento delle reti criminali e prevenzione della migrazione illegale, unitamente a sforzi concreti per affrontare le cause profonde e sostenere lo sviluppo socioeconomico africano, insieme a un impegno in materia di possibilità continuative di migrazione legale;

d) valutare le possibilità per sviluppare capacità di accoglienza sicure e sostenibili nelle regioni interessate e fornire ai rifugiati e alle loro famiglie prospettive durature e procedure adeguate, anche attraverso l'accesso all'istruzione e al lavoro, fino a quando potranno tornare nel paese d'origine;

e) chiedere agli Stati membri di contribuire ulteriormente agli sforzi compiuti a sostegno dell'UNHCR, del Programma alimentare mondiale e di altre agenzie, nonché a sostegno del fondo fiduciario regionale dell'UE in risposta alla crisi siriana e del fondo fiduciario dell'UE per l'Africa.

Rafforzare la protezione delle frontiere esterne dell'UE (sulla base dell'acquis Schengen)

f) adoperarsi per l'istituzione progressiva di un sistema di gestione integrata delle frontiere esterne;

g) sfruttare appieno l'attuale mandato di Frontex, anche per quanto concerne il dispiegamento di squadre di intervento rapido alle frontiere;

h) conformemente alla ripartizione delle competenze a norma del trattato, nel pieno rispetto della competenza nazionale degli Stati membri, rafforzare il mandato di Frontex nel contesto delle discussioni sullo sviluppo di un sistema di guardia di frontiera e costiera europea, anche per quanto concerne il dispiegamento di squadre di intervento rapido alle frontiere nei casi in cui le valutazioni Schengen o l'analisi dei rischi dimostrino la necessità di interventi rapidi e decisi, in cooperazione con gli Stati membri interessati;

i) concepire soluzioni tecniche per rafforzare il controllo delle frontiere esterne dell'UE al fine di conseguire gli obiettivi in materia di migrazione e sicurezza, senza ostacolare la fluidità degli spostamenti; j) valutare positivamente l'intenzione della Commissione di presentare a breve un pacchetto di misure al fine di migliorare la gestione delle nostre frontiere esterne.

Rispondere all'afflusso di rifugiati in Europa e assicurare i rimpatri

k) conformemente alle decisioni finora adottate, procedere speditamente alla creazione di altri punti di crisi entro il calendario convenuto per assicurare l'identificazione, la registrazione, il rilevamento delle impronte digitali e l'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale e degli altri migranti, e nel contempo assicurare la ricollocazione e i rimpatri. Gli Stati membri sosterranno appieno tali sforzi, in primo luogo soddisfacendo le richieste di consulenza da parte di Frontex ed EASO per le squadre di sostegno per la gestione della migrazione incaricate di operare nelle zone dei punti di crisi, nonché mediante la fornitura delle risorse necessarie;

l) a seguito dell'esito positivo delle prime ricollocazioni, procedere rapidamente alla piena attuazione delle decisioni finora adottate in materia di ricollocazione e dei nostri impegni in materia di reinsediamento e di funzionamento dei punti di crisi;

m) intensificare nel contempo l'attuazione della direttiva rimpatri da parte degli Stati membri e creare, entro la fine dell'anno, un apposito ufficio rimpatri all'interno di Frontex per rafforzare il sostegno agli Stati membri;

n) ampliare il mandato di Frontex in materia di rimpatri per includervi il diritto di organizzare di propria iniziativa operazioni congiunte di rimpatrio e rafforzare il ruolo di Frontex per quanto riguarda l'acquisizione dei documenti di viaggio per i rimpatriati;

o) promuovere l'accettazione, da parte dei paesi terzi, di un lasciapassare europeo per i rimpatri migliorato come documento di riferimento a fini di rimpatrio;

p) attuare effettivamente tutti gli impegni in materia di riammissione, siano essi

assunti attraverso accordi di riammissione formali, l'accordo di Cotonou o altre intese;

q) rafforzare ulteriormente l'effetto leva nei settori del rimpatrio e della riammissione, ricorrendo se del caso al principio "di più a chi fa di più". A tale proposito, la Commissione e l'alto rappresentante proporranno entro sei mesi incentivi globali e su misura da utilizzare nei confronti dei paesi terzi.

3. Gli orientamenti sopra esposti rappresentano un ulteriore passo avanti importante verso la nostra strategia globale, coerentemente con il diritto di chiedere asilo, i diritti fondamentali e gli obblighi internazionali. Vi sono tuttavia altre importanti azioni prioritarie che richiedono ulteriori discussioni nelle sedi pertinenti, comprese le proposte della Commissione, e occorre portare avanti le riflessioni sulla politica complessiva dell'UE in materia di asilo e migrazione. Il Consiglio europeo seguirà da vicino gli sviluppi al riguardo.

Siria e Libia

4.Il Consiglio europeo ha discusso degli sviluppi politici e militari in Siria, compreso il loro impatto sulla migrazione. Il regime di Assad è il principale responsabile dei 250.000 morti nel conflitto e dei milioni di sfollati. Il Consiglio europeo ha convenuto sulla necessità di concentrarsi sulla lotta contro il Daesh e altri gruppi definiti terroristici dall'ONU nel quadro di una strategia unitaria e coordinata e di un processo politico sulla base del comunicato di Ginevra del 2012. L'UE è pienamente impegnata a trovare una soluzione politica al conflitto in stretta cooperazione con le Nazioni Unite e i paesi della regione e invita tutte le parti coinvolte ad adoperarsi per tale obiettivo. Una pace duratura in Siria non sarà possibile sotto l'attuale leadership e finché non saranno tenute in considerazione le legittime rivendicazioni e aspirazioni di tutte le componenti della società siriana. Il Consiglio europeo ha espresso preoccupazione per gli attacchi russi contro l'opposizione siriana e i civili e per il rischio di un'ulteriore escalation militare. 5. Per quanto riguarda la Libia, il Consiglio europeo ha accolto con favore l'annuncio delle Nazioni Unite e ha invitato tutte le parti a aderirvi rapidamente. L'UE ribadisce la sua offerta di un significativo sostegno politico e finanziario al governo di intesa nazionale non appena questo entrerà in carica.

ALTRI PUNTI

6. Il Consiglio europeo ha fatto il punto sulle discussioni in merito alla relazione dei presidenti sul tema "Completare l'Unione economica e monetaria dell'Europa". Il Consiglio europeo ribadisce che il processo di completamento dell'Unione economica e monetaria deve essere portato avanti nel pieno rispetto del mercato unico e in maniera aperta e trasparente. Il Consiglio europeo ritornerà su tali argomenti nella riunione di dicembre.

7. Il Consiglio europeo è stato informato sul processo che si prospetta riguardo ai piani del Regno Unito per un referendum sulla permanenza o l'uscita dall'UE. Il Consiglio europeo tornerà sulla questione a dicembre.

8. Il Consiglio europeo accoglie con favore la relazione internazionale indipendente sull'abbattimento del volo MH17 stilata dalla commissione per la sicurezza olandese, pubblicata il 13 ottobre, e sostiene le iniziative in corso per far sì che i responsabili rispondano dell'abbattimento del volo MH17, in conformità della risoluzione 2166 del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite.

Fonte: www.olir.it

Parlamento europeo
Risoluzione 08 settembre 2015
Situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea (2013-2014)

Il Parlamento europeo,

– visto il preambolo del trattato sull'Unione europea (TUE), in particolare il secondo comma e i commi dal quarto al settimo,

– visti, fra gli altri, l'articolo 2, l'articolo 3, paragrafo 3, secondo comma, e gli articoli 6, 7 e 9 TUE,

– visto l'articolo 168 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), in particolare il paragrafo 7,

– vista la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000 ("la Carta"), proclamata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo ed entrata in vigore con il trattato di Lisbona nel dicembre 2009,

– vista la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1948,

– visti i trattati delle Nazioni Unite in materia di tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e la giurisprudenza degli organi previsti dai trattati delle Nazioni Unite,

– vista la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, adottata a New York il 13 dicembre 2006 e ratificata dall'UE il 23 dicembre 2010,

– vista la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia, adottata a New York il 20 novembre 1989,

– visti i seguenti Commenti generali del Comitato delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia: n. 7 (2005) sull'attuazione dei diritti del bambino nella prima infanzia, n. 9 (2006) sui diritti dei bambini con disabilità, n. 10 (2007) sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in materia di giustizia minorile, n. 12 (2009) sul diritto del bambino e dell'adolescente di essere ascoltato, n. 13 (2011) sul diritto dei minori relativo alla libertà da ogni forma di violenza e n. 14 (2013) relativo al diritto del minore a che il suo interesse superiore sia considerato preminente,

– viste la Convenzione delle Nazioni Unite, del 1979, sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (CEDAW) e la piattaforma d'azione di Pechino, le sue risoluzioni del 25 febbraio 2014 recante raccomandazioni alla Commissione sulla lotta alla violenza contro le donne(1) e del 6 febbraio 2014 sulla comunicazione della Commissione dal titolo: "Verso l'eliminazione delle mutilazioni genitali femminili"(2) e le conclusioni del Consiglio del 5 giugno 2014 intitolate "Prevenire e combattere tutte le forme di violenza contro le donne e le ragazze, compresa la mutilazione genitale femminile",

– viste la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, le convenzioni, raccomandazioni, risoluzioni e relazioni dell'Assemblea parlamentare, del Comitato dei ministri, del Commissario per i diritti umani e della Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa,

– vista la relazione di Cephas Lumina, esperto indipendente del Consiglio per i diritti umani, sugli effetti del debito estero e degli obblighi finanziari internazionali connessi degli Stati sul pieno esercizio di tutti i diritti umani, in particolare i diritti economici, sociali e culturali (Addendum, Mission to Greece, UN A/HRC/25/50/Add.1),

– vista la relazione del relatore speciale delle Nazioni Unite sui diritti umani dei migranti, pubblicata nell'aprile 2013, concernente la gestione delle frontiere esterne dell'UE e il relativo impatto sui diritti umani dei migranti,

– vista la risoluzione del Consiglio dei diritti dell'uomo dell'ONU, del 26 giugno 2014, che invita a creare un gruppo di lavoro intergovernativo a composizione non limitata con il mandato di elaborare uno strumento internazionale giuridicamente vincolante per regolamentare, nel quadro del diritto internazionale dei diritti umani, le attività delle società transnazionali e di altre imprese,

– visti gli orientamenti strategici per istituire lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia adottati dal Consiglio europeo il 27 giugno 2014,

– vista la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica (convenzione di Istanbul),

– viste la Carta sociale europea, quale riveduta nel 1996, e la giurisprudenza del Comitato europeo dei diritti sociali,

– viste la convenzione quadro del Consiglio d'Europa per la protezione delle minoranze nazionali e la Carta europea delle lingue regionali e minoritarie,

– vista la direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica(3),

– vista la raccomandazione del Consiglio del 9 dicembre 2013 su misure efficaci per l'integrazione dei Rom negli Stati membri(4),

– visto il pacchetto di direttive sui diritti di difesa procedurale nell'UE(5),

– vista la decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale(6),

– visti il quadro strategico sui diritti umani e la democrazia e il piano d'azione che lo accompagna, adottati dal Consiglio il 25 giugno 2012,

– vista la direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro(7),

– viste le conclusioni del Consiglio dell'Unione europea e degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio dal titolo "Garantire il rispetto dello Stato di diritto", adottate il 16 dicembre 2014,

– vista la direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego(8),

– vista la direttiva 2004/113/CE del Consiglio, del 13 dicembre 2004, che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura(9),

– vista la direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta degli esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI(10),

– vista la direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ot-

tobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati(11),

– vista la direttiva 2011/93/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, e che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio(12),

– visto il regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione(13),

– vista la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione (COM(2008)0229),

– viste le decisioni e la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e la giurisprudenza delle corti costituzionali nazionali, che fanno della Carta uno dei loro riferimenti nell'interpretazione della legge nazionale,

– visti gli orientamenti politici per la nuova Commissione europea, presentati dal presidente Juncker al Parlamento il 15 luglio 2014,

– vista la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e la libera circolazione di tali dati (regolamento generale sulla protezione dei dati) (COM(2012)0011),

– vista la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, e la libera circolazione di tali dati (COM(2012)0010),

– vista la strategia dell'UE per l'eradicazione della tratta degli esseri umani 2012-2016 (COM(2012)0286), in particolare le disposizioni relative al finanziamento dell'elaborazione di linee guida riguardanti i sistemi di tutela dei minori e lo scambio di migliori pratiche,

– vista la raccomandazione della Commissione 2013/112/UE, del 20 febbraio 2013, intitolata "Investire nell'infanzia per spezzare il circolo vizioso dello svantaggio sociale"(14),

– visti gli orientamenti per la promozione e la tutela dell'esercizio di tutti i diritti umani da parte di lesbiche, gay, bisessuali, transgender e intersessuali (LGBTI), adottati dal Consiglio Affari esteri del 24 giugno 2013,

– vista la comunicazione della Commissione su un Quadro dell'UE per le strategie nazionali di integrazione dei Rom fino al 2020 (COM(2011)0173) e le conclusioni del Consiglio europeo del 24 giugno 2011,

– vista la comunicazione della Commissione dal titolo "Progressi nell'attuazione delle strategie nazionali di integrazione dei Rom" (COM(2013)0454),

– vista la relazione della Commissione intitolata "relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione" (COM(2014)0038),

– vista la proposta di direttiva del Consiglio recante applicazione del principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale (COM(2008)0426),

– vista la sua risoluzione del 12 dicembre 2013 sui progressi compiuti nell'attuazione delle strategie nazionali d'integrazione dei Rom(15),

– vista la sua risoluzione del 4 febbraio 2014 sulla tabella di marcia dell'UE

contro l'omofobia e la discriminazione legata all'orientamento sessuale e all'identità di genere(16),

– viste le sue risoluzioni sull'uguaglianza di genere,

– vista la sua risoluzione del 14 settembre 2011 su una strategia dell'UE per i senzatetto(17),

– vista la relazione del Senato degli Stati Uniti sui programmi di detenzione e interrogatori della CIA,

– vista la sua risoluzione del 12 settembre 2013 sulla situazione dei minori non accompagnati nell'UE(18),

– viste le sue risoluzioni sui diritti fondamentali e i diritti dell'uomo, in particolare la più recente del 27 febbraio 2014 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea (2012)(19),

– viste le sue risoluzioni sulle migrazioni, in particolare la più recente del 17 dicembre 2014 sulla situazione nel Mediterraneo e la necessità di un approccio globale dell'UE alle migrazioni(20),

– vista la sua risoluzione dell'8 giugno 2005 sulla protezione delle minoranze e le politiche contro la discriminazione nell'Europa allargata(21),

– vista la sua risoluzione del 27 novembre 2014 sul 25° anniversario della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia(22),

– viste la sua risoluzione del 4 luglio 2013 sul programma di sorveglianza dell'Agenzia per la sicurezza nazionale degli Stati Uniti, sugli organi di sorveglianza in diversi Stati membri e sul loro impatto sulla vita privata dei cittadini dell'Unione europea(23) , in cui incaricava la commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni di condurre un'indagine approfondita sulla questione, e la sua risoluzione del 12 marzo 2014 sul programma di sorveglianza dell'Agenzia per la sicurezza nazionale degli Stati Uniti, sugli organi di sorveglianza in diversi Stati membri e sul loro impatto sui diritti fondamentali dei cittadini dell'UE, e sulla cooperazione transatlantica nel campo della giustizia e degli affari interni(24),

– vista la sua risoluzione dell'11 febbraio 2015 sulla relazione del Senato USA sul ricorso alla tortura da parte della CIA(25),

– vista la sua risoluzione dell'11 settembre 2013 sulle lingue europee a rischio di estinzione e la diversità linguistica nell'Unione europea(26),

– vista la sua risoluzione del 25 novembre 2014 sulla richiesta di un parere della Corte di giustizia circa la compatibilità con i trattati dell'accordo tra il Canada e l'Unione europea sul trasferimento e sul trattamento dei dati del codice di prenotazione (Passenger Name Record, PNR)(27),

– viste le sue risoluzioni dell'11 settembre 2012(28) e del 10 ottobre 2013(29) sui presunti casi di trasporto e detenzione illegale di prigionieri in paesi europei da parte della CIA,

– viste le sue risoluzioni sul centro di detenzione di Guantanamo,

– vista la sua risoluzione del 21 maggio 2013 sulla Carta dell'UE: stabilire norme per la libertà dei mezzi d'informazione in tutta l'UE(30) ,

– visto il parere 2/2013 della Corte di giustizia dell'Unione europea, relativo al progetto di accordo sull'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali,

– vista la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea dell'8 aprile 2014 nelle cause riunite C-293/12 e C594/12 Digital Rights Ireland e Seitlinger e.a., che invalida la direttiva 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura

di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE,

– viste le audizioni di Frans Timmermans dinanzi al Parlamento europeo il 7 ottobre 2014 e l'11 febbraio 2015,

– vista l'audizione di Dimitris Avramopoulos dinanzi al Parlamento europeo il 30 settembre 2014,

– visti la conferenza annuale dell'Agenzia dei diritti fondamentali dell'Unione europea (FRA) del 10 novembre 2014 sul tema "I diritti fondamentali e l'immigrazione nell'UE" e in particolare il documento di approfondimento della FRA dal titolo "Legal entry channels to the EU for persons in need of international protection: a toolbox" (Canali d'ingresso legali nell'Unione europea delle persone bisognose di protezione internazionale: un pacchetto di strumenti),

– visti le attività, le relazioni annuali e gli studi dell'Istituto europeo per l'uguaglianza di genere (EIGE) e della FRA nonché le indagini su vasta scala di detta Agenzia sulla discriminazione e sui reati generati dall'odio contro gli ebrei negli Stati membri dell'UE, sulla violenza contro le donne nell'UE e sulle esperienze di discriminazione, violenza e molestie delle persone LGBT,

– visti i contributi delle organizzazioni non governative (ONG) che partecipano alla piattaforma della società civile sui diritti fondamentali della FRA (FRA Fundamental Rights Platform),

– visti le relazioni e gli studi delle ONG in materia di diritti umani e gli studi richiesti in questo ambito dalla commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni, in particolare lo studio del Dipartimento tematico C sull'impatto della crisi sui diritti fondamentali negli Stati membri dell'UE,

– visti i suoi studi sull'impatto della crisi sui diritti fondamentali negli Stati membri,

– visti i principi relativi allo status delle istituzioni nazionali per la promozione e la tutela dei diritti umani (principi di Parigi), allegati alla risoluzione 48/134 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite,

– vista la sua risoluzione del 3 luglio 2013 sulla situazione dei diritti fondamentali: norme e pratiche in Ungheria (in applicazione della risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2012)(31),

– visti la comunicazione della Commissione intitolata "Strategia per un'attuazione effettiva della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea" (COM(2010)0573) e gli orientamenti operativi sull'esigenza di tener conto dei diritti fondamentali nelle valutazioni di impatto della Commissione (SEC(2011)0567),

– viste la comunicazione della Commissione su un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto (COM(2014)0158) e le conclusioni del Consiglio del 16 dicembre 2014 dal titolo "assicurare il rispetto dello Stato di diritto",

– visti la relazione della Commissione sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel 2013 (COM(2014)0224) e i relativi documenti di lavoro,

– vista la relazione 2013 della Commissione sulla cittadinanza dell'Unione – Cittadini dell'Unione: i vostri diritti, il vostro futuro (COM(2013)0269),

– viste la relazione della Commissione sull'attuazione del quadro dell'UE per le strategie nazionali di integrazione dei Rom (COM(2014)0209) e la raccomandazione del Consiglio del 9 dicembre 2013 su misure efficaci per l'integrazione dei Rom negli Stati membri,

– visto l'articolo 52 del suo regolamento,

– visti la relazione della commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari

interni e i pareri della commissione per gli affari costituzionali, della commissione per i diritti della donna e l'uguaglianza di genere e della commissione per le petizioni (A8-0230/2015),

A. considerando che l'integrazione europea è in parte nata per scongiurare il ripetersi delle drammatiche conseguenze della seconda guerra mondiale e delle persecuzioni e repressioni operate dal regime nazista, nonché per evitare arretramenti sul fronte della democrazia e dello Stato di diritto attraverso la promozione, il rispetto e la tutela dei diritti umani;

B. considerando che il rispetto e la promozione dei diritti umani, delle libertà fondamentali, della democrazia e dei valori e dei principi enunciati nei trattati dell'UE e negli strumenti internazionali relativi ai diritti umani (Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, CEDU, Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali ecc.) rappresentano obblighi per l'Unione e i suoi Stati membri e devono essere al centro dell'integrazione europea;

C. considerando che tali diritti devono essere garantiti a chiunque viva sul territorio dell'UE, anche contro gli abusi e le violenze delle autorità pubbliche, qualunque sia il loro livello territoriale di competenza;

D. considerando che, a norma dell'articolo 2 TUE, l'UE si fonda sul rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e dei diritti umani, ivi compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze, valori comuni agli Stati membri che devono essere rispettati dall'UE, come da ogni singolo Stato membro, in tutte le loro politiche, sia interne che esterne; che, a norma dell'articolo 17 TUE, la Commissione deve assicurare l'applicazione dei trattati;

E. considerando che, a norma dell'articolo 6 TUE, l'UE ha la responsabilità di sostenere e far rispettare i diritti fondamentali nel guidare le proprie azioni a prescindere dalle competenze; che gli Stati membri sono altresì incoraggiati a fare altrettanto;

F. considerando che una revisione dei trattati dell'UE è necessaria al fine di rafforzare la tutela della democrazia, dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali;

G. considerando che, conformemente al preambolo del TUE, gli Stati membri hanno confermato il proprio attaccamento ai diritti sociali quali definiti nella Carta sociale europea; che anche l'articolo 151 TFUE contiene un riferimento esplicito ai diritti sociali fondamentali quali quelli definiti nella Carta sociale europea;

H. considerando che, con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata integrata appieno nei trattati e che pertanto oggi risulta giuridicamente vincolante per le istituzioni, le agenzie e gli altri organi dell'Unione, nonché per gli Stati membri nel quadro dell'applicazione della legislazione dell'UE; che occorre sviluppare, promuovere e rafforzare una vera e propria cultura dei diritti fondamentali in seno all'Unione ma anche negli Stati membri, in particolare in sede di applicazione del diritto dell'Unione sia internamente che nelle relazioni con i paesi terzi;

I. considerando che gli articoli 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea riconoscono il diritto alla vita e il diritto all'integrità della persona;

J. considerando che l'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sancisce la proibizione di qualsiasi trattamento inumano o degradante;

K. considerando che gli articoli 8, 9, 10, 19 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, al pari della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE,

riconoscono l'importanza dei diritti sociali fondamentali, e che ciò indica che tali diritti e, in particolare i diritti sindacali, di sciopero, di associazione e di riunione, devono essere tutelati alla stessa stregua degli altri diritti fondamentali riconosciuti dalla carta;

L. considerando che l'articolo 22 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea obbliga l'Unione a "rispettare la diversità culturale, religiosa e linguistica" e l'articolo 21 vieta la discriminazione fondata sulla lingua e/o sull'appartenenza ad una minoranza nazionale;

M. considerando che l'articolo 33 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea garantisce la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale;

N. considerando che gli articoli 37 e 38 della Carta riconoscono il diritto a un elevato livello di protezione dell'ambiente intrinsecamente legata all'attuazione delle politiche dell'Unione;

O. considerando che gli Stati membri non possono ridurre il livello delle garanzie offerte nelle proprie costituzioni in merito a determinati diritti con il pretesto che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea o altri strumenti del diritto dell'UE offrono in materia un livello di protezione ad esse inferiore;

P. considerando che è noto che le autorità nazionali (autorità giudiziarie, organismi di applicazione della legge e amministrazioni) hanno un ruolo chiave nel dare attuazione concreta ai diritti e alle libertà sanciti dalla Carta;

Q. considerando che la realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia di cui al Titolo V TFUE richiede il pieno rispetto dei diritti fondamentali da parte dell'UE come di ogni Stato membro;

R. considerando che la persona umana, cittadino o residente, va posta al centro dell'UE e che i diritti personali, civili, politici, economici e sociali riconosciuti dalla Carta non si prefiggono solo l'obiettivo di tutelare i cittadini e residenti europei da eventuali ingerenze, abusi e violenze, ma rappresentano le precondizioni per garantire la sua piena e serena realizzazione;

S. considerando che lo Stato di diritto costituisce la spina dorsale della democrazia liberale europea e rappresenta uno dei principi fondanti dell'UE che discendono dalle tradizioni costituzionali comuni di tutti gli Stati membri;

T. considerando che il modo in cui lo Stato di diritto è attuato a livello nazionale riveste un ruolo essenziale nel garantire la fiducia reciproca tra gli Stati membri e i rispettivi sistemi giuridici e che, pertanto, la realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia di cui al Titolo V TFUE riveste un'importanza vitale;

U. considerando che il rispetto dello Stato di diritto è un presupposto per la tutela dei diritti fondamentali e ha particolare rilevanza all'interno dell'UE in quanto costituisce anche il presupposto per la difesa di tutti i diritti e gli obblighi che derivano dai trattati e dal diritto internazionale;

V. considerando che l'UE e gli Stati membri sono impegnati in un processo globale finalizzato alla realizzazione di nuovi obiettivi di sviluppo sostenibile, i quali ricordano che i diritti umani sono universali, indivisibili e inalienabili;

W. considerando che l'attuazione di questi valori e principi deve anche poggiare su un controllo effettivo del rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta, anche a partire dalla formulazione delle proposte legislative;

X. considerando che l'UE attraversa un periodo di grave crisi economica e finanziaria il cui impatto, combinato a determinate misure (tra cui drastici tagli di bilancio) adottate in alcuni Stati membri per contrastarla, influisce negativamente sulle condizioni di vita dei cittadini dell'UE, provocando un aumento della disoccupazione,

dei livelli di povertà, delle disuguaglianze e delle condizioni di lavoro precarie, e limitando l'accesso e la qualità dei servizi – e di conseguenza il benessere dei cittadini;

Y. considerando che quasi un terzo delle petizioni ricevute dal Parlamento riferisce di presunte violazioni dei diritti fondamentali di cui alla Carta, menzionando problematiche quali la cittadinanza, le quattro libertà, l'occupazione, le circostanze economiche, la protezione dell'ambiente e dei consumatori, i sistemi giudiziari, i diritti di voto e la partecipazione democratica, la trasparenza nel processo decisionale, la disabilità, i diritti dell'infanzia, l'accesso all'istruzione o i diritti linguistici; che alcune delle suddette petizioni sollevano questioni inerenti a problematiche di salute e all'accesso all'assistenza sanitaria e ai relativi servizi, ma anche questioni inerenti al diritto al lavoro, quale conseguenza diretta della crisi economica; che le petizioni sono solitamente i primi indicatori della situazione dei diritti fondamentali negli Stati membri;

Z. considerando che l'azione dell'UE poggia sulla fiducia reciproca e sulla presunzione del rispetto, da parte degli Stati membri, della democrazia, dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare per quanto riguarda lo sviluppo di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia e il principio del riconoscimento reciproco;

AA. considerando che il fatto di essere in stato di disoccupazione o di vivere in una situazione di povertà o di emarginazione sociale ha ripercussioni notevoli sull'accesso e sull'esercizio dei diritti fondamentali e sottolinea la necessità di mantenere l'accesso ai servizi di base, segnatamente sociali e finanziari, per tali persone vulnerabili;

AB. considerando che, in seguito ai recenti attacchi terroristici sul territorio dell'UE, alcune politiche di lotta al terrorismo rischiano di compromettere i diritti e le libertà fondamentali in seno all'Unione; che è essenziale garantire il mantenimento dell'equilibrio tra tutela delle libertà e dei diritti fondamentali dei cittadini europei e rafforzamento della loro sicurezza; che l'UE e i suoi Stati membri hanno il dovere di tutelare i cittadini europei, garantendo nel contempo il rispetto dei loro diritti e delle loro libertà fondamentali nella definizione e nell'attuazione delle politiche in materia di sicurezza; che in questo campo devono prevalere i principi di necessità e proporzionalità affinché tali politiche, una volta attuate, non pregiudichino le libertà pubbliche;

AC. considerando che migliaia di persone perdono la vita nel Mediterraneo in un modo senza eguali, il che comporta una grande responsabilità per l'UE di agire per salvare vite, fermare i trafficanti di esseri umani, fornire canali legali per i migranti e assistere e tutelare i richiedenti asilo e i rifugiati;

AD. considerando che quasi 3.500 migranti sono morti o scomparsi nel 2014 nel tentativo di raggiungere il territorio europeo, il che porta il totale dei morti e dei dispersi negli ultimi vent'anni a quasi 30 000; che la rotta migratoria verso l'Europa è divenuta, secondo l'Organizzazione internazionale per le migrazioni, la rotta più pericolosa al mondo per i migranti;

AE. considerando che circa 1.000 domande di asilo all'anno sono direttamente legate alle mutilazioni genitali;

AF. considerando che il diritto di asilo è garantito dalla Convenzione sullo status dei rifugiati (Convenzione di Ginevra) del 1951 nonché dal protocollo del 31 gennaio 1967;

AG. considerando che le manifestazioni di estremismo nazionalista, razzismo, xenofobia e intolleranza esistono ancora nelle nostre comunità; che, al contrario, in particolare dopo i recenti attacchi terroristici esse sembrano essere in aumento

in molti Stati membri, il che influenza le minoranze tradizionali nonché le nuove comunità minoritarie nazionali;

AH. considerando che, ai sensi dell'articolo 49 TUE, ogni Stato europeo che rispetti i valori di cui all'articolo 2 e si impegni a promuoverli può presentare domanda di adesione all'Unione; che il rispetto dei criteri di Copenaghen è un presupposto essenziale per l'adesione all'UE; che gli obblighi imposti ai paesi candidati nel quadro dei criteri di Copenaghen non costituiscono requisiti fondamentali soltanto per il periodo precedente l'adesione, ma devono essere validi anche dopo l'adesione di un paese all'Unione europea, in base all'articolo 2 del TUE; che, alla luce di ciò, tutti gli Stati membri dovrebbero essere soggetti a una valutazione costante che consenta di verificarne il mantenimento della conformità ai valori fondamentali UE del rispetto dei diritti umani, delle istituzioni democratiche e dello Stato di diritto; che è altresì necessario attuare un meccanismo correttivo graduale al fine di colmare il vuoto tra il dialogo politico e l'"opzione nucleare" dell'articolo 7 TUE e di fornire una risposta al "dilemma di Copenaghen" nel quadro dei trattati attuali;

AI. considerando che, in mancanza di parametri di riferimento comuni e chiari, la denuncia della situazione in materia di Stato di diritto, democrazia e diritti fondamentali all'interno di uno Stato membro viene a sua volta costantemente messa in discussione alla luce di considerazioni politiche e istituzionali; che, con la complicità delle istituzioni UE, la mancanza di procedure vincolanti induce troppo spesso all'inerzia permanente e all'inosservanza dei trattati e dei valori europei;

AJ. considerando che il diritto di petizione ha istituito un legame stretto tra i cittadini dell'UE e il Parlamento europeo; che l'iniziativa dei cittadini europei ha introdotto un nuovo legame diretto tra i cittadini dell'UE e le istituzioni dell'UE e può stimolare lo sviluppo dei diritti fondamentali e dei diritti dei cittadini; che, tra i diritti di cittadinanza, l'articolo 44 della Carta e l'articolo 227 TFUE garantiscono il diritto di petizione quale strumento per difendere i propri diritti fondamentali;

AK. considerando che le donne sono ancora oggetto di numerose forme di discriminazione all'interno dell'UE e che troppo spesso sono vittime di aggressioni e di violenze, soprattutto di natura sessuale;

AL. considerando che la violenza contro le donne rappresenta la violazione dei diritti fondamentali più diffusa nell'UE e nel resto del mondo, che interessa tutti gli strati della società, a prescindere dall'età, dal livello di istruzione, dal reddito, dalla posizione sociale e dal paese di origine o residenza, e rappresenta un grave ostacolo all'uguaglianza tra uomini e donne;

AM. considerando che, stando ai risultati di un'indagine effettuata dall'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali nel 2014, la maggior parte delle donne vittime di violenza non denuncia la propria esperienza alla polizia;

AN. considerando che la salute sessuale e riproduttiva e i relativi diritti si richiamano ai diritti umani fondamentali e sono elementi essenziali della dignità umana(32) ; che la negazione dell'aborto terapeutico equivale a una grave violazione dei diritti umani;

AO. considerando che la tratta e lo sfruttamento sessuale delle donne e delle bambine sono una palese violazione dei diritti umani, della dignità umana e dei principi fondamentali del diritto e della democrazia; che oggi le donne sono più vulnerabili a tali rischi a causa della crescente incertezza economica e del maggior rischio di disoccupazione e povertà;

AP. considerando che la violenza sulle donne non è inclusa esplicitamente nel diritto europeo come forma di discriminazione di genere e figura soltanto in tre

ordinamenti giuridici nazionali (Spagna, Svezia e Germania) e che, di conseguenza, non è considerata una questione sostanziale di uguaglianza; che gli Stati membri adottano un approccio ad hoc per definire la violenza contro le donne e la violenza di genere, con definizioni che differiscono ampiamente tra le legislazioni nazionali, il che significa quindi che i dati non sono comparabili;

AQ. considerando che gli Stati membri non sono esenti dalla brutta piaga delle mutilazioni genitali, che pare colpisca 500 000 vittime nell'Unione e rischi di mieterne altre 180 000;

AR. considerando che nell'UE e negli Stati membri si registrano ancora numerose violazioni dei diritti fondamentali, come evidenziato ad esempio dalle sentenze della Corte europea per i diritti dell'uomo, e come indicato dalle relazioni della Commissione, della FRA, delle ONG, del Consiglio d'Europa e dell'ONU, come la violazione del diritto alla libertà di riunione ed espressione delle organizzazioni della società civile, la discriminazione istituzionale delle persone LGBTI mediante i divieti di matrimonio e la legislazione anti-propaganda e i restanti livelli elevati di discriminazione e crimini d'odio motivati dal razzismo, dalla xenofobia, dall'intolleranza religiosa o dai pregiudizi nei confronti della disabilità, dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere di una persona; che le reazioni della Commissione, del Consiglio e degli Stati membri non sono all'altezza della gravità e della frequenza delle violazioni constatate;

AS. considerando che le società nelle quali i diritti fondamentali sono pienamente applicati e salvaguardati hanno maggiori possibilità di sviluppare un'economia dinamica e competitiva;

AT. considerando che i Rom, la più grande minoranza etnica in Europa, continuano ad essere soggetti a gravi discriminazioni, attacchi razzisti, discorsi intrisi d'odio, povertà ed esclusione;

AU. considerando che l'azione esterna europea si basa sugli stessi principi alla base dell'istituzione e dello sviluppo dell'UE, ovvero la democrazia, la solidarietà, la dignità umana e tutti i diritti fondamentali; che sono stati elaborati orientamenti specifici in materia di diritti umani nelle politiche esterne dell'Unione, ma non nelle sue politiche interne, il che potrebbe sollevare l'accusa di applicare due pesi e due misure; che la promozione dei diritti fondamentali da parte dell'UE nel quadro della sua azione esterna deve tassativamente essere accompagnata da una politica interna decisa e sistematica di vigilanza del rispetto dei diritti fondamentali anche all'interno della stessa UE;

AV. considerando che le disposizioni in materia di protezione dei dati personali devono rispettare i principi di finalità, necessità e proporzionalità anche in sede di negoziato e conclusione di accordi internazionali, come sottolineato dalla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, del 6 aprile 2014, che annulla la direttiva 2006/24/CE e dai pareri del Garante europeo della protezione dei dati (GEPD);

AW. considerando che il diritto al rispetto della vita privata e famigliare e la protezione dei dati personali sono iscritti nella Carta e sono quindi parte integrante del diritto primario dell'UE;

AX. considerando che le nuove tecnologie possono avere un impatto negativo sui diritti fondamentali, in particolare il diritto al rispetto della vita privata e il diritto alla protezione dei dati personali sanciti dagli articoli 7 e 8 della Carta;

AY. considerando che l'accesso di massa a internet ha aperto addirittura maggiori possibilità di abuso fisico e psichico delle donne, ad esempio attraverso l'adescamento online;

AZ. considerando che il ritmo incalzante dei cambiamenti nel mondo digitale

(compreso un maggiore utilizzo di internet, delle applicazioni e dei social network) richiede una protezione più efficace dei dati personali e relativi alla vita privata per garantire la riservatezza e la protezione degli stessi;

BA. considerando che le libertà fondamentali, i diritti umani e le pari opportunità devono essere garantiti a tutti i cittadini dell'UE, anche alle persone appartenenti a minoranze nazionali e linguistiche;

BB. considerando che, secondo l'OMS, almeno 850 minori di età inferiore ai 15 anni muoiono ogni anno in Europa a seguito di maltrattamenti;

BC. considerando che, secondo un'indagine della FRA sulle discriminazioni e i crimini d'odio contro le persone LGBTI, oltre alle discriminazioni e alle violenze di cui sono vittime, quasi la metà delle persone LGBTI intervistate ritiene che nel mondo politico del proprio paese di residenza sia diffuso un linguaggio offensivo nei confronti delle persone LGBTI;

BD. considerando che le persone LGBTI sono vittime di discriminazioni istituzionali, sia per il divieto delle unioni civili sia per l'esistenza di leggi che vietano l'affermazione dell'orientamento sessuale;

BE. considerando che i disabili sono vittime di discriminazioni multiple, le quali costituiscono un ostacolo al pieno godimento dei loro diritti fondamentali;

BF. considerando che il tasso di povertà delle persone con disabilità è superiore del 70% alla media, in parte a causa dell'accesso limitato all'occupazione;

BG. considerando che la laicità e la neutralità dello Stato sono i migliori garanti della non discriminazione delle diverse comunità religiose presenti al suo interno;

BH. considerando che la libertà di stampa e la libertà di agire delle associazioni della società civile, come le ONG, sono essenziali per la democrazia, lo Stato di diritto e i diritti fondamentali; che tale libertà è stata messa in discussione con l'adozione di leggi nazionali o tramite azioni dirette delle autorità in diversi Stati membri;

BI. considerando che la Carta dei diritti fondamentali riconosce agli anziani il diritto di "condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale";

BJ. considerando che punire i responsabili di reati con condanne adeguate ai crimini commessi costituisce sicuramente un deterrente per chi viola i diritti fondamentali, ma l'obiettivo principale resta quello di prevenire (attraverso interventi sulla sfera educativa e culturale) anziché intervenire a posteriori;

BK. considerando l'importanza dell'efficacia delle istituzioni specializzate, quali le istituzioni nazionali per i diritti umani o gli organismi per le pari opportunità, per aiutare i cittadini a far valere meglio i propri diritti fondamentali nell'ambito dell'applicazione del diritto UE da parte degli Stati membri;

BL. considerando che il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni locali e al Parlamento europeo nel proprio Stato di residenza è riconosciuto agli articoli 39 e 40 della Carta; che l'esercizio del diritto di mobilità non dovrebbe ostacolare tale diritto;

BM. considerando la debolezza della risposta della Commissione e degli Stati membri dinanzi alle pratiche di spionaggio massiccio di internet e delle telecomunicazioni rivelate da Edward Snowden nel quadro del programma NSA-PRISM, riguardanti anche Stati europei, che attiene alla loro mancata applicazione di norme di protezione nei confronti dei cittadini europei o dei cittadini di paesi terzi che vivono in Europa;

1. ritiene fondamentale garantire il pieno rispetto dei valori europei comuni enunciati all'articolo 2 TUE nella legislazione europea come pure in quella nazionale, nelle politiche pubbliche e nella loro attuazione, rispettando comunque pienamente il principio di sussidiarietà;

2. invita gli Stati membri ad assicurare che la legislazione dell'UE nel suo complesso, compresi i programmi di adeguamento economico e finanziario, sia attuata in conformità della Carta dei diritti fondamentali e della Carta sociale europea (articolo 151 TFUE);

3. rileva che l'articolo 6 TUE impone all'UE di aderire alla Convenzione europea per i diritti dell'uomo; prende atto del parere 2/2013 della Corte di giustizia dell'UE; invita la Commissione e il Consiglio a predisporre gli strumenti necessari a garantire che tale obbligo, sancito dai trattati, sia realizzato senza indebito indugio; ritiene che ciò debba essere fatto sulla base della piena trasparenza in quanto fornirà un ulteriore meccanismo per rafforzare l'autentico rispetto e l'applicazione della tutela degli individui contro le violazioni dei loro diritti fondamentali, compreso il diritto a un efficace ricorso, e per rafforzare la responsabilità delle istituzioni europee in merito alle loro azioni od omissioni riguardo ai diritti fondamentali;

4. accoglie con favore la nomina del primo vicepresidente della Commissione con competenze relative al rispetto dello Stato di diritto e della Carta e prende atto del suo impegno ad attuare correttamente il quadro esistente; auspica l'adozione in tempi brevi di una strategia interna sui diritti fondamentali, in stretta collaborazione con le altre istituzioni e consultando un'ampia rappresentanza della società civile e altre parti interessate; ritiene che la strategia debba basarsi sugli articoli 2, 6 e 7 TUE e conformarsi ai principi e agli obiettivi sanciti agli articoli 8 e 10 TFUE; deplora la mancanza di volontà politica a ricorrere all'articolo 7 TUE nei confronti degli Stati membri responsabili di violazioni di diritti fondamentali quale misura sanzionatoria e deterrente;

5. sottolinea la necessità di utilizzare appieno i meccanismi esistenti per garantire il rispetto, la tutela e la promozione dei diritti fondamentali e dei valori dell'Unione di cui all'articolo 2 TUE ed elencati nella Carta dei diritti fondamentali; sottolinea a tal proposito che occorre applicare e attuare con urgenza tutti gli strumenti attualmente previsti dai trattati;

6. sottolinea che occorre sfruttare appieno i meccanismi esistenti, lanciando valutazioni e indagini obiettive e avviando procedure di infrazione quando un caso sia idoneamente fondato;

7. sottolinea la necessità di eventuali modifiche dei trattati al fine di rafforzare ulteriormente la tutela dei diritti fondamentali nei trattati UE;

8. prende atto della comunicazione della Commissione su un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto, che rappresenta un primo tentativo di superare le attuali lacune nella prevenzione e nella soluzione dei casi di violazione dei diritti fondamentali e dei principi dello Stato di diritto negli Stati membri; prende atto dell'intenzione della Commissione di tenere regolarmente informati il Parlamento europeo e il Consiglio in merito ai progressi compiuti in ciascuna fase; ritiene però che il meccanismo proposto potrebbe non rappresentare un deterrente sufficiente o efficace quando si tratti di prevenire e risolvere violazioni dei diritti fondamentali negli Stati membri, avendo la Commissione presentato tale quadro sotto forma di comunicazione non vincolante che non stabilisce il momento in cui il quadro dovrebbe essere attivato;

9. invita la Commissione a mettere in pratica e perfezionare ulteriormente tale quadro al fine di:

a) includerlo nella strategia interna sui diritti fondamentali, in quanto lo Stato di diritto è un presupposto per la tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea e nei suoi Stati membri;

b) utilizzare al meglio la competenza degli esperti del Consiglio d'Europa e istituire un canale formale di cooperazione nelle questioni correlate allo Stato di diritto e ai diritti fondamentali;

c) definirne chiaramente i criteri di applicazione e assicurare che la sua attivazione proattiva e trasparente eviti efficacemente che si configurino violazioni dei diritti fondamentali; definire, in particolare, i criteri di un "chiaro rischio di violazione" e "violazione grave e persistente" sulla base, tra l'altro, della giurisprudenza della Corte di giustizia europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo; prendere in considerazione la possibilità che eventuali violazioni possano automaticamente attivare il quadro;

d) avviare procedure d'infrazione che potrebbero altresì comportare sanzioni finanziarie conformemente all'articolo 260 TFUE, nel caso in cui la FRA individui violazioni sistematiche o significative dell'articolo 2 TUE;

e) assicurare l'avvio automatico della procedura di cui all'articolo 7 TUE, nel caso in cui il processo in tre fasi previsto dal quadro non risolva la questione, specificando quali diritti derivanti dall'applicazione dei trattati nello Stato in questione, diversi dai diritti di voto nel Consiglio, possano essere sospesi, in modo da contemplare la possibilità di applicare ulteriori sanzioni che garantiscano l'efficace funzionamento del quadro, nel rispetto del diritto europeo e dei diritti fondamentali;

f) stabilire che tutte le proposte legislative, le politiche e le azioni UE, anche in campo economico e nel settore delle relazioni esterne e tutte le misure finanziate dall'UE rispettino pienamente la Carta e siano soggette ad una valutazione dettagliata ex ante ed ex post del loro impatto sui diritti fondamentali, e includere un piano proattivo di azione che garantisca l'efficace applicazione delle norme esistenti e identifichi i settori in cui sono necessarie riforme; a tal proposito, ritiene che la competenza esterna indipendente della FRA dovrebbe essere pienamente sfruttata da Commissione, Consiglio e Parlamento in materia di attività legislativa e di sviluppo delle politiche;

g) mettere a punto, in cooperazione con la FRA e gli organismi nazionali di tutela dei diritti umani e con il contributo della più ampia rappresentanza della società civile, una banca dati che raccolga e pubblichi tutti i dati e i rapporti relativi alla situazione dei diritti fondamentali nell'UE e nei singoli Stati membri;

10. esorta la Commissione a garantire che tale strategia interna sia accompagnata da un nuovo meccanismo chiaro e dettagliato, solidamente fondato nel diritto internazionale ed europeo e che abbracci l'insieme dei valori tutelati dall'articolo 2 TUE, al fine di garantire la coerenza con il quadro strategico per i diritti umani e la democrazia già applicato nelle relazioni esterne dell'UE e rendere le istituzioni europee e gli Stati membri responsabili delle loro azioni e omissioni in materia di diritti fondamentali; ritiene che questo meccanismo dovrebbe consentire il controllo della conformità di tutti gli Stati membri dell'Unione europea in materia di diritti fondamentali e prevedere un dialogo sistematico e istituzionalizzato in caso di violazione dei diritti fondamentali da parte di uno o più Stati membri; ritiene che, al fine di sfruttare appieno le disposizioni dei trattati, la Commissione dovrebbe:

a) definire un quadro di valutazione sulla base di indicatori comuni e obiettivi, sulla base dei quali saranno misurati la democrazia, lo Stato di diritto e i diritti fondamentali; tali indicatori dovrebbero riflettere i criteri politici di Copenaghen in materia di adesione nonché i valori e i diritti di cui all'articolo 2 dei trattati e alla Carta dei diritti fondamentali ed essere elaborati sulla base delle norme esistenti; a tale riguardo, la Commissione dovrebbe prendere in considerazione la possibilità di ampliare l'ambito di applicazione del quadro UE di valutazione della giustizia, per

coprire la valutazione periodica, stato per stato, del rispetto dei diritti fondamentali e dello Stato di diritto;

b) garantire un costante monitoraggio basato su un consolidato quadro di valutazione e su un sistema di valutazione annuale per paese, elaborati dalla Commissione e dal Consiglio, sulla conformità allo Stato di diritto e sulla situazione dei diritti fondamentali in tutti gli Stati membri dell'Unione europea, sulla base dei dati della FRA, del Consiglio d'Europa e della sua Commissione di Venezia nonché delle ONG;

c) proporre in tale contesto una revisione del regolamento che istituisce la FRA, affinché disponga di competenze più ampie e di maggiori risorse umane e finanziarie che le consentano di monitorare la situazione egli Stati membri e pubblicare una relazione annuale di monitoraggio contenente una valutazione dettagliata dei risultati di ciascuno Stato membro;

d) emettere un richiamo formale qualora, sulla base del quadro di valutazione istituito e della relazione annuale di monitoraggio sopra citata, gli indicatori evidenzino che determinati Stati membri violano lo Stato di diritto o i diritti fondamentali; questo richiamo formale dovrebbe essere accompagnato sistematicamente dall'avvio di un dialogo istituzionale che coinvolga - oltre alla Commissione e allo Stato membro interessato - il Consiglio, il Parlamento europeo e il parlamento dello Stato membro interessato;

e) contribuire a migliorare il coordinamento tra le istituzioni e agenzie dell'UE, il Consiglio d'Europa, le Nazioni Unite e le organizzazioni della società civile; intensificare la cooperazione tra le istituzioni dell'UE e gli Stati membri, compreso tra il Parlamento europeo e i parlamenti nazionali;

11. accoglie con favore il fatto che il Consiglio terrà discussioni sullo Stato di diritto; ritiene, tuttavia, che tali discussioni non siano la soluzione più efficace per risolvere un'eventuale mancanza di conformità rispetto ai valori fondamentali dell'Unione europea; deplora il fatto di non essere informato né coinvolto nell'organizzazione di tali discussioni; invita il Consiglio a basare le proprie discussioni sui risultati delle relazioni annuali e specifiche della Commissione europea, del Parlamento europeo, della società civile, del Consiglio d'Europa e della sua Commissione di Venezia nonché di altri attori istituzionali o di altra natura;

12. chiede alla Commissione e agli Stati membri di effettuare indagini in merito alle eventuali asserzioni di violazioni dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta e di dare seguito a tali asserzioni qualora risultino comprovate; esorta, in particolare, la Commissione ad avviare procedure d'infrazione nel caso in cui gli Stati membri siano sospettati di aver agito in violazione di tali diritti;

13. invita la Commissione a dare maggiore priorità alla preparazione dell'adesione dell'Unione alla Carta sociale europea, firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e rivista a Strasburgo il 3 maggio 1996;

14. invita gli Stati membri a istituire e rafforzare le istituzioni nazionali per i diritti umani in conformità dei "principi di Parigi" al fine di garantire la promozione e la tutela indipendenti dei diritti umani a livello nazionale;

15. chiede di assicurare un migliore coordinamento e una maggiore coerenza tra le attività del Parlamento europeo, il Consiglio d'Europa, la FRA e l'EIGE;

16. esprime preoccupazione per l'allarmante aumento dei casi di violazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea, in particolare in materia di immigrazione e asilo, discriminazione e intolleranza – specialmente nei confronti di talune popolazioni – nonché dei casi di attacchi effettuati e di pressioni esercitate nei confronti

delle ONG che difendono i diritti di tali gruppi e popolazioni; prende atto della riluttanza degli Stati membri a garantire il rispetto di tali diritti e libertà fondamentali, in particolare per quanto riguarda i rom, le donne, la comunità LGBTI, i richiedenti asilo, i migranti e altri gruppi vulnerabili;

17. invita il Consiglio a individuare un terreno comune sul contenuto preciso dei principi e delle norme derivanti dallo Stato di diritto che variano a livello nazionale e a valutare la definizione già esistente dello Stato di diritto della Corte di giustizia europea, quale punto di partenza per la discussione che comprenda: la legalità, incluso un processo trasparente, responsabile e democratico di emanazione delle leggi; la certezza del diritto; il divieto di arbitrarietà del potere esecutivo, l'indipendenza e l'imparzialità del giudice, l'effettivo sindacato giurisdizionale, anche per quanto riguarda il rispetto dei diritti fondamentali, l'uguaglianza dinanzi alla legge;

18. ricorda che il rispetto dello Stato di diritto è un prerequisito necessario per la protezione dei diritti fondamentali e che le misure di sicurezza non dovrebbero comprometterli, in linea con l'articolo 52 della Carta; ricorda inoltre che, ai sensi dell'articolo 6 della Carta, ogni individuo ha il diritto alla libertà e alla sicurezza;

19. invita la Commissione, il Consiglio e gli Stati membri ad assicurare che i diritti e i principi fondamentali - sanciti in particolare dai trattati, dalla Carta e dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo - siano integrati fin dall'inizio nelle politiche e misure di sicurezza interna, come suggerito nel Focus Paper dell'Agenzia per i diritti fondamentali dal titolo "Embedding fundamental rights in the security agenda" (Integrare i diritti fondamentali nell'agenda di sicurezza); esorta l'UE e gli Stati membri a integrare le misure di inclusione sociale e non discriminazione nelle future strategie per la sicurezza interna;

20. invita la Commissione, con il sostegno della FRA, a rafforzare le azioni e i programmi di sensibilizzazione, educazione e formazione ai diritti fondamentali; ritiene che tali programmi dovrebbero mirare a creare coesione e fiducia fra tutte le parti sociali e coinvolgere le organizzazioni della società civile, le istituzioni nazionali dei diritti umani e gli uffici nazionali per l'uguaglianza e l'antidiscriminazione;

21. evidenzia che il ruolo di custode dei trattati della Commissione non è limitato ad assicurare il recepimento delle normative da parte degli Stati membri, ma è anche esteso all'applicazione totale e corretta delle leggi, in particolar modo allo scopo di proteggere i diritti fondamentali dei cittadini; deplora la limitazione effettiva del campo di applicazione della Carta, a causa di un'interpretazione eccessivamente restrittiva del suo articolo 51, che le impedisce di coprire l'applicazione del diritto dell'UE; è del parere che tale approccio debba essere rivisto per soddisfare le aspettative dei cittadini europei in relazione ai loro diritti fondamentali; ribadisce che le aspettative dei cittadini vanno oltre la rigida interpretazione della Carta e l'obiettivo dovrebbe essere quello di rendere questi diritti quanto più efficaci possibile; deplora pertanto il fatto che la Commissione si appelli alla mancanza di competenza in numerose risposte a petizioni che denunciano un'eventuale violazione dei diritti fondamentali; chiede, in tale contesto, l'istituzione di un meccanismo di monitoraggio, valutazione sistematica e formulazione di raccomandazioni per favorire il rispetto complessivo dei valori fondamentali negli Stati membri;

22. ricorda l'importanza cruciale del recepimento e dell'attuazione tempestivi e corretti del diritto dell'UE, specialmente quando interessi e sviluppi i diritti fondamentali;

Libertà e sicurezza

Libertà di espressione e mezzi di comunicazione

23. ricorda che la libertà di espressione, d'informazione e dei mezzi di comunicazione è fondamentale per assicurare la democrazia e lo Stato di diritto; esprime ferma condanna per gli atti di violenza, le pressioni o le minacce contro i giornalisti e i mezzi di comunicazione, anche in relazione alla divulgazione delle loro fonti e delle informazioni sulle violazioni dei diritti fondamentali commesse da governi e Stati; invita gli Stati membri ad astenersi dall'applicare misure che ostacolino tali libertà; ribadisce la sua richiesta alla Commissione di rivedere e modificare la direttiva sui servizi dei mezzi audiovisivi sulla scorta di quanto indicato dal Parlamento nella sua risoluzione del 22 maggio 2013;

24. sottolinea che media pubblici, indipendenti, liberi, diversi e pluralisti, insieme ai giornalisti, sia online che offline, sono un tassello fondamentale della democrazia; ritiene che la proprietà e la gestione dei media non dovrebbero essere concentrate; sottolinea, a tal proposito, che la trasparenza della proprietà dei media è fondamentale per il monitoraggio degli investimenti che potrebbero influenzare le informazioni fornite; chiede lo sviluppo di regole economiche adeguate ed eque, al fine di garantire anche il pluralismo dei media on line; invita la Commissione a sviluppare un piano di azione per far sì che tutti i mezzi di comunicazione soddisfino criteri minimi di indipendenza e qualità;

25. esprime preoccupazione per le crescenti misure repressive adottate in alcuni Stati membri contro i movimenti sociali e le manifestazioni, la libertà di riunione e la libertà di parola, in particolare per quanto riguarda l'uso sproporzionato della forza contro manifestanti pacifici, e lo scarso numero di indagini di polizia e giudiziarie in questo settore; invita gli Stati membri a tutelare la libertà di riunione e a non adottare misure che mettano in discussione o addirittura criminalizzino l'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali, come il diritto di manifestare o scioperare o i diritti di riunione e di associazione e la libertà di espressione; esprime grave preoccupazione per le leggi nazionali di diversi Stati membri che incidono sui diritti fondamentali negli spazi pubblici e limitano il diritto di assemblea; invita la Commissione a monitorare e ad affrontare le gravi interferenze con i diritti fondamentali causate dalle leggi nazionali che pongono restrizioni agli spazi pubblici per ragioni di sicurezza;

26. rileva che alcuni casi di terrorismo hanno indotto l'UE e i suoi Stati membri a intensificare le misure antiterroristiche e di contrasto alla radicalizzazione; esorta l'UE e le autorità nazionali ad adottare tali misure nel pieno rispetto dei principi della democrazia, dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali, in particolare i diritti della difesa, la presunzione di innocenza, il diritto a un processo equo, il diritto al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali; chiede agli Stati membri e alla Commissione di valutare in piena trasparenza la conformità di qualsiasi progetto o proposta di atto regolamentare e legislativo nazionale che si inserisca nel quadro della lotta al terrorismo rispetto all'articolo 2 TUE e alla Carta;

27. riconosce che l'ampia diffusione della criminalità informatica transnazionale e del terrorismo informatico crea gravi sfide e preoccupazioni in materia di tutela dei diritti fondamentali nell'ambiente online; ritiene essenziale che l'Unione sviluppi una competenza di punta in materia di sicurezza informatica, al fine di rafforzare il rispetto degli articoli 7 e 8 della Carta nello spazio cibernetico;

28. si complimenta con il Senato degli Stati Uniti per la sua relazione sui programmi

di detenzione e di interrogatorio della CIA; esorta gli Stati membri a non tollerare alcuna pratica di tortura o altri trattamenti disumani e degradanti sul loro territorio; ribadisce i suoi inviti agli Stati membri a garantire la responsabilità per le violazioni dei diritti fondamentali nel contesto del trasporto e della detenzione illegale di detenuti in paesi europei da parte della CIA; esorta gli Stati membri a svolgere indagini aperte e trasparenti per scoprire la verità circa l'uso del loro territorio e spazio aereo e ad offrire piena collaborazione all'indagine del Parlamento europeo in materia, che è stata recentemente ripristinata, nonché al relativo seguito; chiede la tutela di coloro che rivelano tali violazioni, come giornalisti e informatori;

29. esprime la propria preoccupazione sulle reiterate notizie circa la presunta violazione dei diritti fondamentali dell'UE, e della legge europea sulla protezione dei dati in particolare, da parte dei servizi segreti degli Stati membri e di paesi terzi che permettono di custodire e accedere ai dati delle comunicazioni elettroniche di cittadini europei; condanna fermamente le attività di sorveglianza di massa rivelate a partire dal 2013 e deplora il fatto che tali attività proseguano; chiede di far luce su tali attività e, in particolare, sul coinvolgimento e sulle attività attuali dei servizi di intelligence di taluni Stati membri; invita la Commissione e gli Stati membri a tener pienamente conto dei requisiti e delle raccomandazioni del Parlamento di cui alla risoluzione del 12 marzo 2014 sul programma di sorveglianza dell'Agenzia per la sicurezza nazionale statunitense, sugli organi di sorveglianza in diversi Stati membri e sul loro impatto sui diritti fondamentali dei cittadini dell'UE, nonché sulla cooperazione transatlantica in materia di giustizia e affari interni; ribadisce il suo appello agli Stati membri a fare in modo che le attività dei rispettivi servizi di intelligence siano compatibili con i diritti fondamentali e siano soggette a controllo parlamentare e giudiziario;

30. esprime preoccupazione per l'adozione di normative nazionali da parte degli Stati membri che consentono una sorveglianza a tappeto e ribadisce l'esigenza di strumenti di sicurezza che siano mirati, strettamente necessari e proporzionati in una società democratica; ribadisce il suo invito all'UE e ai suoi Stati membri ad adottare un sistema di protezione degli informatori;

31. è preoccupato per la scarsa conoscenza da parte dei cittadini dei propri diritti in materia di protezione dei dati e della vita privata e dei meccanismi di ricorso giudiziario a loro disposizione; sottolinea a tale proposito il ruolo dei garanti nazionali per la protezione dei dati nella promozione e nella sensibilizzazione riguardo a tali diritti; ritiene sia essenziale che i cittadini, e in particolare i bambini, siano familiarizzati in merito all'importanza della protezione dei propri dati personali nel ciberspazio e ai pericoli cui possono essere esposti; invita gli Stati membri a realizzare campagne di sensibilizzazione nelle scuole; sottolinea che, alla luce dei rapidi sviluppi tecnologici e dell'aumento degli attacchi informatici, occorre rivolgere un'attenzione particolare alla protezione dei dati personali, soprattutto in riferimento alla sicurezza del trattamento e della conservazione; sottolinea che, sebbene il diritto all'oblio non sia assoluto e debba essere bilanciato rispetto agli altri diritti fondamentali, i cittadini devono avere il diritto di chiedere la rettifica dei propri dati personali online; esprime profonda preoccupazione per il fatto che la maggior parte degli internauti abbia difficoltà a far rispettare i propri diritti nel mondo digitale; invita il Consiglio a compiere progressi rapidi riguardo al pacchetto Protezione dei dati per garantire un livello elevato di protezione dei dati in tutta l'Unione;

32. ricorda che gli Stati membri sono tenuti ad assicurare che i propri servizi segreti operino in modo lecito e nel pieno rispetto dei trattati e della Carta; invita a tale proposito gli Stati membri ad assicurare che la legislazione nazionale preveda

soltanto la raccolta e l'analisi dei dati personali (inclusi i cosiddetti metadati) con il consenso del soggetto interessato o in seguito ad ingiunzione di un tribunale emanata sulla base di fondati sospetti che il soggetto sia coinvolto in attività criminali;

33. sottolinea che la raccolta e il trattamento illegali dei dati dovrebbero essere perseguiti alla stregua della violazione della tradizionale riservatezza della corrispondenza; insiste sulla necessità di vietare severamente la creazione di "backdoor" o di ogni altra tecnica che consenta di indebolire o aggirare le misure di sicurezza o di sfruttare le falle esistenti;

34. deplora le pressioni esercitate da enti sia pubblici che privati sulle imprese private per accedere ai dati relativi agli internauti, controllare i contenuti in internet o rimettere in discussione il principio di neutralità della rete;

35. sottolinea che la salvaguardia dei diritti fondamentali nell'odierna società dell'informazione rappresenta una tematica fondamentale per l'UE poiché il crescente impiego delle tecnologie d'informazione e comunicazione (TIC) pone nuove minacce per i diritti fondamentali nello spazio cibernetico, la cui tutela dovrebbe essere rafforzata assicurandone la promozione e protezione online, nello stesso modo e nella stessa misura in cui avviene per il mondo offline;

36. esorta la Commissione a monitorare scrupolosamente l'attuazione dell'attuale legislazione europea in tale ambito e ritiene che gli Stati membri dovrebbero applicare in pratica le disposizioni di diritto penale attraverso efficaci attività d'indagine e procedimenti giudiziari onde assicurare il rispetto dei diritti fondamentali delle vittime;

37. invita la Commissione e gli Stati membri a dare prova della massima vigilanza in merito all'impatto che talune nuove tecnologie, tra cui i droni, possono avere sui diritti fondamentali dei cittadini e, più specificamente, sul diritto alla privacy e alla protezione dei dati personali;

38. sottolinea il ruolo fondamentale dell'istruzione nel prevenire la radicalizzazione e il crescere dell'intolleranza e dell'estremismo tra i giovani;

39. deplora gli atti di discriminazione e violenza perpetrati dalle forze di polizia di alcuni Stati membri nei confronti di gruppi minoritari come i migranti, i Rom, le persone LGBTI o le persone con disabilità; esorta gli Stati membri a indagare e sanzionare tali azioni; ritiene che le forze di polizia debbano essere maggiormente sensibilizzate e formate riguardo alle discriminazioni e violenze di cui sono vittime tali minoranze; invita gli Stati membri a rinsaldare la fiducia che le minoranze hanno nei confronti delle forze di polizia e a incoraggiarle a denunciare tali atti; invita altresì le autorità degli Stati membri a lottare contro la profilazione etnica discriminatoria effettuato da alcune forze di polizia;

Libertà di religione e di coscienza

40. si richiama all'articolo 10 della Carta, che tutela la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, comprese la libertà di praticare la religione di propria scelta e di cambiare religione o credo; ritiene che ciò copra anche la libertà di non credere; condanna ogni forma di discriminazione o intolleranza e chiede che sia messa al bando ogni forma di discriminazione su tale base; deplora a questo proposito i recenti episodi di discriminazione e violenza antisemitica e anti-islamica; invita gli Stati membri e le autorità regionali a proteggere con ogni strumento disponibile la libertà di religione o di credo e a promuovere la tolleranza e il dialogo interculturale con efficaci politiche, rafforzando le politiche contro la discriminazione ove necessario; ricorda l'importanza di uno Stato laico e imparziale inteso come presidio contro discriminazioni

nei confronti di qualsiasi comunità religiosa, atea o agnostica, che garantisca parità di trattamento a tutte le religioni e i credi; esprime la propria preoccupazione per l'applicazione di leggi sulla blasfemia e ingiurie religiose nell'Unione europea, che possono avere un serio impatto sulla libertà di espressione, ed esorta gli Stati membri ad abrogare tali leggi; condanna fermamente gli attacchi ai luoghi di culto ed esorta gli Stati membri a non lasciare impuniti tali crimini;

41. esorta il rispetto della libertà di religione o di credo nella zona occupata di Cipro, dove oltre 500 movimenti religiosi e culturali sono prossimi al collasso;

42. è allarmato per la recrudescenza dell'antisemitismo in Europa e per la banalizzazione dei discorsi che negano o relativizzano l'Olocausto; è fortemente preoccupato per il fatto che numerosi membri della comunità ebraica abbiano intenzione di lasciare l'Europa per l'inasprimento del clima antisemita e le discriminazioni e violenze perpetrate nei confronti della comunità ebraica;

43. è fortemente preoccupato per l'aumento di dimostrazioni islamofobiche, di attacchi ai luoghi di culto musulmani e per i numerosi amalgami tra religione musulmana e fanatismo religioso di un'esigua minoranza; deplora le discriminazioni e le violenze di cui è vittima la comunità musulmana; invita gli Stati membri a condannarle sistematicamente e ad applicare una tolleranza zero nei confronti di tali comportamenti;

Uguaglianza e non discriminazione

44. deplora fermamente che il Consiglio non abbia ancora adottato la proposta di direttiva del 2008 recante applicazione del principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione o il credo, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale; plaude alla priorità data a tale direttiva da parte della Commissione; ribadisce il suo appello al Consiglio affinché adotti al più presto la proposta;

45. ricorda che pluralismo, non discriminazione e tolleranza sono tra i valori fondanti dell'Unione secondo l'articolo 2 del TUE; ritiene che solo politiche volte a promuovere l'uguaglianza tanto formale quanto sostanziale e a combattere ogni forma di discriminazione possano promuovere una società coesa, abbattendo ogni forma di pregiudizio lesiva dell'integrazione sociale; deplora che nell'UE si verifichino ancora casi di discriminazione, emarginazione e perfino violenza fondata, in particolare, sul genere, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza a una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale;

46. ritiene che l'Unione e gli Stati membri debbano rafforzare i rispettivi sforzi in materia di parità e di lotta contro le discriminazioni, di protezione della diversità culturale, religiosa e linguistica e promuovere misure volte a rafforzare la parità tra i sessi, i diritti dei minori, i diritti delle persone anziane e i diritti delle persone disabili, nonché i diritti delle persone LGBTI e delle persone appartenenti a minoranze nazionali; esorta l'UE e gli Stati membri a includere la discriminazione multipla nelle politiche per l'uguaglianza;

47. condanna ogni forma di discriminazione e violenza nel territorio dell'UE e è preoccupato per l'aumento del loro numero; invita la Commissione e gli Stati membri ad adottare impegni politici specifici per combattere tutte le forme di razzismo, inclusi l'antisemitismo, l'islamofobia, l'afrofobia e l'antiziganismo;

48. invita la Commissione e il Consiglio a riconoscere la necessità di dati sull'uguaglianza attendibili e comparabili per valutare la discriminazione, disaggregati in

base ai motivi discriminatori, al fine di informare il processo di elaborazione delle politiche, valutare l'attuazione della legislazione dell'UE anti-discriminazione e applicarla nel modo migliore; invita la Commissione a definire norme coerenti di raccolta dati sull'uguaglianza, basati sull'autoidentificazione, sulle norme di protezione dei dati dell'UE e sulla consultazione delle comunità interessate; invita gli Stati membri a raccogliere i dati per tutti i tipi di discriminazione;

49. sollecita l'UE ad adottare una direttiva che condanni la discriminazione basata sul genere e che combatta i pregiudizi e gli stereotipi di genere nell'istruzione e nei media;

Promozione delle minoranze

50. chiede una maggiore coerenza da parte dell'Unione europea nel settore della protezione delle minoranze; è profondamente convinto che tutti gli Stati membri e i paesi candidati all'adesione dovrebbero essere tenuti a rispettare i medesimi principi e criteri, al fine di evitare l'applicazione di due pesi e due misure; chiede pertanto di creare un meccanismo efficace per il monitoraggio e la garanzia dei diritti fondamentali delle minoranze di ogni tipo, sia nei paesi candidati sia nei paesi che hanno già aderito all'Unione europea;

51. sottolinea che l'Unione europea deve essere uno spazio in cui prevale il rispetto per la diversità etnica, culturale e linguistica; invita le istituzioni dell'UE a elaborare un sistema globale di protezione a livello europeo per le minoranze nazionali, etniche e linguistiche, onde assicurare la parità di trattamento, tenendo conto delle relative norme internazionali e delle buone pratiche esistenti; invita gli Stati membri ad assicurare un'effettiva uguaglianza per tali minoranze, in particolare per quanto riguarda le problematiche della lingua, dell'istruzione e della cultura; invita gli Stati membri che ancora non l'abbiano fatto a ratificare e attuare con efficacia la Convenzione quadro per la protezione delle minoranze nazionali; ricorda inoltre la necessità di attuare i principi elaborati nel quadro dell'OSCE;

52. condanna ogni forma di discriminazione legata all'uso di una lingua e invita gli Stati membri che ancora non l'abbiano fatto a ratificare e attuare con efficacia la Carta europea delle lingue regionali o minoritarie; sollecita gli Stati membri e la Commissione a intraprendere tutte le azioni necessarie al fine di eliminare eventuali ostacoli amministrativi o legislativi sproporzionati che potrebbero limitare la diversità linguistica a livello europeo o nazionale;

53. sottolinea che i principi della dignità umana, dell'uguaglianza di fronte alla legge e del divieto di qualsiasi discriminazione costituiscono i fondamenti dello Stato di diritto; invita gli Stati membri ad adottare un quadro legislativo nazionale per contrastare tutte le forme di discriminazione e garantire l'effettiva attuazione del quadro normativo dell'UE in vigore;

Situazione della popolazione Rom

54. deplora la crescente propensione a sentimenti antirom nell'Unione europea ed esprime preoccupazione per la situazione dei Rom nell'Unione europea e per i numerosi casi di persecuzione, violenza, stigmatizzazione, discriminazione ed espulsioni illecite, che sono contrarie ai diritti fondamentali e alla legislazione dell'Unione europea; invita la Commissione a continuare a intraprendere azioni contro quegli Stati membri che promuovono o consentono la discriminazione istituzionalizzata

e la segregazione; invita nuovamente gli Stati membri ad attuare in modo efficace strategie intese a promuovere un'autentica inclusione nonché azioni pertinenti per promuovere l'integrazione, in particolare nell'ambito dei diritti fondamentali, dell'istruzione, dell'occupazione, degli alloggi e dell'assistenza sanitaria, e per combattere la violenza, gli incitamenti all'odio e la discriminazione nei confronti dei Rom, in conformità della raccomandazione del Consiglio su misure efficaci per l'integrazione dei Rom negli Stati membri del 9 dicembre 2013;

55. sottolinea che è importante attuare adeguatamente le strategie nazionali di integrazione dei Rom attraverso lo sviluppo di politiche integrate con il coinvolgimento in un dialogo permanente delle autorità locali, delle organizzazioni non governative e delle comunità di Rom; invita la Commissione a garantire un seguito e un migliore coordinamento nell'attuazione; invita gli Stati membri a cooperare con rappresentanti della popolazione Rom nella gestione, monitoraggio e valutazione di progetti che riguardano le loro comunità, mediante l'utilizzo dei fondi disponibili (compresi quelli dell'UE), verificando rigorosamente il rispetto dei diritti fondamentali dei Rom, compresa la libertà di movimento, ai sensi della direttiva 2004/58/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri;

56. deplora la discriminazione in atto a danno dei Rom nei sistemi d'istruzione nazionali e sul mercato del lavoro; sottolinea l'accresciuta vulnerabilità delle donne e dei minori Rom, specialmente alle molteplici e simultanee violazioni dei loro diritti fondamentali; ribadisce l'importanza di proteggere e di promuovere la parità di accesso a tutti i diritti per i minori Rom;

57. sollecita gli Stati membri ad adottare le modifiche legislative necessarie in relazione alla sterilizzazione e a risarcire finanziariamente le vittime di sterilizzazioni forzate eseguite su donne Rom e su donne con disabilità mentali, conformemente alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo;

Violenza contro la donna e parità di genere

58. sollecita l'UE e gli Stati membri a combattere e a perseguire ogni forma di violenza e di discriminazione contro le donne; invita in particolare gli Stati membri ad occuparsi con efficacia degli effetti della violenza domestica e dello sfruttamento sessuale in tutte le sue forme, inclusi lo sfruttamento di minori rifugiati o immigrati e il matrimonio precoce forzato;

59. esprime preoccupazione per la portata e le forme di violenza contro le donne nell'UE, come documentato dall'indagine europea condotta dalla FRA, che ha evidenziato come una donna su tre abbia subito violenza fisica e/o sessuale dall'età di 15 anni e che circa 3,7 milioni di donne nell'UE subiscono una violenza sessuale nel corso di un anno. invita pertanto la Commissione e gli Stati membri a riesaminare la legislazione vigente e porre come prioritaria la violenza contro le donne nel proprio programma d'azione, poiché la violenza di genere non deve essere tollerata; chiede alla Commissione di incoraggiare le ratifiche nazionali e di avviare la procedura di adesione dell'Unione alla Convenzione di Istanbul quanto prima; osserva che l'adesione immediata di tutti gli Stati membri alla Convenzione di Istanbul contribuirà all'elaborazione di una politica integrata e alla promozione della cooperazione internazionale in materia di lotta contro qualsiasi forma di violenza contro le donne, comprese le intimidazioni sessuali online e non online;

60. invita gli Stati membri a istituire reti di centri di assistenza e accoglienza delle

donne vittime della tratta di esseri umani e della prostituzione, garantendo che esse ricevano assistenza psicologica, medica, sociale e legale e siano incoraggiate a trovare un lavoro stabile con tutela dei diritti;

61. è seriamente preoccupato per il persistere delle pratiche di mutilazione genitale, che costituiscono una forma di violenza grave nei confronti delle donne e delle ragazze nonché una violazione inammissibile del loro diritto all'integrità fisica; sollecita l'Unione e gli Stati membri a vigilare maggiormente e a combattere tali pratiche nel loro territorio affinché cessino al più presto; invita in particolare gli Stati membri ad adottare un approccio risoluto e dissuasivo, formando i professionisti che operano a contatto con i migranti, perseguendo legalmente e sanzionando in maniera efficace e sistematica gli autori delle mutilazioni genitali nei confronti delle quali occorre adottare una tolleranza zero; insiste affinché tali azioni siano affiancate da campagne di informazione e sensibilizzazione mirate ai gruppi interessati; giudica positivamente il fatto che la legislazione dell'Unione in materia di asilo consideri le vittime della mutilazione genitale persone vulnerabili e includa le mutilazioni genitali tra i criteri da tenere in considerazione per le richieste d'asilo;

62. invita la Commissione ad assicurare la continuità nella raccolta dei dati sulla prevalenza e la natura delle violenze contro le donne, quale base per elaborare solide politiche atte a prevenire la violenza e soddisfare le esigenze delle vittime, incluse la valutazione dell'attuazione della direttiva a tutela delle vittime di reato dell'UE (2012/29/UE) e campagne di sensibilizzazione contro l'intimidazione sessuale; ritiene che la raccolta dei dati dovrebbe fare riferimento alla prima indagine condotta dalla FRA a livello dell'UE e basarsi sulla cooperazione tra la Commissione europea (incluso Eurostat), la FRA e l'Istituto europeo per l'uguaglianza di genere; ribadisce la richiesta alla Commissione formulata nella propria risoluzione del 25 febbraio 2014 contenente raccomandazioni sulla lotta alla violenza contro le donne a presentare una proposta di atto che stabilisca misure volte a promuovere e sostenere l'azione degli Stati membri nel settore della prevenzione della violenza contro le donne e le ragazze, compresa la mutilazione genitale femminile; invita la Commissione a proclamare il 2016 anno della lotta alla violenza contro le donne e le ragazze;

63. invita l'UE e gli Stati membri a combattere e perseguire tutte le forme di violenza contro le donne; esorta la Commissione a proporre un'iniziativa legislativa per proibire la violenza contro le donne nell'UE;

64. chiede alla Commissione di sensibilizzare la collettività al fine di stimolare una cultura del rispetto e della tolleranza contro ogni forma di discriminazione delle donne; invita gli Stati membri a garantire l'attuazione di strategie nazionali per salvaguardare la salute e i diritti sessuali e riproduttivi delle donne; insiste sul ruolo dell'Unione di sensibilizzazione e promozione delle migliori pratiche in questo ambito, dal momento che la salute è un diritto umano fondamentale, essenziale per l'esercizio di altri diritti umani.

65. è allarmato per la sottorappresentazione delle donne nei processi decisionali, nelle imprese e nei consigli di amministrazione, nei contesti scientifici e politici, sia a livello nazionale che internazionale (grandi imprese, elezioni nazionali ed europee), ma soprattutto a livello locale; chiede che le donne siano sostenute nella loro evoluzione professionale e negli sforzi per ottenere incarichi esecutivi e invita le istituzioni dell'UE a prendere atto, con maggiore coscienza, dei dati secondo i quali le donne rappresentano soltanto il 17,8% dei membri dei consigli di amministrazione delle maggiori società a partecipazione pubblica e quotate in borsa nell'UE;

66. chiede che la direttiva sul congedo di maternità sia sbloccata in Consiglio,

trattandosi di un testo legislativo che renderà possibile l'effettiva e tangibile uguaglianza di genere nonché l'armonizzazione a livello di UE;

67. segnala che le donne rappresentano oltre la metà dei titolari di dottorato e che tale dato non trova riscontro nel mercato del lavoro, specialmente per quanto riguarda le funzioni di responsabili decisionali di livello superiore; invita gli Stati membri a ogni sforzo necessario al fine di assicurare la parità di partecipazione delle donne e degli uomini nel mercato del lavoro e promuovere la presenza delle donne nelle funzioni di livello superiore e in particolare a conseguire quanto prima un accordo sulla proposta di direttiva riguardante il miglioramento dell'equilibrio di genere fra gli amministratori senza incarichi esecutivi delle società quotate in borsa e relative misure; deplora il fatto che nell'UE, a parità di lavoro, il reddito delle donne sia ancora in media inferiore del 16 % rispetto a quello degli uomini; invita l'UE a continuare il proprio lavoro volto ad assicurare l'uguaglianza tra donne e uomini ai sensi dell'articolo 157 TFUE per quanto concerne le retribuzioni, le pensioni e la partecipazione al mercato del lavoro, anche a livello di quadri superiori. ritiene che tale azione dovrebbe consentire di lottare contro la povertà e assicurare che l'Europa sfrutti appieno tutto il talento disponibile; deplora che il tasso di disoccupazione delle donne risulti tuttora notevolmente superiore rispetto a quello degli uomini e sottolinea che l'indipendenza finanziaria delle donne deve essere un elemento della lotta alla povertà;

68. chiede alla Commissione di rafforzare la vigilanza sul rispetto del principio di parità tra uomini e donne nella legislazione europea; invita gli Stati membri a procedere a un'analisi analoga dalla propria legislazione nazionale;

69. riconosce che i diritti sessuali e riproduttivi sono diritti fondamentali e costituiscono un elemento essenziale della dignità umana, dell'uguaglianza di genere e dell'autodeterminazione; sollecita la Commissione a includere la salute sessuale e riproduttiva e i relativi diritti, in quanto diritti umani fondamentali, nella strategia dell'UE per la sanità al fine di garantire la coerenza fra la politica interna e quella esterna dell'Unione in materia di diritti fondamentali, come chiesto dal Parlamento il 10 marzo 2015;

70. riconosce che negare un aborto che salvi la vita della madre equivale a una grave violazione dei diritti fondamentali;

71. invita gli Stati membri, d'intesa con la Commissione, a riconoscere il diritto di accesso a contraccettivi sicuri e moderni e all'educazione sessuale nelle scuole; sollecita la Commissione a integrare le politiche nazionali per migliorare la salute pubblica, tenendo allo stesso tempo il Parlamento europeo pienamente informato;

Diritti dei minori

72. condanna con fermezza ogni forma di violenza e di maltrattamento dei minori; invita gli Stati membri, in quanto Stati parte della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia, ad adottare le misure appropriate per proteggere i minori da ogni forma di violenza fisica e psicologica, inclusi gli abusi fisici e sessuali, i matrimoni forzati, il lavoro minorile e lo sfruttamento sessuale;

73. condanna fermamente lo sfruttamento sessuale dei minori e, in particolare, il fenomeno crescente della pedopornografia su Internet; sollecita l'Unione e gli Stati membri a unire gli sforzi nella lotta contro queste gravi violazioni dei diritti del bambino e a tenere debitamente conto delle richieste del Parlamento formulate nella sua risoluzione dell'11 marzo 2015 sull'abuso sessuale dei minori online(33) ;

ribadisce la sua richiesta agli Stati membri che non l'abbiano ancora fatto di recepire la direttiva relativa allo sfruttamento e agli abusi sessuali sui minori e alla pedopornografia; invita inoltre l'Unione e gli Stati membri che non l'abbiano ancora fatto a ratificare la convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali;

74. chiede agli Stati membri di attuare la direttiva 2011/93/UE relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, come pure di rafforzare la capacità giuridica, le competenze tecniche e le risorse finanziarie delle autorità di contrasto per intensificare la cooperazione, anche con Europol, al fine di indagare nelle reti degli autori di reati sessuali contro i minori e smantellarle con maggiore efficacia, privilegiando nel contempo i diritti e la sicurezza dei minori coinvolti;

75. insiste sul ruolo dei professionisti che si occupano di bambini come gli insegnanti, gli educatori, i pediatri, quando si tratta di individuare i segni di maltrattamenti nei bambini, compreso il ciberbullismo; invita gli Stati membri a provvedere affinché questi professionisti siano sensibilizzati e formati in questo senso; invita altresì gli Stati membri ad approntare linee telefoniche attraverso le quali i bambini possano denunciare qualunque atto di maltrattamento, violenza sessuale, intimidazione o molestia di cui siano vittime;

76. ritiene necessario proteggere adeguatamente i dati personali dei minori online e informare i minori in modo comprensibile sui rischi e le conseguenze dell'utilizzo dei loro dati personali online; invita gli Stati membri a realizzare campagne di sensibilizzazione nelle scuole; sottolinea che occorre vietare la profilazione dei minori;

77. condanna qualsiasi forma di discriminazione nei confronti dei minori e invita la Commissione e gli Stati membri a svolgere un'azione congiunta al fine di eliminare la discriminazione nei confronti dei minori; invita, in particolare, gli Stati membri e la Commissione a considerare esplicitamente i minori come una priorità in sede di programmazione e di attuazione delle politiche regionali e di coesione;

78. invita gli Stati membri ad assicurare un accesso effettivo alla giustizia per tutti i minori, in veste di indagati, responsabili di reati, vittime o parti in causa nel procedimento; ribadisce l'importanza di rafforzare le garanzie procedurali per i minori nei procedimenti penali, in particolare nel contesto delle discussioni in corso su una direttiva sulle garanzie speciali per i minori sospettati o accusati di un procedimento penale;

79. è preoccupato per l'aumento dei casi di sottrazioni transfrontaliere da parte dei genitori; sottolinea a tale proposito l'importanza del ruolo di mediatore del Parlamento europeo per i bambini vittime di sottrazione transfrontaliera da parte dei genitori; sottolinea l'importanza di un approccio comune dell'UE volto a cercare i minori scomparsi nell'UE; invita gli Stati membri a intensificare la cooperazione di polizia e giudiziaria nei casi transfrontalieri che riguardano la scomparsa di minori e a istituire linee di assistenza telefonica per la ricerca dei minori scomparsi;

80. ricorda che l'interesse superiore del bambino, come indicato nell'articolo 24 della Carta, deve sempre essere una considerazione fondamentale in tutte le politiche e misure adottate riguardo ai bambini; rammenta che il diritto all'istruzione è sancito dalla Carta e che l'istruzione è fondamentale sia per il benessere e lo sviluppo personale dei bambini, sia per il futuro della società; ritiene che l'istruzione dei bambini provenienti da famiglie a basso reddito sia una condizione essenziale per far uscire i bambini dalla povertà; invita pertanto gli Stati membri a promuovere un insegnamento di qualità per tutti;

81. sottolinea che è opportuno tutelare adeguatamente i diritti e gli interessi dei figli dei cittadini dell'UE non soltanto all'interno dell'Unione, ma anche al di fuori dei suoi confini, e chiede pertanto che sia rafforzata la cooperazione con le istituzioni responsabili del benessere dei minori nei paesi nordici al di fuori dell'UE; è del parere che tutti i partner dell'Unione (anche i membri del SEE) dovrebbero ratificare la convenzione dell'Aia del 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori;

82. riconosce che la crisi finanziaria ed economica ha avuto un grave impatto negativo sui diritti e il benessere dei minori; invita gli Stati membri a rafforzare gli sforzi atti a contrastare la povertà minorile e l'esclusione sociale attraverso l'attuazione efficace della raccomandazione della Commissione "Investire nell'infanzia: spezzare il circolo vizioso dello svantaggio sociale" attraverso strategie integrate a sostegno dell'accesso a risorse adeguate, volte ad assicurare l'accesso a servizi di qualità a prezzi abbordabili e a promuovere la partecipazione dei bambini nel processo decisionale che li riguarda; invita la Commissione ad adottare ulteriori misure volte a monitorare l'attuazione della raccomandazione;

83. invita la Commissione a proporre un programma ambizioso e globale che dia seguito al Programma UE per i diritti dei minori nel 2015; invita la Commissione a garantire un'efficace integrazione dei diritti dei bambini in tutte le proposte legislative, le politiche e le decisioni finanziarie dell'UE; invita la Commissione a riferire annualmente sui progressi compiuti in termini di rispetto dei diritti dei minori e di piena attuazione dell'acquis dell'UE sui diritti dei minori; invita la Commissione a garantire che il mandato e le risorse a disposizione del coordinatore per i diritti dei minori rispecchino adeguatamente l'impegno dell'Unione europea a integrare in maniera sistematica ed effettiva i diritti dei minori nelle sue politiche; invita la Commissione ad adottare l'annunciata guida dell'UE sui sistemi integrati di protezione dell'infanzia;

84. accoglie con favore la tendenza alla criminalizzazione dei matrimoni forzati negli Stati membri; chiede agli Stati membri di dare prova di vigilanza e di formare e sensibilizzare il personale a contatto con i bambini, come gli insegnanti o gli educatori, a individuare i bambini che potrebbero essere condotti nel proprio paese di origine per subire un matrimonio forzato;

Diritti delle persone LGBTI

85. condanna in modo fermo le discriminazioni e violenze sul territorio dell'UE a danno di persone lesbiche, gay, transessuali, bisessuali e intersessuali (LGBTI), fomentate da leggi e politiche che restringono i diritti fondamentali di queste persone; invita la Commissione e gli Stati membri ad adottare leggi e politiche per contrastare l'omofobia e la transfobia; invita, a tal proposito, la Commissione a delineare un piano d'azione o una strategia per l'uguaglianza sulla base dell'orientamento di genere e dell'identità di genere, come ripetutamente chiesto dal Parlamento e come promesso dal commissario Jourová durante le audizioni della Commissione; ricorda la sua risoluzione del 4 febbraio 2014 sulla tabella di marcia dell'UE contro l'omofobia e la discriminazione legata all'orientamento sessuale e all'identità di genere; sottolinea tuttavia che una siffatta politica globale deve rispettare le competenze dell'Unione europea, delle sue agenzie e degli Stati membri;

86. ritiene che i diritti fondamentali delle persone LGBTI sarebbero maggiormente tutelati se esse avessero accesso a istituti giuridici quali coabitazione, unione

registrata o matrimonio; plaude al fatto che diciotto Stati membri offrano attualmente queste opportunità e invita gli altri Stati membri a prendere in considerazione tali istituti; rinnova pertanto il suo invito alla Commissione a presentare una proposta riguardante una disciplina avanzata per il pieno riconoscimento reciproco degli effetti di tutti gli atti di stato civile nell'Unione europea, compresi il riconoscimento giuridico del genere, i matrimoni e le unioni registrate, al fine di ridurre gli ostacoli discriminatori di natura giuridica e amministrativa per i cittadini che esercitano il loro diritto di libera circolazione;

87. sollecita gli Stati membri a dare prova di vigilanza e di fermezza e a sanzionare gli insulti e le stigmatizzazioni perpetrate nei confronti delle persone LGBTI da parte di titolari di cariche pubbliche nella sfera pubblica;

88. sollecita gli Stati membri dell'UE a sostenere i sindacati e le organizzazioni di datori di lavoro nel loro tentativo di adottare politiche di diversità e non discriminazione con particolare riferimento alle persone LGBTI;

89. ritiene che le autorità degli Stati membri debbano agevolare le procedure che consentono alle persone che hanno cambiato sesso di far riconoscere il nuovo genere nei documenti ufficiali; ribadisce la propria condanna di qualunque procedura giuridica che imponga la sterilizzazione delle persone transgender;

90. deplora che le persone transgender siano ancora considerate inferme di mente nella maggior parte degli Stati membri e li invita a rivedere i cataloghi nazionali di sanità mentale, assicurando al contempo che i necessari trattamenti medici siano sempre disponibili per tutte le persone transgender;

91. plaude all'iniziativa intrapresa dalla Commissione per promuovere la depatologizzazione dell'identità transgender nella revisione della classificazione internazionale delle malattie dell'Organizzazione mondiale della sanità; invita la Commissione a intensificare gli sforzi volti a impedire che la varianza di genere nell'infanzia diventi una nuova diagnosi ICD;

92. deplora fermamente il fatto che gli interventi chirurgici di "normalizzazione" genitale negli infanti intersessuali siano diffusi, sebbene non necessari dal punto di vista medico; accoglie in tal senso con favore la legge maltese sull'identità di genere, l'espressione di genere e le caratteristiche sessuali dell'aprile 2015, che proibisce gli interventi chirurgici su bambini intersessuali e rafforza il principio di autodeterminazione degli intersessuali e invita gli altri Stati a seguire l'esempio di Malta;

Diritti delle persone con disabilità

93. deplora le discriminazioni ed esclusioni che ancora oggi continuano a subire le persone disabili; chiede alla Commissione, agli Stati membri e alle autorità regionali e locali di realizzare la strategia europea sulla disabilità e rispettivamente a monitorare e applicare la normativa europea rilevante; invita la Commissione, a questo proposito, a riprendere l'iniziativa legislativa di un Accessibility Act, sotto forma di uno strumento orizzontale in grado di far avanzare la tutela delle persone disabili e di assicurare che le tutte politiche di competenza dell'UE siano coerenti a questo fine, chiede alla Commissione e agli Stati membri di dare piena valorizzazione alla sinergie tra la strategia europea sulla disabilità e le disposizioni della CEDAW e della convenzione dell'ONU sui diritti dell'infanzia al fine di garantire il godimento sostanziale e l'esercizio effettivo dei diritti riconosciuti, anche tramite azioni di armonizzazione e implementazione del quadro legislativo e dell'intervento culturale e politico;

94. sollecita la Commissione a orientare gli Stati membri affinché usino nel modo

migliore i fondi europei in linea con gli obblighi dell'UE a norma della convenzione sui diritti delle persone con disabilità delle Nazioni Unite e a sostenere e cooperare strettamente con ONG e altre organizzazioni onde assicurare una corretta applicazione della convenzione; invita l'UE e gli Stati membri a migliorare l'accesso all'occupazione e alla formazione delle persone con disabilità, incluse le persone con disabilità psicosociali, e a sostenere condizioni di vita indipendente e programmi di deistituzionalizzazione in conformità dell'articolo 26 della Carta;

95. sottolinea la necessità di rispettare il diritto delle persone con disabilità di partecipazione alle elezioni; invita la Commissione a includere una valutazione della compatibilità con la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità nella sua relazione sull'attuazione delle direttive del Consiglio 93/109/CE e 94/80/CE che sanciscono il diritto di voto e di candidarsi alle elezioni per il Parlamento europeo e municipali. si rammarica che numerose persone disabili a cui è stata tolta la capacità giuridica si vedano anche private del diritto di voto; invita pertanto gli Stati membri a modificare la propria legislazione nazionale nel senso di non negare sistematicamente il diritto di voto alle persone disabili private della capacità giuridica, ma a procedere a un esame caso per caso e a prevedere assistenza per le persone disabili durante le operazioni di voto;

96. invita la Commissione a valutare la compatibilità delle legislazioni europee con i requisiti della convenzione della Nazioni Unite relativa ai diritti delle persone disabili e a valutare, attraverso le sue analisi di impatto, qualunque proposta futura alla luce di tale convenzione;

97. Condanna il ricorso alle forme di coercizione fisica e farmacologica delle disabilità mentali ed invita l'Unione Europea e gli Stati membri all'adozione di politiche di integrazione sociale;

98. deplora il fatto che le persone disabili incontrino ancora ostacoli nel loro accesso ai mercati dei beni e dei servizi in seno all'Unione; ritiene che tali ostacoli siano tali da limitare la partecipazione alla società e costituiscano una violazione dei loro diritti derivanti in particolare dalla cittadinanza europea; invita la Commissione a far avanzare rapidamente i lavori relativi all'accessibilità nell'Unione europea, affinché sia possibile adottare un atto legislativo in tempi brevi;

99. invita le istituzioni dell'UE e gli Stati membri a coinvolgere le persone con disabilità, anche attraverso le loro organizzazioni di rappresentanza, nel processo decisionale nei rispettivi ambiti di competenza, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 3, della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità;

100. invita gli Stati membri e le istituzioni dell'UE ad assicurare che le opportunità di partecipare ai processi di consultazione siano pubblicizzate diffusamente e chiaramente utilizzando mezzi di comunicazione accessibili, che le informazioni possano essere fornite anche in altri formati come il braille o di facile lettura e che le audizioni e le riunioni pubbliche dedicate a proposte di legge e politiche siano accessibili;

101. invita la Commissione ad armonizzare la raccolta dei dati sulla disabilità attraverso indagini sociali europee in linea con i requisiti dell'articolo 31 della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità; sottolinea che tale raccolta di dati dovrebbe utilizzare metodologie che includano tutte le persone con disabilità, comprese quelle con disabilità più gravi e che vivono in istituti.

Discriminazioni legate all'età

102. deplora che molti anziani subiscano quotidianamente discriminazioni e

violazioni dei diritti fondamentali, in particolare per quanto concerne l'accesso a un reddito adeguato, all'occupazione, all'assistenza sanitaria e ai beni e servizi necessari; ricorda che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea riconosce, all'articolo 25, il diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale; invita la Commissione a sviluppare una strategia sul cambiamento demografico al fine di dare attuazione all'articolo 25 della Carta dei diritti fondamentali;

103. manifesta preoccupazione per il fatto che il maltrattamento, la negligenza e la violenza nei confronti degli anziani sono diffusi tra gli Stati membri; invita gli Stati membri ad adottare misure volte a combattere i maltrattamenti e tutte le forme di violenza nei confronti degli anziani e a promuoverne l'indipendenza sostenendo la ristrutturazione e l'accessibilità delle abitazioni; ricorda che le donne anziane vivono più spesso sotto la soglia della povertà a causa del divario di genere concernente le retribuzioni e, successivamente, le pensioni;

104. invita gli Stati membri a garantire l'inclusione dei lavoratori più giovani, in particolare quelli colpiti dalla crisi economica, nel mercato del lavoro, anche attraverso l'organizzazione e l'offerta di formazione intesa alla promozione sociale dei giovani;

105. chiede il rispetto della dignità delle persone al termine della vita, in particolare garantendo che le decisioni espresse nei testamenti in vita siano riconosciute e rispettate;

106. esprime preoccupazione per il fatto che i tagli degli Stati membri alla spesa pubblica e alle pensioni stiano in gran parte contribuendo alla povertà degli anziani diminuendo il loro reddito disponibile, peggiorando le loro condizioni di vita, creando disuguaglianze in termini di accessibilità dei servizi e facendo sì che un numero crescente di anziani abbia redditi appena al di sopra della soglia di povertà;

Crimini di odio e di incitamento all'odio

107. deplora gli episodi di incitamento all'odio e i crimini di odio fondati sul razzismo, la xenofobia, l'intolleranza religiosa o i pregiudizi nei confronti delle persone per le loro disabilità, l'orientamento sessuale o l'identità di genere, che si verificano quotidianamente nell'UE; invita gli Stati membri a tutelare i diritti fondamentali ed a promuovere la comprensione, l'accettazione e la tolleranza tra le varie comunità sul loro territorio; chiede all'UE di rendere prioritaria la lotta contro i crimini di odio nel definire le politiche europee contro la discriminazione e nel settore della giustizia; invita la Commissione e gli Stati membri a rafforzare la lotta contro i crimini di odio e gli atteggiamenti e i comportamenti discriminatori attraverso lo sviluppo di una strategia globale per la lotta contro i crimini di odio, la violenza e la discriminazione basate sui pregiudizi;

108. è preoccupato per la presenza di un numero sempre maggiore di incitamenti all'odio su Internet e invita gli Stati membri ad attuare una procedura semplice che permetta ai cittadini di segnalare la presenza di contenuti di odio su Internet;

109. esprime preoccupazione circa le indagini e le condanne relative ai crimini di odio negli Stati membri; invita gli Stati membri ad adottare tutte le misure adeguate per incoraggiare la segnalazione di tali reati, anche garantendo una protezione adeguata, dato che dalle indagini su larga scala condotte dalla FRA è emerso che le vittime di reati sono restie a farsi avanti e a denunciare tali fatti alla polizia;

110. si dice preoccupato per il fatto che diversi Stati membri non hanno correttamente recepito le disposizioni della decisione quadro 2008/913/JHA ed invita gli

Stati membri a recepire ed attuare appieno le norme dell'UE ed a garantire l'applicazione della normativa nazionale che punisce qualsiasi forma di crimini di odio, di incitamento all'odio e di molestia, dando avvio in modo sistematico al perseguimento di tali reati; invita la Commissione a monitorare il corretto recepimento della decisione quadro e ad avviare procedure di infrazione contro gli Stati membri che non provvedono al suo recepimento; chiede altresì di rivedere la decisione quadro affinché essa copra appieno tutte le forme di crimini di odio e di reati motivati da pregiudizio o discriminazione e definisca chiaramente norme coerenti in materia di indagine e di azione penale;

111. invita la Commissione a sostenere programmi di formazione destinati alle autorità giudiziarie e di contrasto, oltre che alle agenzie dell'UE competenti, in materia di prevenzione e di lotta alle pratiche discriminatorie e ai crimini di odio; invita gli Stati membri a mettere a disposizione delle autorità responsabili delle indagini e dell'azione penale strumenti e competenze pratici, che consentano loro di individuare e di gestire i reati contemplati dalla decisione quadro e di interagire e comunicare con le vittime;

112. osserva con preoccupazione l'ascesa di partiti politici che fondano i loro programmi politici sull'esclusione per motivi religiosi o sulla base dell'orientamento sessuale;

113. manifesta profonda preoccupazione per la crescente banalizzazione degli atti e dei discorsi razzisti e xenofobi a causa della presenza sempre più visibile nella sfera pubblica di gruppi razzisti e xenofobi, alcuni dei quali hanno acquisito o cercano di acquisire lo status di partito politico;

114. manifesta profonda preoccupazione per l'ascesa di partiti politici che utilizzano l'attuale crisi economica e sociale per giustificare il loro messaggio razzista, xenofobo e anti-islamico;

115. condanna fermamente le pratiche di intimidazione e di persecuzione perpetrate nei confronti delle minoranze, segnatamente i rom e i migranti, da parte di gruppi paramilitari, alcuni dei quali sono direttamente associati a un partito politico; esorta gli Stati membri a vietare e a punire tali pratiche;

Senzatetto

116. manifesta preoccupazione per il numero di persone che hanno perso la casa a causa della crisi economica; ritiene che le persone senza fissa dimora debbano essere integrate nella società e che sia necessario lottare contro il loro isolamento e la loro emarginazione; invita, al riguardo, gli Stati membri ad adottare politiche ambiziose volte ad aiutare tali persone; ricorda che i senzatetto sono persone vulnerabili e rinnova la richiesta agli Stati membri di astenersi dallo stigmatizzarli come criminali; invita gli Stati membri ad abolire qualsiasi legge o politica che li presenti come tali; invita gli Stati membri a sviluppare strategie nazionali volte a contrastare il fenomeno dei senzatetto sul loro territorio; invita la Commissione a sostenere gli Stati membri nelle loro missioni volte a combattere il problema dei senzatetto agevolando lo scambio delle migliori prassi e un'accurata raccolta di dati; invita la Commissione a monitorare le violazioni dei diritti umani che si verificano negli Stati membri come conseguenza del problema dei senzatetto; ricorda che il diritto all'assistenza abitativa degli indigenti è sancito dalla Carta dei diritti fondamentali;

Diritti dei migranti e dei richiedenti protezione internazionale

117. condanna il fatto che un considerevole numero di richiedenti asilo e di migranti che cercano di raggiungere l'Unione europea continua a perdere la vita nel Mediterraneo nonché il ruolo svolto dagli scafisti e dai trafficanti, che negano ai migranti i loro diritti fondamentali; sottolinea che l'UE e gli Stati membri dovrebbero prendere misure energiche e obbligatorie per evitare ulteriori tragedie in mare; invita l'UE ed i suoi Stati membri a porre la solidarietà e il rispetto dei diritti fondamentali dei migranti e dei richiedenti asilo al centro delle politiche dell'UE in materia di migrazione, ed in particolare:

– sottolinea la necessità di integrare i diritti fondamentali in ogni aspetto delle politiche migratorie dell'UE e di eseguire una valutazione approfondita dell'impatto sui diritti fondamentali dei migranti di tutte le misure ed i meccanismi in materia di migrazione, asilo e controlli alle frontiere; invita in particolare gli Stati membri a rispettare i diritti dei migranti vulnerabili;

– sottolinea la necessità di un approccio globale che rafforzi la coerenza delle politiche interne ed esterne dell'UE; incoraggia l'UE e gli Stati membri a porre il rispetto dei diritti dei migranti al centro di ogni accordo di cooperazione bilaterale o multilaterale di cooperazione con i paesi non-UE, compresi gli accordi di riammissione, i partenariati per la mobilità e gli accordi di cooperazione tecnica;

– ricorda agli Stati membri il loro obbligo internazionale di fornire assistenza alle persone in pericolo in mare;

– invita gli Stati membri a modificare o rivedere qualsiasi normativa che penalizzi coloro che prestano assistenza ai migranti in pericolo in mare;

– sottolinea il diritto fondamentale di chiedere asilo; incoraggia l'Unione europea e gli Stati membri ad aprire ed a dedicare sufficienti risorse alla creazione di nuove possibilità e nuovi canali legali e sicuri di ingresso nell'UE per i richiedenti asilo, al fine di ridurre i rischi legati ai tentativi di ingresso irregolare e di combattere le reti dei trafficanti di esseri umani e degli scafisti, che traggono profitto dal fatto di mettere in pericolo la vita dei migranti e dal loro sfruttamento sessuale e lavorativo;

– invita gli Stati membri a partecipare ai programmi di reinsediamento dell'UE ed incoraggia l'uso dei visti umanitari;

– sollecita gli Stati membri a garantire condizioni di accoglienza dignitose, in conformità della legislazione esistente in materia di diritti umani e di asilo, prestando particolare attenzione alle persone vulnerabili ed alla riduzione del rischio di esclusione sociale dei richiedenti asilo; invita la Commissione a monitorare l'attuazione del sistema europeo comune di asilo (CEAS) ed in particolare della direttiva 2013/32/UE, prestando particolare attenzione ai richiedenti asilo che necessitano di speciali garanzie procedurali;

– chiede l'istituzione di un sistema di asilo efficace ed armonizzato a livello UE per un'equa distribuzione dei richiedenti asilo tra gli Stati membri;

– si rammarica per gli episodi segnalati di violenti respingimenti alle frontiere dell'UE; ricorda agli Stati membri il loro obbligo di rispettare il principio di non respingimento, quale riconosciuto dalla convenzione di Ginevra e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, nonché il divieto di espulsioni collettive ai sensi dell'articolo 19 della Carta dei diritti fondamentali; invita la Commissione, le sue agenzie e gli Stati membri a garantire la conformità con questi ed altri obblighi a livello internazionale e dell'Unione europea;

118. chiede all'Unione e agli Stati membri di adottare le legislazioni necessarie

per dare attuazione al principio di solidarietà sancito all'articolo 80 TFUE;

119. condanna fermamente la protezione della sicurezza delle frontiere dell'Unione europea, che può giungere fino alla costruzione di muri e di sbarramenti di filo spinato, e la mancanza di vie legali per entrare nell'Unione europea, che fanno sì che molti richiedenti asilo e migranti siano costretti a utilizzare metodi sempre più pericolosi e si trovino alla mercé di contrabbandieri e trafficanti;

120. chiede controlli alle frontiere rispettosi dei diritti fondamentali e sottolinea la necessità di un controllo democratico da parte del Parlamento sulle operazioni Frontex;

121. chiede la sospensione di tutte le attività accertate essere in violazione dei diritti fondamentali ai sensi del diritto dell'UE o del mandato di Frontex;

122. sottolinea l'impatto negativo del regolamento di Dublino sull'accesso efficace alla protezione internazionale, in assenza di un vero sistema europeo comune di asilo, in particolare in seguito alla giurisprudenza della CGUE e della CEDU; condanna il fatto che la revisione del regolamento non abbia portato alla sospensione dello stesso o almeno all'eliminazione del rimpatrio verso il primo paese di ingresso nell'UE, nonché la mancanza di azione da parte della Commissione e degli Stati membri al fine di trovare una possibile alternativa basata sulla solidarietà tra gli Stati membri;

123. invita gli Stati membri a ratificare la Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie;

124. condanna il ricorso indiscriminato alla detenzione illecita di migranti irregolari, inclusi richiedenti asilo, minori non accompagnati e apolidi; chiede agli Stati membri di conformarsi alle disposizioni della direttiva sui rimpatri, incluso il rispetto del diritto alla dignità e del principio del superiore interesse del minore, nonché alle disposizioni del diritto internazionale e dell'UE; ricorda che la detenzione di migranti deve restare una misura cui ricorrere in ultima istanza ed esorta gli Stati membri a mettere in atto misure alternative; condanna le terribili condizioni di detenzione in alcuni Stati membri e sollecita la Commissione ad affrontarle senza indugio; ribadisce la necessità di garantire che ai migranti irregolari sia riconosciuto il diritto a un ricorso effettivo nel caso di violazioni dei loro diritti;

125. invita gli Stati membri e la Commissione ad adottare le misure necessarie per garantire le informazioni e la trasparenza relativamente alla detenzione dei migranti e dei richiedenti asilo in numerosi Stati membri ed esorta la Commissione europea a proporre una revisione del regolamento (CE) n. 862/2007 in modo da includervi i dati statistici sul funzionamento dei sistemi e delle strutture di detenzione;

126. sottolinea l'importanza del controllo democratico di tutte le forme di privazione della libertà ai sensi delle leggi in materia di immigrazione e di asilo; invita i parlamentari europei e nazionali a fare regolarmente visita ai siti di accoglienza e di detenzione dei migranti e dei richiedenti asilo e invita gli Stati membri e la Commissione europea a facilitare l'accesso delle ONG e dei giornalisti a questi siti;

127. chiede un maggiore controllo dei centri di accoglienza e di detenzione dei migranti, del trattamento riservato loro in detti centri e delle procedure applicate dagli Stati membri per concedere asilo; mette in guardia dalle cosiddette "procedure di espulsione a caldo" e dagli incidenti violenti che si verificano in vari punti "caldi" dell'Europa meridionale, che giustificano l'immediato avvio da parte della Commissione in tale ambito del dialogo politico con gli Stati che attuano dette pratiche ai fini della salvaguardia dello Stato di diritto;

128. invita l'Unione europea e gli Stati membri a definire misure concrete e migliori prassi volte a promuovere la parità di trattamento e l'inclusione sociale al

fine di migliorare l'integrazione dei migranti nella società; ricorda, al riguardo, che è essenziale contrastare gli stereotipi negativi e la disinformazione in merito ai migranti sviluppando contro-argomentazioni, principalmente a scuola e rivolte ai giovani, al fine di sottolineare l'impatto positivo della migrazione;

129. ritiene che i migranti minorenni siano particolarmente vulnerabili, specie quando non sono accompagnati; invita la Commissione e gli Stati membri ad attuare la risoluzione del Parlamento del 12 settembre 2013 sulla situazione dei minori non accompagnati nell'UE; invita gli Stati membri a dare piena applicazione al pacchetto relativo al regime europeo comune di asilo (CEAS), al fine di migliorare la situazione dei minori non accompagnati nell'UE; accoglie con favore la sentenza della Corte di giustizia nella causa C-648/11, secondo cui lo Stato membro competente per l'esame della domanda d'asilo di un minore non accompagnato che abbia presentato domande in più Stati membri è quello in cui si trova tale minore dopo avervi presentato una domanda; rammenta che i minori non accompagnati sono innanzitutto bambini e che la protezione dei bambini, e non le politiche dell'immigrazione, deve costituire il principio guida degli Stati membri e dell'Unione europea in tema di minori;

130. chiede che si proceda ad una valutazione di come vengono spesi i fondi destinati e utilizzati per gli affari interni, in particolare i fondi concessi per l'accoglienza dei richiedenti asilo; invita l'Unione europea ad agire qualora risulti che i fondi sono stati utilizzati per attività che non rispettano i diritti fondamentali;

131. invita a fornire assistenza agli Stati membri situati alle frontiere esterne dell'Unione al fine di aiutarli a ovviare alle carenze sistemiche in termini di condizioni di accoglienza e di procedure di asilo, aggravate dal numero crescente di richiedenti asilo;

132. chiede all'Unione europea di garantire la responsabilità dei propri agenti per le violazioni dei diritti fondamentali da essi commesse; in particolare chiede di assicurare che un'inchiesta sia aperta a seguito di accuse di violazioni commesse nel contesto delle operazioni coordinate dall'agenzia Frontex, e che misure adeguate, disciplinari o di altro genere siano adottate nei confronti di coloro che risultino aver commesso tali violazioni; a tal fine chiede la creazione di un meccanismo di ricorso interno a Frontex, come richiesto dal Mediatore europeo nel contesto della sua inchiesta OI/5/2012/BEH-MHZ e di rendere pubbliche le conclusioni delle inchieste condotte sulla base di accuse di violazioni dei diritti umani; chiede inoltre di sospendere le operazioni dell'agenzia qualora nel corso di tali operazioni siano state commesse violazioni dei diritti fondamentali, come previsto dall'articolo 3, paragrafo 1, lettera a), del regolamento (UE) n. 1168/2011;

133. invita gli Stati membri a ratificare senza ulteriori indugi la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani;

134. chiede agli Stati membri di garantire un accesso effettivo alla protezione internazionale per le donne vittime di persecuzioni di genere; chiede agli Stati membri di seguire gli orientamenti della Commissione per l'applicazione della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare, in particolare la concessione immediata di un titolo di soggiorno autonomo ai familiari entrati a titolo di ricongiungimento familiare, in caso di situazioni particolarmente difficili come le violenze domestiche;

135. si congratula per il fatto che la legislazione europea in materia di asilo consideri le vittime di mutilazioni genitali come persone vulnerabili e includa le mutilazioni genitali tra i criteri da tenere in considerazione in occasione della richiesta di asilo; invita gli Stati membri a formare i professionisti che sono a contatto con i migranti

a individuare le donne e le ragazze che potrebbero subire una mutilazione genitale nel loro paese di origine;

136. sottolinea che il diritto alla libertà di circolazione e di soggiorno dei cittadini europei e delle loro famiglie enunciato nei trattati e garantito dalla direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione è uno dei diritti fondamentali dei cittadini europei; condanna qualsiasi tentativo di rivedere tale acquis, in particolare la reintroduzione dei controlli alle frontiere di Schengen al di fuori del codice frontiere Schengen, e chiede che ogni violazione delle norme sia portata dinanzi alla Corte di giustizia; esprime preoccupazione per la crescente tendenza ad espellere celermente i cittadini dell'UE dal loro Stato membro di residenza in seguito alla perdita del posto di lavoro e del reddito, in violazione del quadro vigente; ritiene che tale prassi sia contraria allo spirito della libertà di movimento;

Solidarietà nella crisi economica

137. deplora il modo in cui la crisi finanziaria, economica e del debito sovrano, unita alle restrizioni di bilancio imposte, ha influito negativamente sui diritti economici, civili, sociali e culturali, spesso determinando un aumento della disoccupazione, della povertà e di condizioni di lavoro e di vita precarie, nonché l'esclusione e l'isolamento, in particolare negli Stati membri in cui sono stati adottati programmi di adeguamento economico, e sottolinea che una recente nota di Eurostat ha indicato che attualmente un cittadino europeo su quattro è a rischio di povertà ed esclusione;

138. nota che la crisi economica e le misure attuate per affrontarla hanno inciso sul diritto di accedere a necessità di base quali l'istruzione, l'alloggio, la sanità e la sicurezza sociale, oltre ad avere un impatto negativo sulle condizioni di salute generali della popolazione in alcuni Stati membri; sottolinea la necessità di rispettare il diritto alla protezione dalla povertà e dall'esclusione sociale, quale sancito all'articolo 30 della Carta sociale europea; invita tutti gli Stati membri ad introdurre misure di sostegno, in linea con le prassi nazionali, volte a garantire condizioni di vita dignitose ai propri cittadini e a combattere l'esclusione sociale;

139. ribadisce che le istituzioni dell'UE e gli Stati membri che attuano riforme strutturali all'interno dei loro sistemi sociali ed economici sono sempre soggetti all'obbligo di rispettare la Carta e i loro obblighi internazionali, e sono pertanto responsabili delle decisioni adottate; ribadisce il suo invito ad allineare i programmi di adeguamento economico agli obiettivi dell'Unione indicati dall'articolo 151 TFUE, inclusi la promozione dell'occupazione e il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro; ribadisce la necessità di garantire un pieno controllo democratico attraverso un'effettiva partecipazione dei parlamenti in relazione alle misure adottate dalle istituzioni dell'UE e dagli Stati membri in risposta alla crisi;

140. invita le istituzioni dell'UE e gli Stati membri a esaminare, secondo un approccio sensibile alle questioni di genere, l'impatto delle misure di austerità, proposte o attuate, sui diritti fondamentali, tenendo conto dell'impatto sproporzionato delle misure di austerità sulle donne; invita le istituzioni dell'UE ad adottare immediatamente un'azione correttiva qualora le misure di austerità abbiano inciso negativamente sui diritti economici, sociali e culturali delle donne;

141. invita le istituzioni dell'UE e gli Stati membri a verificare l'impatto sui diritti e sulle libertà fondamentali, inclusi i diritti sociali e del lavoro, delle misure proposte o adottate per far fronte alla crisi e, se necessario, a porvi rimedio qualora si evidenzino

situazioni di regressione nella tutela dei diritti o violazioni del diritto internazionale, incluse le convenzioni e raccomandazioni dell'OIL;

142. chiede alle istituzioni dell'UE e agli Stati membri, al momento dell'adozione e dell'attuazione di misure correttive e tagli di bilancio, di eseguire una valutazione dell'impatto sui diritti fondamentali e di garantire che siano messe a disposizione risorse sufficienti per tutelare il rispetto dei diritti fondamentali e garantire livelli minimi essenziali per il godimento dei diritti civili, economici, culturali e sociali, prestando particolare attenzione ai gruppi maggiormente vulnerabili e socialmente svantaggiati;

143. invita le istituzioni dell'UE e gli Stati membri a riconoscere che gli investimenti a lungo termine a favore dell'inclusione sociale sono utili in quanto rispondono al costo elevato della discriminazione e della disuguaglianza; chiede agli Stati membri di assicurare investimenti pubblici adeguati a sostegno dell'istruzione e della sanità e di garantire che l'accesso alla giustizia ed ai ricorsi nei casi di discriminazione non sia messo a rischio dai drastici tagli ai finanziamenti dei bilanci degli organismi per le pari opportunità;

nvita l'UE e le istituzioni nazionali a non minare l'inclusione sociale mediante misure di bilancio che incidano sul funzionamento delle organizzazioni locali che si adoperano per l'uguaglianza;

144. invita la Commissione a considerare di proporre l'adesione alla Carta sociale europea al fine di tutelare efficacemente i diritti sociali dei cittadini europei; invita gli Stati membri a promuovere l'estensione dei diritti sociali di cui alla Carta dell'UE ad altri diritti sociali menzionati nella Carta sociale riveduta del Consiglio d'Europa, quali il diritto al lavoro, il diritto ad un'equa remunerazione e il diritto alla protezione dalla povertà e dall'esclusione sociale;

Criminalità e lotta alla corruzione

145. ribadisce che il reato di corruzione, in particolare se organizzata, rappresenta una grave violazione dei diritti fondamentali ed una minaccia per la democrazia e lo Stato di diritto; sottolinea che la corruzione, sviando fondi pubblici dagli scopi di pubblica utilità cui sono destinati, riduce il livello e la qualità dei servizi pubblici, ledendo gravemente il trattamento equo di tutti i cittadini; esorta gli Stati membri e le istituzioni europee a sviluppare strumenti efficaci per prevenire, combattere e sanzionare la corruzione e la criminalità e continuare a monitorare regolarmente l'uso che viene fatto dei fondi pubblici, europei e nazionali; a tal fine, invita gli Stati e le istituzioni ad agevolare l'istituzione, in tempi rapidi, della Procura europea, fornendo adeguate garanzie di indipendenza ed efficienza;

146. sottolinea che la corruzione lede fortemente i diritti fondamentali; invita gli Stati e le istituzioni a sviluppare strumenti efficaci per lottare contro la corruzione e a verificare regolarmente l'uso dei fondi pubblici, europei e nazionali; sottolinea che una maggiore trasparenza e accesso ai documenti pubblici da parte di cittadini e giornalisti costituisce un modo efficace per portare alla luce e combattere la corruzione;

147. invita la Commissione europea ad adottare una strategia anticorruzione integrata da strumenti efficaci; invita tutti gli Stati membri e l'Unione europea ad aderire al partenariato di governo aperto ed a sviluppare strategie concrete per promuovere la trasparenza, responsabilizzare i cittadini e lottare contro la corruzione; invita gli Stati membri a dare seguito alle raccomandazioni della relazione anticorruzione della Commissione europea ed alla risoluzione del Parlamento del 23 ottobre 2013 sulla criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro: raccomandazioni in

merito ad azioni e iniziative da intraprendere(34) , ed a rafforzare la cooperazione di polizia e giudiziaria nella lotta alla corruzione;

148. esorta gli Stati membri a intensificare la lotta contro tutti i tipi di gravi crimini organizzati, compresi la tratta degli esseri umani, l'abuso e lo sfruttamento sessuale, la tortura e il lavoro forzato, in particolare di donne e bambini;

149. invita la Commissione a prevedere reati per contrastare i crimini ambientali commessi da singoli o da gruppi criminali organizzati, che hanno un impatto sul diritto degli esseri umani alla salute, alla vita e al godimento di un ambiente salubre, nonché sull'economia e sull'uso di risorse pubbliche; esorta la Commissione a esaminare l'effettiva attuazione nell'UE del diritto di accesso alla giustizia nell'ambito del diritto di ogni persona, per le generazioni presenti e future, a vivere in un ambiente propizio alla salute e al benessere;

150. propone l'attuazione di un codice europeo di prevenzione della corruzione, di un sistema trasparente di indicatori sui livelli di corruzione negli Stati membri e sui progressi conseguiti per eliminarla nonché di una relazione annuale comparativa sullo stato di questo grave problema a livello europeo;

151. invita la Commissione e gli Stati membri a porre fine alla concorrenza fiscale ed a contrastare efficacemente le pratiche fiscali dannose, l'evasione e l'elusione fiscale nell'UE, che danneggiano la capacità degli Stati membri di sfruttare al massimo le risorse disponibili al fine di realizzare appieno i diritti economici, sociali e culturali;

152. condanna il fenomeno crescente della tratta di esseri umani, in particolare a fini di sfruttamento sessuale, e chiede all'UE e ai suoi Stati membri di adottare misure, conformemente alla direttiva UE, per lottare contro la domanda di sfruttamento che favorisce il traffico in tutte le sue forme;

Condizioni di detenzione nelle carceri e in altri istituti di custodia

153. ricorda che i diritti fondamentali dei detenuti devono essere garantiti dalle autorità nazionali; deplora le condizioni di detenzione nelle carceri e in altri istituti di custodia di numerosi Stati, tra cui figurano il sovraffollamento delle carceri e il maltrattamento dei detenuti; ritiene indispensabile l'adozione, da parte dell'UE, di uno strumento che garantisca l'attuazione delle raccomandazioni del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT) e delle sentenze della CEDU;

154. ricorda che l'abuso delle misure di custodia cautelare ha come conseguenza il sovraffollamento delle carceri in tutta Europa, che viola i diritti fondamentali dei singoli e compromette la fiducia reciproca necessaria per sostenere la cooperazione giudiziaria in Europa; ribadisce la necessità, da parte degli Stati membri, di rispettare gli impegni assunti nelle sedi internazionali ed europee a fare ricorso più di frequente alle misure di sospensione condizionale e alle sanzioni che offrono un'alternativa al carcere, ed a fare del reinserimento sociale l'obiettivo ultimo di un periodo di detenzione; invita pertanto gli Stati membri a sviluppare strategie volte a promuovere la formazione e il lavoro delle persone in stato di detenzione;

155. ribadisce le raccomandazioni presentate alla Commissione nella sua risoluzione del 27 febbraio 2014 sul riesame del mandato di arresto europeo(35), in particolare per quanto concerne l'introduzione di un controllo della proporzionalità e di un'eccezione connessa ai diritti fondamentali nel mandato d'arresto europeo o, più in generale, di misure di riconoscimento reciproco;

156. deplora che le tre decisioni quadro riguardanti il trasferimento dei detenuti,

le misure di sospensione condizionale e le sanzioni sostitutive e l'ordinanza cautelare europea, che hanno il grande potenziale di ridurre il sovraffollamento delle carceri, siano state attuate soltanto da alcuni Stati membri;

157. invita la Commissione a valutare l'impatto delle politiche in materia penitenziaria e dei sistemi di giustizia penale sui minori; sottolinea che la situazione dei minori che vivono in strutture di detenzione assieme ai loro genitori nell'Unione europea si ripercuote direttamente sui loro diritti; sottolinea che si stima che ogni anno nell'Unione europea 800 000 minori sono separati da un genitore detenuto in carcere, con molteplici conseguenze per i diritti dei minori;

Giustizia

158. sottolinea che lo sviluppo di uno spazio europeo di giustizia basato sul riconoscimento reciproco e sulle garanzie giuridiche, che armonizzi i diversi sistemi giuridici degli Stati membri, soprattutto in materia penale, dovrebbe rimanere tra le grandi priorità delle istituzioni europee nell'ambito del programma Giustizia 2020 dell'UE; ritiene che un'applicazione efficace della Carta e del diritto secondario dell'UE in materia di diritti fondamentali sia cruciale per la fiducia dei cittadini nei confronti del corretto funzionamento dello spazio europeo di giustizia;

159. ricorda che il diritto di accesso alla giustizia e ad un tribunale indipendente e imparziale è indispensabile per la tutela dei diritti fondamentali, la democrazia e lo Stato di diritto; ribadisce l'importanza di assicurare l'efficienza dei sistemi giudiziari, tanto civili quanto penali, e di garantire l'indipendenza del sistema giudiziario;

160. accoglie con favore il portale europeo della giustizia, che è gestito dalla Commissione e mette a disposizione dei professionisti e del pubblico informazioni sui sistemi giudiziari, oltre ad essere uno strumento pratico per il miglioramento dell'accesso alla giustizia grazie a una sezione separata dedicata ai diritti fondamentali, che mira a informare i cittadini riguardo a chi rivolgersi in caso di violazioni dei loro diritti fondamentali;

161. accoglie con favore il lavoro già svolto a livello europeo per armonizzare le garanzie procedurali nei procedimenti penali degli Stati membri ed i relativi benefici per i cittadini; ribadisce l'importanza dell'adozione di una normativa UE sui diritti procedurali, che sia conforme con il più elevato livello di protezione sancito dalla Carta, dai trattati internazionali sui diritti umani e dal diritto costituzionale degli Stati membri;

162. deplora la mancanza di accesso all'assistenza legale in molti Stati membri e il fatto che ciò incida sul diritto di accesso alla giustizia da parte di quanti non dispongono di mezzi finanziari sufficienti; ritiene fondamentale che l'UE adotti una direttiva forte e completa in materia di assistenza legale;

163. invita l'Unione europea e gli Stati Membri a prevedere misure a sostegno e a tutela degli informatori che denunciano azioni illegali;

Cittadinanza

164. ritiene che una cittadinanza dell'Unione europea attiva e partecipativa debba essere incoraggiata attraverso l'accesso ai documenti e alle informazioni, attraverso la trasparenza, la buona governance e la buona amministrazione, la partecipazione e la rappresentazione democratica, con un processo decisionale il più possibile vicino ai cittadini dell'Unione; ribadisce la necessità di garantire la piena partecipazione della

società civile al processo decisionale a livello europeo, come stabilito dall'articolo 11 del trattato sull'Unione europea, e sottolinea l'importanza dei principi di trasparenza e di dialogo a tale riguardo; osserva che il diritto dei cittadini di accedere ai documenti detenuti dalle istituzioni pubbliche conferisce loro potere e consente loro di esaminare e di valutare le autorità pubbliche e di chiedere loro conto; deplora in tale contesto il blocco della revisione del regolamento (CE) n. 1049/2001 e ribadisce la sua richiesta alla Commissione e al Consiglio di riprendere i lavori, tenendo conto delle proposte del Parlamento;

165. invita la Commissione e gli Stati membri a garantire che siano condotte campagne di informazione sulla cittadinanza europea e sui diritti ad essa collegati: il diritto di protezione diplomatica e consolare, il diritto di petizione, il diritto di presentare denunce al Mediatore europeo, il diritto di votare e di presentarsi alle elezioni europee e il diritto di presentare iniziative dei cittadini;

166. accoglie con favore il ruolo svolto dal Mediatore europeo nella sua determinazione a garantire il buon governo e la trasparenza delle istituzioni e degli organi dell'Unione;

167. condanna il fatto che più di 15 milioni di cittadini di paesi terzi e 500 000 apolidi nell'Unione europea sono vittime del rifiuto discriminatorio di riconoscere la loro cittadinanza; esige il rispetto del diritto fondamentale alla cittadinanza da parte dell'Unione e dei suoi Stati membri e invita, in particolare, gli Stati membri a ratificare e ad attuare pienamente la Convenzione sulla riduzione dei casi di apolidia del 1961 e la Convenzione europea sulla nazionalità del 1997;

168. ricorda che informare i cittadini sui loro diritti fondamentali è parte integrante del diritto ad una buona amministrazione sancito dalla Carta; invita gli Stati membri a prestare particolare attenzione agli indigenti al fine di garantire che siano spiegati loro i loro diritti e a sostenerli al fine di garantire che tali diritti siano rispettati;

169. chiede alla Commissione di aumentare gli sforzi tesi a consolidare il diritto a una buona amministrazione, trasformando il codice di buona condotta amministrativa dell'UE in un regolamento vincolante;

170. invita la Commissione e gli Stati membri ad assicurare, attraverso le loro politiche, che i diritti fondamentali siano correttamente rispettati, garantiti, tutelati e ulteriormente sviluppati all'interno dell'UE; invita gli Stati membri a rinnovare gli sforzi per riconoscere il diritto di petizione e il diritto di ricorso al Mediatore quale strumento che permetta ai cittadini di difendere i loro diritti;

171. esprime preoccupazione, alla luce delle centinaia di petizioni ricevute ogni anno, per le lacune riscontrate nell'effettiva attuazione, sia nella lettera che nello spirito, negli Stati membri, delle disposizioni della legislazione dell'UE in materia ambientale, come la direttiva sulla valutazione di impatto ambientale e quella sulla valutazione ambientale strategica; chiede alla Commissione di vigilare più strettamente sui contenuti di tali procedure, in particolare qualora casi specifici siano oggetto di petizioni;

172. ribadisce l'importanza dell'iniziativa dei cittadini europei (ICE), quale nuovo diritto dei cittadini introdotto dal trattato di Lisbona, che si prefigge di aumentare la democrazia partecipativa all'interno dell'UE; prende atto dell'importanza dell'ICE quale potente strumento in grado di fornire ai cittadini europei un diritto democratico diretto onde contribuire al processo decisionale dell'Unione, oltre al diritto dei cittadini europei di presentare petizioni al Parlamento europeo e al diritto di ricorrere al Mediatore europeo;

173. invita la Commissione a rafforzare il ruolo delle iniziative dei cittadini europei

(ICE), adottando un approccio a misura di cittadino per far fronte a tutte le lacune dello strumento nella prossima revisione del regolamento (UE) n. 211/2011, e migliorando al contempo le campagne di informazione a favore dei cittadini sull'uso dell'ICE e sulla sua facoltà di influenzare il processo di elaborazione delle politiche dell'UE;

Vittime di reato

174. ritiene che la protezione delle vittime debba essere una priorità; invita gli Stati membri ad attuare correttamente e senza indugio la direttiva a tutela delle vittime di reato dell'UE (2012/29/UE), onde rispettare il termine di recepimento del 16 novembre 2015, nonché la Commissione e gli Stati membri a garantire, ai sensi dell'articolo 28 di detta direttiva, la raccolta di dati comparabili sul suo recepimento, in particolare su come le vittime, incluse le vittime di reati motivati da discriminazione, abbiano potuto accedere ai loro diritti; reputa che resti ancora molto da fare in termini di sostegno alle vittime di reato, informandole in merito ai loro diritti e mettendo a disposizione sistemi di orientamento e formazione per gli agenti di polizia e gli operatori della giustizia, al fine di instaurare un rapporto di fiducia e di certezza con le vittime, come dimostrato dagli studi condotti dalla FRA sul sostegno alle vittime; accoglie con favore l'adozione, nel 2013, del regolamento relativo al riconoscimento reciproco delle misure di protezione in materia civile;

175. invita la Commissione e gli Stati membri dell'UE a garantire la più elevata qualità della raccolta di dati comparabili sul recepimento della direttiva vittime dell'UE (2012/29/UE) e su come le vittime, comprese le vittime di reati motivati da pregiudizio o discriminazione, hanno potuto accedere ai loro diritti ai sensi dell'articolo 28 della direttiva;

176. invita la Commissione e gli Stati membri a tenere conto, in sede di definizione delle loro politiche, delle tendenze demografiche e dei cambiamenti in termini di dimensioni e composizione delle famiglie; esorta la Commissione e gli Stati membri ad assicurare che le proprie politiche sociali e occupazionali non discriminino sulla base della dimensioni e della composizione delle famiglie;

177. sottolinea il vuoto giuridico per quanto concerne l'accesso dei cittadini ai mezzi di ricorso legale quando gli Stati membri non hanno, o hanno solo tardivamente, recepito la legislazione europea che li riguarda direttamente; evidenzia la necessità di un coordinamento delle azioni a tutti i livelli per proteggere e promuovere i diritti fondamentali, che comprenda le istituzioni dell'UE, gli Stati membri, le autorità regionali e locali, le ONG e la società civile;

178. sottolinea la necessità di rafforzare la trasparenza istituzionale, la responsabilità e l'apertura democratica nell'UE e sollecita le istituzioni competenti dell'UE e tutti gli Stati membri a:

– intensificare gli sforzi in vista di una revisione senza indugio del regolamento (CE) n. 1049/2001 relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione al fine di garantire la massima trasparenza e procedure semplificate per l'accesso del pubblico alle informazioni e ai documenti; invita la Commissione, a questo proposito, a riprendere l'iniziativa legislativa di un Accessibility Act, sotto forma di uno strumento orizzontale in grado di far avanzare la tutela delle persone disabili e di assicurare che tutte le politiche di competenza dell'UE siano coerenti a questo fine;

– presentare una revisione del regolamento relativo all'iniziativa dei cittadini europei (regolamento (UE) n. 211/2011) durante la presente legislatura per miglio-

rarne il funzionamento, introducendo modifiche in modo da eliminare gli ostacoli di tipo amministrativo, organizzativo e finanziario a causa dei quali non tutti i cittadini europei possono adeguatamente esercitare la loro influenza democratica mediante l'ICE come previsto nei trattati; esorta la Commissione a includere anche nella proposta le disposizioni necessarie al fine di porre fine al fatto che ad alcuni gruppi di cittadini, quali i non vedenti o coloro che vivono all'estero, venga impedito di esercitare il loro diritto a sostenere le iniziative dei cittadini, dato che tale esclusione limita l'uguaglianza e la partecipazione tra i cittadini;

– presentare una revisione della direttiva 93/109/CE relativa alle modalità di esercizio del diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo per i cittadini dell'Unione che risiedono in uno Stato membro di cui non sono cittadini, onde aiutare i cittadini dell'UE residenti in uno Stato diverso dal proprio a partecipare alle elezioni europee nel loro paese di residenza; invita gli Stati membri a far sì che tutti i cittadini possano votare alle elezioni europee, compresi quelli che vivono al di fuori dell'UE, in particolare tramite una campagna d'informazione in tempo utile;

– accordare debita considerazione al crescente segmento della popolazione che è completamente privato dei propri diritti di voto per quanto riguarda le elezioni nazionali in quanto non può votare né nel suo paese d'origine né in quello di residenza;

179. incarica il suo Presidente di trasmettere la presente risoluzione al Consiglio e alla Commissione.

Fonte: www.olir.it

Decreto Legislativo 18 agosto 2015 n. 142
Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale.

IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

Visti gli articoli 76 e 87 della Costituzione;

Vista la direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti la protezione internazionale (rifusione);

Vista la direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione);

Vista la legge 7 ottobre 2014, n. 154, recante delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - legge di delegazione europea 2013 - secondo semestre, che ha delegato il Governo a recepire le citate direttive 2013/33/UE e 2013/32/UE, comprese nell'elenco di cui all'allegato B della medesima legge;

Vista la legge 23 agosto 1988, n. 400, recante disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri;

Visto il decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, recante il testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, e successive modificazioni;

Visti gli articoli 1-sexies e 1-septies del decreto-legge 30 dicembre 1989, n. 416, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 1990, n. 39, e successive modificazioni;

Visto il decreto legislativo 30 maggio 2005, n. 140, recante attuazione della direttiva 2003/9/CE, che stabilisce norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri;

Visto il decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, concernente attuazione della direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, e successive modificazioni;

Visto il decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, concernente attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato, e successive modificazioni;

Visto il decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1999, n. 394, e successive modificazioni, recante il regolamento di attuazione del testo unico delle disposizioni

concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell'articolo 1, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286;

Visto il decreto del Presidente della Repubblica 12 gennaio 2015, n. 21, recante il regolamento relativo alle procedure per il riconoscimento e la revoca della protezione internazionale a norma dell'articolo 38, comma 1, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25;

Vista la preliminare deliberazione del Consiglio dei ministri, adottata nella riunione del 18 maggio 2015;

Acquisito il parere della Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, espresso nella seduta del 16 luglio 2015;

Acquisiti i pareri delle competenti Commissioni della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica;

Vista la deliberazione del Consiglio dei ministri, adottata nella riunione del 6 agosto 2015;

Sulla proposta del Presidente del Consiglio dei ministri e del Ministro dell'interno, di concerto con i Ministri degli affari esteri e della cooperazione internazionale, della giustizia, della salute, del lavoro e delle politiche sociali e dell'economia e delle finanze;

Emana

il seguente decreto legislativo:

Capo I

Disposizioni di attuazione della direttiva 2013/33 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti la protezione internazionale.

Art. 1. Finalità e ambito applicativo.

1. Il presente decreto stabilisce le norme relative all'accoglienza dei cittadini di Paesi non appartenenti all'Unione europea e degli apolidi richiedenti protezione internazionale nel territorio nazionale, comprese le frontiere e le relative zone di transito, nonché le acque territoriali, e dei loro familiari inclusi nella domanda di protezione internazionale.

2. Le misure di accoglienza di cui al presente decreto si applicano dal momento della manifestazione della volontà di chiedere la protezione internazionale.

3. Le misure di accoglienza di cui al presente decreto si applicano anche ai richiedenti protezione internazionale soggetti al procedimento previsto dal regolamento (UE) n. 604/2013, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale.

4. Il presente decreto non si applica nell'ipotesi in cui sono operative le misure di protezione temporanea, disposte ai sensi del decreto legislativo 7 aprile 2003, n. 85, recante attuazione della direttiva 2001/55/CE relativa alla concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati ed alla cooperazione in ambito comunitario.

Art. 2. Definizioni.

1. Ai fini del presente decreto s'intende per:

a) richiedente protezione internazionale o richiedente: lo straniero che ha presentato domanda di protezione internazionale su cui non è stata ancora adottata una decisione definitiva ovvero ha manifestato la volontà di chiedere tale protezione;

b) straniero: il cittadino di Stati non appartenenti all'Unione europea e l'apolide;

c) domanda di protezione internazionale o domanda: la domanda presentata ai

sensi del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, e successive modificazioni, diretta ad ottenere il riconoscimento dello status di rifugiato o lo status di protezione sussidiaria;

d) Commissione territoriale: la Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale;

e) minore non accompagnato: lo straniero di età inferiore agli anni diciotto, che si trova, per qualsiasi causa, nel territorio nazionale, privo di assistenza e rappresentanza legale;

f) familiari: i seguenti soggetti appartenenti al nucleo familiare del richiedente già costituito prima dell'arrivo nel territorio nazionale, che si trovano nel territorio nazionale in connessione alla domanda di protezione internazionale:

1. il coniuge del richiedente;

2. i figli minori del richiedente, anche adottati o nati fuori dal matrimonio, a condizione che non siano sposati. I minori affidati o sottoposti a tutela sono equiparati ai figli;

3. il genitore o altro adulto legalmente responsabile ai sensi degli articoli 343 e seguenti del codice civile del richiedente minore non coniugato;

g) centro o struttura di accoglienza: struttura destinata all'alloggiamento collettivo di richiedenti ai sensi del presente decreto;

h) richiedente con esigenze di accoglienza particolari: il richiedente che rientra nelle categorie vulnerabili indicate nell'articolo 17 e che necessita di forme di assistenza particolari nella prestazione delle misure di accoglienza;

i) UNHCR: Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati.

Art. 3. Informazione.

1. L'ufficio di polizia che riceve la domanda provvede ad informare il richiedente sulle condizioni di accoglienza, con la consegna all'interessato dell'opuscolo di cui all'articolo 10 del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, e successive modificazioni.

2. L'opuscolo di cui al comma 1 è consegnato nella prima lingua indicata dal richiedente o, se ciò non è possibile, nella lingua che ragionevolmente si suppone che comprenda tra quelle indicate nell'articolo 10, comma 4, del decreto legislativo 25 gennaio 2008, n. 25, e successive modificazioni.

3. Le informazioni di cui al comma 1 sono fornite, ove necessario con l'ausilio di un interprete o di un mediatore culturale, anche presso i centri di accoglienza, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a quindici giorni dalla presentazione della domanda.

4. Le informazioni di cui al presente articolo comprendono i riferimenti dell'UNHCR e delle principali organizzazioni di tutela dei richiedenti protezione internazionale.

Art. 4. Documentazione.

1. Al richiedente è rilasciato un permesso di soggiorno per richiesta asilo valido nel territorio nazionale per sei mesi, rinnovabile fino alla decisione della domanda o comunque per il tempo in cui è autorizzato a rimanere nel territorio nazionale ai sensi dell'articolo 19, commi 4 e 5, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150.

2. In caso di trattenimento ai sensi dell'articolo 6, la questura rilascia al richiedente un attestato nominativo, che certifica la sua qualità di richiedente protezione internazionale. L'attestato non certifica l'identità del richiedente.

3. La ricevuta attestante la presentazione della richiesta di protezione internaziona-

le rilasciata contestualmente alla verbalizzazione della domanda ai sensi dell'articolo 26, comma 2-bis, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, e successive modificazioni, come introdotto dal presente decreto, costituisce permesso di soggiorno provvisorio.

4. L'accesso alle misure di accoglienza e il rilascio del permesso di soggiorno di cui al comma 1, non sono subordinati alla sussistenza di requisiti ulteriori rispetto a quelli espressamente richiesti dal presente decreto.

5. La questura può fornire al richiedente un documento di viaggio ai sensi dell'articolo 21 della legge 21 novembre 1967, n. 1185, quando sussistono gravi ragioni umanitarie che ne rendono necessaria la presenza in un altro Stato.

Art. 5. Domicilio.

1. Salvo quanto previsto al comma 2, l'obbligo di comunicare alla questura il proprio domicilio o residenza è assolto dal richiedente tramite dichiarazione da riportare nella domanda di protezione internazionale. Ogni eventuale successivo mutamento del domicilio o residenza è comunicato dal richiedente alla medesima questura e alla questura competente per il nuovo domicilio o residenza ai fini del rinnovo del permesso di soggiorno di cui all'articolo 4, comma 1.

2. Per il richiedente trattenuto o accolto nei centri o strutture di cui agli articoli 6, 9, 11 e 14, l'indirizzo del centro costituisce il luogo di domicilio valevole agli effetti della notifica e delle comunicazioni degli atti relativi al procedimento di esame della domanda, nonché di ogni altro atto relativo alle procedure di trattenimento o di accoglienza di cui al presente decreto. L'indirizzo del centro ovvero il diverso domicilio di cui al comma 1 è comunicato dalla questura alla Commissione territoriale.

3.Per il richiedente accolto nei centri o strutture di cui agli articoli 9, 11 e 14, a cui è stato rilasciato il permesso di soggiorno di cui all'articolo 4, comma 1, ovvero la ricevuta di cui all'articolo 4, comma 3, il centro o la struttura rappresenta luogo di dimora abituale ai fini della iscrizione anagrafica ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223, e dell'articolo 6, comma 7, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286.

4. Il prefetto competente in base al luogo di presentazione della domanda ovvero alla sede della struttura di accoglienza può stabilire, con atto scritto e motivato, comunicato al richiedente con le modalità di cui all'articolo 6, comma 5, un luogo di residenza o un'area geografica ove il richiedente può circolare.

5. Ai fini dell'applicazione nei confronti del richiedente protezione internazionale dell'articolo 284 del codice di procedura penale e degli articoli 47-ter, 47-quater e 47-quinquies della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, l'autorità giudiziaria valuta preliminarmente, sentito il prefetto competente per territorio, l'idoneità a tal fine dei centri e delle strutture di cui agli articoli 6, 9 e 14.

Art. 6. Trattenimento.

1. Il richiedente non può essere trattenuto al solo fine di esaminare la sua domanda.

2. Il richiedente è trattenuto, ove possibile in appositi spazi, nei centri di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, sulla base di una valutazione caso per caso, quando:

a) si trova nelle condizioni previste dall'articolo 1, paragrafo F della Convenzione relativa allo status di rifugiato, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, ratificata con la legge 24 luglio 1954, n. 722, e modificata dal protocollo di New York del 31 gennaio 1967, ratificato con la legge 14 febbraio 1970, n. 95;

b) si trova nelle condizioni di cui all'articolo 13, commi 1 e 2, lettera c), del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e nei casi di cui all'articolo 3, comma 1, del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155;

c) costituisce un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica.

Nella valutazione della pericolosità si tiene conto di eventuali condanne, anche con sentenza non definitiva, compresa quella adottata a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei delitti indicati dall'articolo 380, commi 1 e 2, del codice di procedura penale ovvero per reati inerenti agli stupefacenti, alla libertà sessuale, al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite;

d) sussiste rischio di fuga del richiedente. La valutazione sulla sussistenza del rischio di fuga è effettuata, caso per caso, quando il richiedente ha in precedenza fatto ricorso sistematicamente a dichiarazioni o attestazioni false sulle proprie generalità al solo fine di evitare l'adozione o l'esecuzione di un provvedimento di espulsione ovvero non ha ottemperato ad uno dei provvedimenti di cui all'articolo 13, commi 5, 5.2 e 13, nonché all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286.

3. Al di fuori delle ipotesi di cui al comma 2, il richiedente che si trova in un centro di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, in attesa dell'esecuzione di un provvedimento di espulsione ai sensi degli articoli 13 e 14 del medesimo decreto legislativo, rimane nel centro quando vi sono fondati motivi per ritenere che la domanda è stata presentata al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione dell'espulsione.

4. Lo straniero trattenuto nei centri di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, riceve, a cura del gestore, le informazioni sulla possibilità di richiedere protezione internazionale. Al richiedente trattenuto nei medesimi centri sono fornite le informazioni di cui all'articolo 10, comma 1, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, con la consegna dell'opuscolo informativo previsto dal medesimo articolo 10.

5. Il provvedimento con il quale il questore dispone il trattenimento o la proroga del trattenimento è adottato per iscritto, corredato da motivazione e reca l'indicazione che il richiedente ha facoltà di presentare personalmente o a mezzo di difensore memorie o deduzioni al Tribunale in composizione monocratica competente alla convalida. Il provvedimento è comunicato al richiedente nella prima lingua indicata dal richiedente o in una lingua che ragionevolmente si suppone che comprenda ai sensi dell'articolo 10, comma 4, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, e successive modificazioni. Si applica, per quanto compatibile, l'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, comprese le misure alternative di cui al comma 1-bis del medesimo articolo 14. Quando il trattenimento è già in corso al momento della presentazione della domanda, i termini previsti dall'articolo 14, comma 5, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, si sospendono e il questore trasmette gli atti al tribunale in composizione monocratica per la convalida del trattenimento per un periodo massimo di ulteriori sessanta giorni, per consentire l'espletamento della procedura di esame della domanda.

6. Il trattenimento o la proroga del trattenimento non possono protrarsi oltre il tempo strettamente necessario all'esame della domanda ai sensi dell'articolo 28-bis, commi 1 e 3, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, e successive modificazioni,

come introdotto dal presente decreto, salvo che sussistano ulteriori motivi di trattenimento ai sensi dell'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286. Eventuali ritardi nell'espletamento delle procedure amministrative preordinate all'esame della domanda, non imputabili al richiedente, non giustificano la proroga del trattenimento.

7. Il richiedente trattenuto ai sensi dei commi 2 e 3 che presenta ricorso giurisdizionale avverso la decisione di rigetto della Commissione territoriale ai sensi dell'articolo 19 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150, e successive modificazioni, rimane nel centro fino all'adozione del provvedimento di cui agli articoli 5 e 19, comma 5, del medesimo decreto legislativo, nonché per tutto il tempo in cui è autorizzato a rimanere nel territorio nazionale in conseguenza del ricorso giurisdizionale proposto.

8. Ai fini di cui al comma 7, il questore chiede la proroga del trattenimento in corso per periodi ulteriori non superiori a sessanta giorni di volta in volta prorogabili da parte del tribunale in composizione monocratica, finche' permangono le condizioni di cui al comma 7. In ogni caso, la durata massima del trattenimento ai sensi dei commi 5 e 7 non può superare complessivamente dodici mesi.

9. Il trattenimento è mantenuto soltanto finche' sussistono i motivi di cui ai commi 2, 3 e 7. In ogni caso, nei confronti del richiedente trattenuto che chiede di essere rimpatriato nel Paese di origine o provenienza è immediatamente adottato o eseguito il provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera ai sensi dell'articolo 13, commi 4 e 5-bis, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286. La richiesta di rimpatrio equivale a ritiro della domanda di protezione internazionale.

10. Nel caso in cui il richiedente è destinatario di un provvedimento di espulsione da eseguirsi con le modalità di cui all'articolo 13, commi 5 e 5.2, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, il termine per la partenza volontaria fissato ai sensi del medesimo articolo 13, comma 5, è sospeso per il tempo occorrente all'esame della domanda. In tal caso il richiedente ha accesso alle misure di accoglienza previste dal presente decreto in presenza dei requisiti di cui all'articolo 14.

Art. 7. Condizioni di trattenimento.

1. Il richiedente è trattenuto nei centri di cui all'articolo 6 con modalità che assicurano la necessaria assistenza e il pieno rispetto della sua dignità, secondo le disposizioni di cui agli articoli 14 del testo unico e 21 del decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1999, n. 394, e successive modificazioni. È assicurata in ogni caso alle richiedenti una sistemazione separata, nonché il rispetto delle differenze di genere. Ove possibile, è preservata l'unità del nucleo familiare. È assicurata la fruibilità di spazi all'aria aperta.

2. È consentito l'accesso ai centri di cui all'articolo 6, nonché la libertà di colloquio con i richiedenti ai rappresentanti dell'UNHCR o alle organizzazioni che operano per conto dell'UNHCR in base ad accordi con la medesima organizzazione, ai familiari, agli avvocati dei richiedenti, ai rappresentanti degli enti di tutela dei titolari di protezione internazionale con esperienza consolidata nel settore, ai ministri di culto, nonché agli altri soggetti indicati nelle direttive del Ministro dell'interno adottate ai sensi dell'articolo 21, comma 8, del decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1999, n. 394, con le modalità specificate con le medesime direttive.

3. Per motivi di sicurezza, ordine pubblico, o comunque per ragioni connesse alla corretta gestione amministrativa dei centri di cui all'articolo 6, l'accesso ai centri può essere limitato, purché non impedito completamente, secondo le direttive di cui al comma 2.

4. Il richiedente è informato delle regole vigenti nel centro nonché dei suoi diritti

ed obblighi nella prima lingua da lui indicata o in una lingua che ragionevolmente si suppone che comprenda ai sensi dell'articolo 10, comma 4, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, e successive modificazioni.

5. Non possono essere trattenuti nei centri di cui all'articolo 6 i richiedenti le cui condizioni di salute sono incompatibili con il trattenimento. Nell'ambito dei servizi socio-sanitari garantiti nei centri e' assicurata anche la verifica periodica della sussistenza di condizioni di vulnerabilità che richiedono misure di assistenza particolari.

Art. 8. Sistema di accoglienza.

1. Il sistema di accoglienza per richiedenti protezione internazionale si basa sulla leale collaborazione tra i livelli di governo interessati, secondo le forme di coordinamento nazionale e regionale di cui all'articolo 16, e si articola in una fase di prima accoglienza assicurata nelle strutture di cui agli articoli 9 e 11 e una fase di seconda accoglienza disposta nelle strutture di cui all'articolo 14.

2. Le funzioni di soccorso e prima assistenza, nonché di identificazione continuano ad essere svolte nelle strutture allestite ai sensi del decreto-legge 30 ottobre 1995, n. 451, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 dicembre 1995, n. 563.

Art. 9. Misure di prima accoglienza.

1. Per le esigenze di prima accoglienza e per l'espletamento delle operazioni necessarie alla definizione della posizione giuridica, lo straniero è accolto nei centri governativi di prima accoglienza istituiti con decreto del Ministro dell'interno, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, secondo la programmazione e i criteri individuati dal Tavolo di coordinamento nazionale e dai Tavoli di coordinamento regionale ai sensi dell'articolo 16.

2. La gestione dei centri di cui al comma 1 può essere affidata ad enti locali, anche associati, alle unioni o consorzi di comuni, ad enti pubblici o privati che operano nel settore dell'assistenza ai richiedenti asilo o agli immigrati o nel settore dell'assistenza sociale, secondo le procedure di affidamento dei contratti pubblici.

3. Le strutture allestite ai sensi del decreto-legge 30 ottobre 1995, n. 451, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 dicembre 1995, n. 563, possono essere destinate, con decreto del Ministro dell'interno, alle finalità di cui al presente articolo. I centri di accoglienza per richiedenti asilo già istituiti alla data di entrata in vigore del presente decreto svolgono le funzioni di cui al presente articolo.

4. Il prefetto, sentito il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno, invia il richiedente nelle strutture di cui al comma 1. Il richiedente è accolto per il tempo necessario, all'espletamento delle operazioni di identificazione, ove non completate precedentemente, alla verbalizzazione della domanda ed all'avvio della procedura di esame della medesima domanda, nonché all'accertamento delle condizioni di salute diretto anche a verificare, fin dal momento dell'ingresso nelle strutture di accoglienza, la sussistenza di situazioni di vulnerabilità ai fini di cui all'articolo 17, comma 3.

5. Espletate le operazioni e gli adempimenti di cui al comma 4, il richiedente che ne faccia richiesta, anche in pendenza dell'esame della domanda, in presenza dei presupposti di cui all'articolo 15, è trasferito nelle strutture di cui all'articolo 14, individuate anche tenendo conto delle particolari esigenze del richiedente di cui all'articolo 17. In caso di temporanea indisponibilità di posti nelle strutture di cui all'articolo 14, il richiedente rimane nei centri di cui al presente articolo, per il tempo strettamente

necessario al trasferimento. Il richiedente portatore delle particolari esigenze di cui all'articolo 17 è trasferito in via prioritaria nelle strutture di cui all'articolo 14.

Art. 10. Modalità di accoglienza.

1. Nei centri di cui all'articolo 9, comma 1, sono assicurati il rispetto della sfera privata, comprese le differenze di genere, delle esigenze connesse all'età la tutela della salute fisica e mentale dei richiedenti, l'unità dei nuclei familiari composti da coniugi e da parenti entro il primo grado, l'apprestamento delle misure necessarie per le persone portatrici di particolari esigenze ai sensi dell'articolo 17. Sono adottate misure idonee a prevenire ogni forma di violenza e a garantire la sicurezza e la protezione dei richiedenti.

2. È consentita l'uscita dal centro nelle ore diurne secondo le modalità indicate nel regolamento di cui all'articolo 38 del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, con obbligo di rientro nelle ore notturne. Il richiedente può chiedere al prefetto un permesso temporaneo di allontanamento dal centro per un periodo di tempo diverso o superiore a quello di uscita, per rilevanti motivi personali o per motivi attinenti all'esame della domanda. Il provvedimento di diniego sulla richiesta di autorizzazione all'allontanamento è motivato e comunicato all'interessato ai sensi dell'articolo 10, comma 4, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, e successive modificazioni.

3. È assicurata la facoltà di comunicare con i rappresentanti dell'UNHCR, degli enti di tutela dei titolari di protezione internazionale con esperienza consolidata nel settore, con i ministri di culto, nonché con gli avvocati e i familiari dei richiedenti.

4. È assicurato l'accesso ai centri dei soggetti di cui all'articolo 7, comma 2, nonché degli altri soggetti previsti dal regolamento di cui all'articolo 38 del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, fatte salve le limitazioni giustificate dalla necessità di garantire la sicurezza dei locali e dei richiedenti presenti nel centro.

5. Il personale che opera nei centri è adeguatamente formato ed ha l'obbligo di riservatezza sui dati e sulle informazioni riguardanti i richiedenti presenti nel centro.

Art. 11. Misure straordinarie di accoglienza.

1. Nel caso in cui è temporaneamente esaurita la disponibilità di posti all'interno delle strutture di cui agli articoli 9 e 14, a causa di arrivi consistenti e ravvicinati di richiedenti, l'accoglienza può essere disposta dal prefetto, sentito il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno, in strutture temporanee, appositamente allestite, previa valutazione delle condizioni di salute del richiedente, anche al fine di accertare la sussistenza di esigenze particolari di accoglienza.

2. Le strutture di cui al comma 1 soddisfano le esigenze essenziali di accoglienza nel rispetto dei principi di cui all'articolo 10, comma 1, e sono individuate dalle prefetture-uffici territoriali del Governo, sentito l'ente locale nel cui territorio è situata la struttura, secondo le procedure di affidamento dei contratti pubblici. È consentito, nei casi di estrema urgenza, il ricorso alle procedure di affidamento diretto ai sensi del decreto-legge 30 ottobre 1995, n. 451, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 dicembre 1995, n. 563, e delle relative norme di attuazione.

3. L'accoglienza nelle strutture di cui al comma 1 è limitata al tempo strettamente necessario al trasferimento del richiedente nelle strutture di cui all'articolo 9 ovvero nelle strutture di cui all'articolo 14.

4. Le operazioni di identificazione e verbalizzazione della domanda sono espletate presso la questura più vicina al luogo di accoglienza.

Art. 12. Condizioni materiali di accoglienza.

1. Con decreto del Ministro dell'interno è adottato lo schema di capitolato di gara d'appalto per la fornitura dei beni e dei servizi relativi al funzionamento dei centri di cui agli articoli 6, 8, comma 2, 9 e 11, in modo da assicurare livelli di accoglienza uniformi nel territorio nazionale, in relazione alle peculiarità di ciascuna tipologia di centro.

2. Sullo schema di capitolato di cui al comma 1 sono acquisite le valutazioni del Tavolo di coordinamento nazionale di cui all'articolo 16.

3. Con il regolamento di cui all'articolo 30, sono individuate forme di partecipazione e di coinvolgimento dei richiedenti nello svolgimento della vita nelle strutture di cui agli articoli 9, 11 e 14.

Art. 13. Allontanamento ingiustificato dai centri.

L'allontanamento ingiustificato dalle strutture di cui agli articoli 9 e 11 comporta la revoca delle condizioni di accoglienza di cui al presente decreto, adottata con le modalità di cui all'articolo 23, comma 1, lettera a), con gli effetti di cui all'articolo 23-bis del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, e successive modificazioni, come introdotto dal presente decreto.

Art. 14. Sistema di accoglienza territoriale - Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati.

1. Il richiedente che ha formalizzato la domanda e che risulta privo di mezzi sufficienti a garantire una qualità di vita adeguata per il sostentamento proprio e dei propri familiari, ha accesso, con i familiari, alle misure di accoglienza del Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR) predisposte dagli enti locali ai sensi dell'articolo 1-sexies del decreto-legge 30 dicembre 1989, n. 416, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 1990, n. 39, e finanziate dal Fondo di cui all'articolo 1-septies del medesimo decreto anche in deroga al limite dell'80 per cento di cui al comma 2 del medesimo articolo 1-sexies.

2. Con decreto del Ministro dell'interno, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, che si esprime entro trenta giorni, sono fissate le modalità di presentazione da parte degli enti locali delle domande di contributo per la realizzazione dei progetti di accoglienza di cui al comma 1. Il medesimo decreto detta le linee guida per la predisposizione dei servizi da assicurare, compresi quelli destinati alle persone portatrici di esigenze particolari di cui all'articolo 17.

3. La valutazione dell'insufficienza dei mezzi di sussistenza di cui al comma 1 è effettuata dalla prefettura - Ufficio territoriale del Governo con riferimento all'importo annuo dell'assegno sociale.

4. Le misure di accoglienza sono assicurate per la durata del procedimento di esame della domanda da parte della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, e successive modificazioni, e, in caso di rigetto, fino alla scadenza del termine per l'impugnazione della decisione. Salvo quanto previsto dall'articolo 6, comma 7, in caso di ricorso giurisdizionale proposto ai sensi dell'articolo 35 del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, e successive modificazioni, il ricorrente, privo di mezzi sufficienti ai sensi del comma 1, usufruisce delle misure di accoglienza di cui al presente decreto per il tempo in cui e' autorizzato a rimanere nel territorio nazionale ai sensi dell'articolo 19, commi 4 e 5, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150. Nei casi di cui all'articolo 19, comma 5, del decreto legislativo 1°

settembre 2011, n. 150, fino alla decisione sull'istanza di sospensione, il ricorrente rimane nella struttura o nel centro in cui si trova.

5. Quando vengono meno i presupposti per il trattenimento nei centri di cui all'articolo 6, il richiedente che ha ottenuto la sospensione del provvedimento impugnato, ai sensi dell'articolo 19, comma 5, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150, ha accoglienza nei centri o strutture di cui all'articolo 9.

6. Al richiedente di cui al comma 5, è prorogata la validità dell'attestato nominativo di cui all'articolo 4, comma 2. Quando ricorrono le condizioni di cui all'articolo 6, comma 2, lettere a), b) e c), al medesimo richiedente possono essere imposte le misure di cui all'articolo 14, comma 1-bis, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286. In tal caso competente alla convalida delle misure, se ne ricorrono i presupposti, è il tribunale in composizione monocratica.

Art. 15. Modalità di accesso al sistema di accoglienza territoriale - Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati.

1. Nelle ipotesi di cui all'articolo 14, comma 1, il richiedente presenta richiesta di accesso all'accoglienza per se' e per i propri familiari, previa dichiarazione, al momento della presentazione della domanda, di essere privo di mezzi sufficienti di sussistenza.

2. La prefettura - ufficio territoriale del Governo, cui viene trasmessa, da parte della questura, la documentazione di cui al comma 1, valutata l'insufficienza dei mezzi di sussistenza, accerta, secondo le modalità stabilite con provvedimento del Capo del Dipartimento per libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno, la disponibilità di posti all'interno del Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati di cui all'articolo 14.

3. La prefettura - ufficio territoriale del Governo provvede all'invio del richiedente nella struttura individuata, anche avvalendosi dei mezzi di trasporto messi a disposizione dal gestore.

4. L'accoglienza è disposta nella struttura individuata ed è subordinata all'effettiva permanenza del richiedente in quella struttura, salvo il trasferimento in altro centro, che può essere disposto, per motivate ragioni, dalla prefettura - ufficio territoriale del Governo in cui ha sede la struttura di accoglienza che ospita il richiedente. Il trasferimento in un centro collocato in una provincia diversa è disposto dal Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno.

5. L'indirizzo della struttura di accoglienza è comunicato, a cura della prefettura - ufficio territoriale del Governo, alla Questura, nonché alla Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 5, comma 2. È nella facoltà del richiedente comunicare l'indirizzo della struttura al proprio difensore o consulente legale. È consentito l'accesso nelle medesime strutture dell'UNHCR, nonché dei rappresentanti degli enti di tutela dei titolari di protezione internazionale al fine di prestare assistenza ai richiedenti.

6. Avverso il provvedimento di diniego delle misure di accoglienza è ammesso ricorso al Tribunale amministrativo regionale territorialmente competente.

Art. 16. Forme di coordinamento nazionale e regionale.

1. Il Tavolo di coordinamento nazionale, insediato presso il Ministero dell'interno - Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione, di cui all'articolo 29, comma 3, del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, e successive modificazioni, individua le linee di indirizzo e predispone la programmazione degli interventi diretti a ottimizzare il sistema di accoglienza previsto dal presente decreto, compresi i criteri

di ripartizione regionale dei posti da destinare alle finalità di accoglienza di cui al presente decreto. I criteri di ripartizione regionale individuati dal Tavolo sono fissati d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281.

2. Ai fini di cui al comma 1, il Tavolo predispone annualmente, salva la necessità di un termine più breve, un Piano nazionale per l'accoglienza che, sulla base delle previsioni di arrivo per il periodo considerato, individua il fabbisogno dei posti da destinare alle finalità di accoglienza di cui al presente decreto.

3. Le linee di indirizzo e la programmazione predisposti dal Tavolo di cui al comma 1 sono attuati a livello territoriale attraverso Tavoli di coordinamento regionale insediati presso le prefetture - uffici territoriali del Governo del capoluogo di Regione, che individuano, i criteri di localizzazione delle strutture di cui agli articoli 9 e 11, nonché i criteri di ripartizione, all'interno della Regione, dei posti da destinare alle finalità di accoglienza di cui al presente decreto, tenuto conto dei posti già attivati, nel territorio di riferimento, nell'ambito del Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati di cui all'articolo 14.

4. Ai fini dello svolgimento delle funzioni di cui al presente articolo, la composizione e le modalità operative dei Tavoli di cui ai commi 1 e 3 sono stabilite con decreto del Ministro dell'interno.

5. La partecipazione alle sedute dei Tavoli di cui ai commi 1 e 3 non dà luogo alla corresponsione di compensi, gettoni, emolumenti, indennità o rimborsi spese comunque denominati.

Art. 17. Accoglienza di persone portatrici di esigenze particolari.

1. Le misure di accoglienza previste dal presente decreto tengono conto della specifica situazione delle persone vulnerabili, quali i minori, i minori non accompagnati, i disabili, gli anziani, le donne in stato di gravidanza, i genitori singoli con figli minori, le vittime della tratta di esseri umani, le persone affette da gravi malattie o da disturbi mentali, le persone per le quali è stato accertato che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale o legata all'orientamento sessuale o all'identità di genere, le vittime di mutilazioni genitali.

2. Ai richiedenti protezione internazionale identificati come vittime della tratta di esseri umani si applica il programma unico di emersione, assistenza e integrazione sociale di cui all'articolo 18, comma 3-bis, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286.

3. Nei centri di cui all'articolo 9 sono previsti servizi speciali di accoglienza delle persone vulnerabili portatrici di esigenze particolari, individuati con il decreto ministeriale di cui all'articolo 12, assicurati anche in collaborazione con la ASL competente per territorio. Tali servizi garantiscono misure assistenziali particolari ed un adeguato supporto psicologico.

4. Nell'ambito del sistema di accoglienza territoriale di cui all'articolo 14, sono attivati servizi speciali di accoglienza per i richiedenti portatori di esigenze particolari, individuati con il decreto del Ministro dell'interno di cui all'articolo 14, comma 2, che tengono conto delle misure assistenziali da garantire alla persona in relazione alle sue specifiche esigenze.

5. Ove possibile, i richiedenti adulti portatori di esigenze particolari sono alloggiati insieme ai parenti adulti già presenti nelle strutture di accoglienza.

6. I servizi predisposti ai sensi dei commi 3 e 4 garantiscono una valutazione iniziale e una verifica periodica della sussistenza delle condizioni di cui al comma 1, da parte di personale qualificato.

7. La sussistenza di esigenze particolari è comunicata dal gestore del centro alla prefettura presso cui e' insediata la Commissione territoriale competente, per l'eventuale apprestamento di garanzie procedurali particolari ai sensi dell'articolo 13, comma 2, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25.

8. Le persone che hanno subito danni in conseguenza di torture, stupri o altri gravi atti di violenza accedono ad assistenza o cure mediche e psicologiche appropriate, secondo le linee guida di cui all'articolo 27, comma 1-bis, del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, e successive modificazioni. Il personale sanitario riceve una specifica formazione ai sensi del medesimo articolo 27, comma 1-bis, ed è tenuto all'obbligo di riservatezza.

Art. 18. Disposizioni sui minori.

1. Nell'applicazione delle misure di accoglienza previste dal presente decreto assume carattere di priorità il superiore interesse del minore in modo da assicurare condizioni di vita adeguate alla minore età, con riguardo alla protezione, al benessere ed allo sviluppo anche sociale del minore, conformemente a quanto previsto dall'articolo 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata dalla legge 27 maggio 1991, n. 176.

2. Per la valutazione dell'interesse superiore del minore occorre procedere all'ascolto del minore, tenendo conto della sua età, del suo grado di maturità e di sviluppo personale, anche al fine di conoscere le esperienze pregresse e valutare il rischio che il minore sia vittima di tratta di esseri umani, nonché a verificare la possibilità di ricongiungimento familiare ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento UE n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, purché corrisponda all'interesse superiore del minore.

3. I figli minori dei richiedenti e i richiedenti minori sono alloggiati con i genitori, i fratelli minori non coniugati o altro adulto legalmente responsabile ai sensi degli articoli 343 e seguenti del codice civile.

4. Nella predisposizione delle misure di accoglienza di cui al presente decreto sono assicurati servizi destinati alle esigenze della minore età, comprese quelle ricreative.

5. Gli operatori che si occupano dei minori sono in possesso di idonea qualifica o comunque ricevono una specifica formazione e sono soggetti all'obbligo di riservatezza sui dati e sulle informazioni riguardanti i minori.

Art. 19. Accoglienza dei minori non accompagnati.

1. Per le esigenze di soccorso e di protezione immediata, i minori non accompagnati sono accolti in strutture governative di prima accoglienza, istituite con decreto del Ministro dell'interno, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 27 agosto 1997, n. 281, per il tempo strettamente necessario, comunque non superiore a sessanta giorni, alla identificazione e all'eventuale accertamento dell'età, nonché a ricevere, con modalità adeguate alla loro età, ogni informazione sui diritti riconosciuti al minore e sulle modalità di esercizio di tali diritti, compreso quello di chiedere la protezione internazionale. Le strutture di prima accoglienza sono attivate dal Ministero dell'interno, in accordo con l'ente locale nel cui territorio è situata la struttura, e gestite dal Ministero dell'interno anche in convenzione con gli enti locali. Con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze per i profili finanziari, sono fissati le modalità di accoglienza, gli standard strutturali, in coerenza con la normativa regionale, e i servizi da erogare, in modo da assicurare un'accoglienza adeguata alla minore età, nel rispetto dei diritti fonda-

mentali del minore e dei principi di cui all'articolo 18. Durante la permanenza nella struttura di prima accoglienza è garantito un colloquio con uno psicologo dell'età evolutiva, ove necessario in presenza di un mediatore culturale, per accertare la situazione personale del minore, i motivi e le circostanze della partenza dal suo Paese di origine e del viaggio effettuato, nonché le sue aspettative future. La prosecuzione dell'accoglienza del minore è assicurata ai sensi del comma 2.

2. I minori non accompagnati richiedenti protezione internazionale hanno accesso alle misure di accoglienza predisposte dagli enti locali ai sensi dell'articolo 1-sexies del decreto-legge 30 dicembre 1989, n. 416, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 1990, n. 39, fermo restando per i minori non accompagnati non richiedenti protezione internazionale l'accesso alle medesime misure di accoglienza nei limiti di cui all'articolo 1, comma 183, della legge 23 dicembre 2014, n. 190. A tal fine gli enti locali che partecipano alla ripartizione del Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo di cui all'articolo 1-septies del decreto-legge 30 dicembre 1989, n. 416, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 1990, n. 39, prevedono specifici programmi di accoglienza riservati ai minori non accompagnati.

3. In caso di temporanea indisponibilità nelle strutture di cui ai commi 1 e 2, l'assistenza e l'accoglienza del minore sono temporaneamente assicurate dalla pubblica autorità del Comune in cui il minore si trova, secondo gli indirizzi fissati dal Tavolo di coordinamento di cui all'articolo 16. I Comuni che assicurano l'attività di accoglienza ai sensi del presente comma accedono ai contributi disposti dal Ministero dell'interno a valere sul Fondo nazionale per l'accoglienza dei minori stranieri non accompagnati di cui all'articolo 1, comma 181, della legge 23 dicembre 2014, n. 190, nel limite delle risorse del medesimo Fondo.

4. Il minore non accompagnato non può essere trattenuto o accolto presso i centri di cui agli articoli 6 e 9.

5. L'autorità di pubblica sicurezza dà immediata comunicazione della presenza di un minore non accompagnato al giudice tutelare per l'apertura della tutela e per la nomina del tutore a norma degli articoli 343 e seguenti del codice civile, al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni e al Tribunale per i minorenni per la ratifica delle misure di accoglienza predisposte, nonché al Ministero del lavoro e delle politiche sociali, con mezzi idonei a garantirne la riservatezza, al fine di assicurare il censimento e il monitoraggio della presenza dei minori non accompagnati.

6. Il tutore possiede le competenze necessarie per l'esercizio delle proprie funzioni e svolge i propri compiti in conformità al principio dell'interesse superiore del minore. Non possono essere nominati tutori individui o organizzazioni i cui interessi sono in contrasto anche potenziale con quelli del minore. Il tutore può essere sostituito solo in caso di necessita'.

7. Al fine di garantire il diritto all'unità familiare è tempestivamente avviata ogni iniziativa per l'individuazione dei familiari del minore non accompagnato richiedente protezione internazionale. Il Ministero dell'interno stipula convenzioni, sulla base delle risorse disponibili del Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo, con organizzazioni internazionali, intergovernative e associazioni umanitarie, per l'attuazione di programmi diretti a rintracciare i familiari dei minori non accompagnati. Le ricerche ed i programmi diretti a rintracciare i familiari sono svolti nel superiore interesse dei minori e con l'obbligo della assoluta riservatezza, in modo da tutelare la sicurezza del richiedente e dei familiari.

Art. 20. Monitoraggio e controllo.

1. Ferme restando le attività svolte dal Servizio centrale di cui all'articolo 1-sexies, comma 4, del decreto-legge 30 dicembre 1989, n. 416, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 1990, n. 39, il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno svolge, anche tramite le prefetture - uffici territoriali del Governo, attività di controllo e monitoraggio della gestione delle strutture di accoglienza previste dal presente decreto. Le prefetture possono a tal fine avvalersi anche dei servizi sociali del comune.

2. L'attività di cui al comma 1 ha per oggetto la verifica della qualità dei servizi erogati e il rispetto dei livelli di assistenza e accoglienza fissati con i decreti ministeriali di cui all'articolo 21, comma 8, del decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1999, n. 394, e successive modificazioni, e agli articoli 12 e 14, comma 2, con particolare riguardo ai servizi destinati alle categorie vulnerabili e ai minori, nonché le modalità di affidamento dei servizi di accoglienza previsti dall'articolo 14 a soggetti attuatori da parte degli enti locali che partecipano alla ripartizione delle risorse del Fondo di cui all'articolo 1-septies del decreto-legge 30 dicembre 1989, n. 416, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 1990, n. 39.

3. Ai fini dello svolgimento delle attività di cui ai commi 1 e 2, il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno può avvalersi di qualificate figure professionali, selezionate anche tra funzionari della pubblica amministrazione in posizione di collocamento a riposo, fermo restando quanto disposto dall'articolo 5, comma 9, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, e successive modificazioni, ovvero di competenti organizzazioni internazionali o intergovernative. Ai relativi oneri si provvede con le risorse del medesimo Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione disponibili a legislazione vigente, comprese le risorse a tal fine destinate nell'ambito dei fondi europei.

4. Degli esiti dell'attività di cui ai commi 1 e 2, è dato atto nella relazione di cui all'articolo 6, comma 2-bis, del decreto-legge 22 agosto 2014, n. 119, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 ottobre 2014, n. 146.

Art. 21. Assistenza sanitaria e istruzione dei minori.

1. I richiedenti hanno accesso all'assistenza sanitaria secondo quanto previsto dall'articolo 34 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, fermo restando l'applicazione dell'articolo 35 del medesimo decreto legislativo nelle more dell'iscrizione al servizio sanitario nazionale.

2. I minori richiedenti protezione internazionale o i minori figli di richiedenti protezione internazionale sono soggetti all'obbligo scolastico, ai sensi dell'articolo 38 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e accedono ai corsi e alle iniziative per l'apprendimento della lingua italiana di cui al comma 2 del medesimo articolo.

Art. 22. Lavoro e formazione professionale.

1. Il permesso di soggiorno per richiesta asilo di cui all'articolo 4 consente di svolgere attività lavorativa, trascorsi sessanta giorni dalla presentazione della domanda, se il procedimento di esame della domanda non è concluso ed il ritardo non può essere attribuito al richiedente.

2. Il permesso di soggiorno di cui al comma 1 non può essere convertito in permesso di soggiorno per motivi di lavoro.

3. I richiedenti, che usufruiscono delle misure di accoglienza erogate ai sensi

dell'articolo 14, possono frequentare corsi di formazione professionale, eventualmente previsti dal programma dell'ente locale dedicato all'accoglienza del richiedente.

Art. 23. Revoca delle condizioni di accoglienza.

1. Il prefetto della provincia in cui hanno sede le strutture di cui all'articolo 14, dispone, con proprio motivato decreto, la revoca delle misure d'accoglienza in caso di:

a) mancata presentazione presso la struttura individuata ovvero abbandono del centro di accoglienza da parte del richiedente, senza preventiva motivata comunicazione alla prefettura - ufficio territoriale del Governo competente;

b) mancata presentazione del richiedente all'audizione davanti all'organo di esame della domanda;

c) presentazione di una domanda reiterata ai sensi dell'articolo 29 del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, e successive modificazioni;

d) accertamento della disponibilità da parte del richiedente di mezzi economici sufficienti;

e) violazione grave o ripetuta delle regole delle strutture in cui e' accolto da parte del richiedente asilo, compreso il danneggiamento doloso di beni mobili o immobili, ovvero comportamenti gravemente violenti.

2. Nell'adozione del provvedimento di revoca si tiene conto della situazione del richiedente con particolare riferimento alle condizioni di cui all'articolo 17.

3. Nell'ipotesi di cui al comma 1, lettera a), il gestore del centro è tenuto a comunicare, immediatamente, alla prefettura - ufficio territoriale del Governo la mancata presentazione o l'abbandono della struttura da parte del richiedente. Se il richiedente asilo è rintracciato o si presenta volontariamente alle Forze dell'ordine o al centro di assegnazione, il prefetto territorialmente competente dispone, con provvedimento motivato, sulla base degli elementi addotti dal richiedente, l'eventuale ripristino delle misure di accoglienza. Il ripristino è disposto soltanto se la mancata presentazione o l'abbandono sono stati causati da forza maggiore o caso fortuito o comunque da gravi motivi personali.

4. Nell'ipotesi di cui al comma 1, lettera e), il gestore del centro trasmette alla prefettura - ufficio territoriale del Governo una relazione sui fatti che possono dare luogo all'eventuale revoca, entro tre giorni dal loro verificarsi.

5. Il provvedimento di revoca delle misure di accoglienza ha effetto dal momento della sua comunicazione, ai sensi dell'articolo 5, comma 2. Il provvedimento è comunicato altresì al gestore del centro. Avverso il provvedimento di revoca è ammesso ricorso al Tribunale amministrativo regionale competente.

6. Nell'ipotesi di revoca, disposta ai sensi del comma 1, lettera d), il richiedente è tenuto a rimborsare i costi sostenuti per le misure di cui ha indebitamente usufruito.

7. Quando la sussistenza dei presupposti per la valutazione di pericolosità del richiedente ai sensi dell'articolo 6, comma 2, emerge successivamente all'invio nelle strutture di cui agli articoli 9, 11 e 14, il prefetto dispone la revoca delle misure di accoglienza ai sensi del presente articolo e ne dà comunicazione al questore per l'adozione dei provvedimenti di cui all'articolo 6.

Art. 24. Abrogazioni.

Sono o restano abrogati gli articoli 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14 e 15 del decreto legislativo 30 maggio 2005, n. 140.

Capo II
Disposizioni di attuazione della Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale

Art. 25. Modifiche al decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25.

1. Al decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 1, dopo le parole: "territorio nazionale" sono inserite le seguenti: "comprese le frontiere, e le relative zone di transito, nonché le acque territoriali»;

b) all'articolo 2:

1) dopo la lettera h) è inserita la seguente:

«h-bis) «persone vulnerabili»: minori; minori non accompagnati; disabili, anziani, donne in stato di gravidanza, genitori singoli con figli minori, vittime della tratta di esseri umani, persone affette da gravi malattie o da disturbi mentali; persone per le quali è accertato che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale, vittime di mutilazioni genitali;»;

2) dopo la lettera i) è inserita la seguente:

«i-bis) «EASO»: european asylum support office/ufficio europeo di sostegno per l'asilo, istituito dal regolamento (UE) n. 439/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 maggio 2010.»;

3) la lettera m) è soppressa;

c) all'articolo 4:

1) al comma 3, il secondo e il terzo periodo sono sostituiti dai seguenti: «In situazioni di urgenza, il Ministro dell'interno nomina il rappresentante dell'ente locale su indicazione dell'Associazione nazionale dei comuni italiani (ANCI) e ne dà tempestiva comunicazione alla Conferenza Stato-città ed autonomie locali. Il decreto di nomina dei componenti della Commissione è adottato previa valutazione dell'insussistenza di motivi di incompatibilità derivanti da situazioni di conflitto di interessi, diretto o indiretto, anche potenziale. Per ciascun componente sono nominati uno o più componenti supplenti. I componenti effettivi e i componenti supplenti sono designati in base alle esperienze o formazione acquisite nel settore dell'immigrazione e dell'asilo o in quello della tutela dei diritti umani.»;

2) dopo il comma 3-bis, è inserito il seguente:

«3-ter. La Commissione nazionale per il diritto di asilo cura la predisposizione di corsi di formazione per componente delle Commissioni territoriali, anche mediante convenzioni stipulate dal Ministero dell'interno con le Università degli studi. I componenti che hanno partecipato ai corsi di cui al presente comma non partecipano ai corsi di formazione iniziale di cui all'articolo 15, comma 1.»;

3) al comma 5, il primo, il secondo e il terzo periodo sono sostituiti dai seguenti: «La competenza delle Commissioni territoriali è determinata sulla base della circoscrizione territoriale in cui è presentata la domanda ai sensi dell'articolo 26, comma 1. Nel caso di richiedenti presenti in una struttura di accoglienza governativa o in una struttura del sistema di protezione di cui all'articolo 1-sexies del decreto-legge 30 dicembre 1989, n. 416, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 1990, n. 39, ovvero trattenuti in un centro di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, la competenza è determinata in base alla circoscrizione territoriale in cui sono collocati la struttura di accoglienza o il centro. Nel caso in cui nel corso della procedura si rende necessario il trasferimento del richiedente, la competenza all'esame

della domanda è assunta dalla Commissione nella cui circoscrizione territoriale sono collocati la struttura ovvero il centro di nuova destinazione.»;

d) all'articolo 5:

1) al comma 1, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «La Commissione costituisce punto nazionale di contatto per lo scambio di informazioni con la Commissione europea e con le competenti autorità degli altri Stati membri.»;

2) dopo il comma 1, sono inseriti i seguenti:

«1-bis. Nell'esercizio dei compiti di indirizzo e coordinamento di cui al comma 1, la Commissione nazionale può individuare periodicamente i Paesi di provenienza dei richiedenti o parte di tali Paesi ai fini dell'articolo 12, commi 2 e 2-bis.

1-ter. La Commissione nazionale adotta un codice di condotta per i componenti delle Commissioni territoriali, per gli interpreti e per il personale di supporto delle medesime Commissioni e pubblica annualmente un rapporto sulle attività' svolte dalla medesima Commissione e dalle Commissioni territoriali.»;

e) all'articolo 6:

1) al comma 2, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «La domanda può essere presentata direttamente dal minore, tramite il genitore.»;

2) al comma 3, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «La domanda del minore non accompagnato puo' essere altresì presentata direttamente dal tutore sulla base di una valutazione individuale della situazione personale del minore.»;

f) all'articolo 7:

1) il comma 1 è sostituito dal seguente:

«1. Il richiedente è autorizzato a rimanere nel territorio dello Stato fino alla decisione della Commissione territoriale ai sensi dell'articolo 32.»;

g) all'articolo 8:

1) al comma 2, dopo il primo periodo è aggiunto il seguente:

«La Commissione territoriale accerta in primo luogo se sussistono le condizioni per il riconoscimento dello status di rifugiato ai sensi dell'articolo 11 del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, e successivamente se sussistono le condizioni per il riconoscimento dello status di protezione sussidiaria ai sensi dell'articolo 17 del medesimo decreto legislativo.»;

2) al comma 3, dopo le parole: «dall'ACNUR» sono inserite le seguenti: «dall'EASO,»;

3) dopo il comma 3, è aggiunto il seguente:

«3-bis. Ove necessario ai fini dell'esame della domanda, la Commissione territoriale può consultare esperti su aspetti particolari come quelli di ordine sanitario, culturale, religioso, di genere o inerenti ai minori. La Commissione, sulla base degli elementi forniti dal richiedente, può altresì disporre, previo consenso del richiedente, visite mediche dirette ad accertare gli esiti di persecuzioni o danni gravi subiti effettuate secondo le linee guida di cui all'articolo 27, comma 1-bis, del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, e successive modificazioni. Se la Commissione non dispone una visita medica, il richiedente può effettuare la visita medica a proprie spese e sottoporne i risultati alla Commissione medesima ai fini dell'esame della domanda.»;

h) all'articolo 10:

1) dopo il comma 1, è inserito il seguente:

«1-bis. Il personale dell'ufficio di polizia di cui al comma 1 riceve una formazione adeguata ai propri compiti e responsabilita'.»;

2) al comma 2, lettera a), le parole: «protezione internazionale;» sono sostituite

dalle seguenti: «protezione internazionale, comprese le conseguenze dell'allontanamento ingiustificato dai centri;»;

3) al comma 2, lettera d), le parole: «protezione internazionale.» sono sostituite dalle seguenti: «protezione internazionale, nonché informazioni sul servizio di cui al comma 2-bis.»;

4) dopo il comma 2, è inserito il seguente:

«2-bis. Al fine di garantire al richiedente un servizio gratuito di informazione sulla procedura di esame della domanda da parte delle Commissioni territoriali, nonché sulle procedure di revoca e sulle modalità di impugnazione delle decisioni in sede giurisdizionale, il Ministero dell'interno stipula apposite convenzioni con l'UNHCR o con enti di tutela dei titolari di protezione internazionale con esperienza consolidata nel settore, anche ad integrazione dei servizi di informazione assicurati dal gestore nelle strutture di accoglienza previste dal presente decreto.»;

5) al comma 4, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «Ove necessario, si provvede alla traduzione della documentazione prodotta dal richiedente in ogni fase della procedura.»;

dopo l'articolo 10, è inserito il seguente:

«Art. 10-bis (Informazione e servizi di accoglienza ai valichi di frontiera).

1. Le informazioni di cui all'articolo 10, comma 1, sono fornite allo straniero che manifesta la volontà di chiedere protezione internazionale ai valichi di frontiera e nelle relative zone di transito nell'ambito dei servizi di accoglienza previsti dall'articolo 11, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286.

2. È assicurato l'accesso ai valichi di frontiera dei rappresentanti dell'UNHCR e degli enti di tutela dei titolari di protezione internazionale con esperienza consolidata nel settore. Per motivi di sicurezza, ordine pubblico o comunque per ragioni connesse alla gestione amministrativa, l'accesso può essere limitato, purché non impedito completamente.»

l) all'articolo 12, dopo il comma 2, è inserito il seguente:

«2-bis. Fuori dei casi previsti dal comma 2, la Commissione territoriale può omettere l'audizione del richiedente proveniente da uno dei Paesi individuati ai sensi dell'articolo 5, comma 1-bis, quando ritiene di avere sufficienti motivi per riconoscere lo status di protezione sussidiaria sulla base degli elementi in suo possesso. In tal caso, la Commissione prima di adottare la decisione formale comunica all'interessato che ha facoltà di chiedere, entro tre giorni dalla comunicazione, di essere ammesso al colloquio e che in mancanza di tale richiesta la Commissione adotta la decisione.»;

m) all'articolo 13:

1) dopo il comma 1, è inserito il seguente:

«1-bis. Nel corso del colloquio, al richiedente è assicurata la possibilità di esporre in maniera esauriente gli elementi addotti a fondamento della domanda ai sensi dell'articolo 3 del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251.»;

2) il comma 3 è sostituito dal seguente:

«3. Il colloquio del minore si svolge innanzi ad un componente della Commissione con specifica formazione, alla presenza del genitore che esercita la responsabilità genitoriale o del tutore, nonché del personale di cui al comma 2. In presenza di giustificati motivi, la Commissione territoriale può' procedere nuovamente all'ascolto del minore anche senza la presenza del genitore o del tutore, fermo restando la presenza del personale di cui al comma 2, se lo ritiene necessario in relazione alla situazione personale del minore e al suo grado di maturità e di sviluppo, nell'esclusivo interesse del minore.»;

3) al comma 4, le parole: «al colloquio.» sono sostituite dalle seguenti: «al colloquio e può chiedere di prendere visione del verbale e di acquisirne copia.»;

n) all'articolo 14:

1) il comma 1 è sostituito dal seguente:

«1. Dell'audizione è redatto verbale di cui viene data lettura al richiedente in una lingua a lui comprensibile e, in ogni caso, tramite interprete. Il verbale è confermato e sottoscritto dall'interessato e contiene le informazioni di cui all'articolo 3, comma 2, del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251. Il richiedente riceve copia del verbale e ha facoltà di formulare osservazioni che sono riportate in calce al verbale, anche per rilevare eventuali errori di traduzione o di trascrizione. La Commissione territoriale adotta idonee misure per garantire la riservatezza dei dati che riguardano l'identità e le dichiarazioni dei richiedenti.»;

2) dopo il comma 2, è aggiunto il seguente:

«2-bis. Il colloquio può essere registrato con mezzi meccanici. La registrazione può essere acquisita in sede di ricorso giurisdizionale avverso la decisione della Commissione territoriale. Ove la registrazione sia trascritta, non è' richiesta la sottoscrizione del verbale di cui al comma 1 da parte del richiedente.»;

o) l'articolo 20 è abrogato;

p) l'articolo 21 è abrogato;

q) l'articolo 22 è abrogato;

r) dopo l'articolo 23, è inserito il seguente:

«Art. 23-bis (Allontanamento ingiustificato).

- 1. Nel caso in cui il richiedente si allontana senza giustificato motivo dalle strutture di accoglienza ovvero si sottrae alla misura del trattenimento nei centri di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, senza aver sostenuto il colloquio di cui all'articolo 12, la Commissione territoriale sospende l'esame della domanda.

2. Il richiedente può chiedere per una sola volta la riapertura del procedimento sospeso ai sensi del comma 1, entro dodici mesi dalla sospensione. Trascorso tale termine, la Commissione territoriale dichiara l'estinzione del procedimento. La domanda presentata dal richiedente successivamente alla dichiarazione di estinzione del procedimento è sottoposta ad esame preliminare ai sensi dell'articolo 29, comma 1-bis. In sede di esame preliminare sono valutati i motivi addotti a sostegno dell'ammissibilità della domanda comprese le ragioni dell'allontanamento.»;

s) all'articolo 26:

1) dopo il comma 2, è inserito il seguente:

«2-bis. Il verbale di cui al comma 2 è redatto entro tre giorni lavorativi dalla manifestazione della volontà di chiedere la protezione ovvero entro sei giorni lavorativi nel caso in cui la volontà è manifestata all'Ufficio di polizia di frontiera. I

termini sono prorogati di dieci giorni lavorativi in presenza di un elevato numero di domande in conseguenza di arrivi consistenti e ravvicinati di richiedenti.»;

2) il comma 4 è abrogato;

3) al comma 5, le parole: «del codice civile, ed informa il Comitato per i minori stranieri» fino alla fine del comma, sono sostituite dalle seguenti: «del codice civile. Il giudice tutelare nelle quarantottore successive alla comunicazione della questura provvede alla nomina del tutore. Il tutore prende immediato contatto con il minore per informarlo della propria nomina e con la questura per la conferma della domanda ai fini dell'ulteriore corso del procedimento di esame della domanda.»;

4) al comma 6, l'ultimo periodo è soppresso;

t) all'articolo 27:

1) al comma 3, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «In tal caso, la procedura di esame della domanda è conclusa entro sei mesi. Il termine è prorogato di ulteriori nove mesi quando:

a) l'esame della domanda richiede la valutazione di questioni complesse in fatto o in diritto;

b) in presenza di un numero elevato di domande presentate simultaneamente;

c) il ritardo è da attribuire all'inosservanza da parte del richiedente degli obblighi di cooperazione di cui all'articolo 11.»;

2) dopo il comma 3, è aggiunto il seguente:

«3-bis. In casi eccezionali, debitamente motivati, il termine di nove mesi di cui al comma 3 può essere ulteriormente prorogato di tre mesi ove necessario per assicurare un esame adeguato e completo della domanda.»;

u) all'articolo 28:

1) al comma 1, le lettere b) e c) sono sostituite dalle seguenti:

«b) la domanda e' presentata da un richiedente appartenente a categorie di persone vulnerabili, in particolare da un minore non accompagnato, ovvero che necessita di garanzie procedurali particolari;

c) la domanda è presentata da un richiedente per il quale è stato disposto il trattenimento nei centri di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286;»;

2) dopo la lettera c) è aggiunta la seguente:

«c-bis) la domanda è esaminata ai sensi dell'articolo 12, comma 2-bis.»;

3) dopo il comma 1, è inserito il seguente:

«1-bis. Ai fini dell'attuazione delle disposizioni di cui al comma 1 e all'articolo 28-bis, il Presidente della Commissione territoriale, sulla base della documentazione in atti, individua i casi di procedura prioritaria o accelerata.»;

4) il comma 2 è abrogato;

v) dopo l'articolo 28, è inserito il seguente:

«Art. 28-bis (Procedure accelerate).

1. Nel caso previsto dall'articolo 28, comma 1, lettera c), appena ricevuta la domanda, la questura provvede immediatamente alla trasmissione della documentazione necessaria alla Commissione territoriale che, entro sette giorni dalla data di ricezione della documentazione, provvede all'audizione. La decisione è adottata entro i successivi due giorni.

2. I termini di cui al comma 1, sono raddoppiati quando:

a) la domanda è manifestamente infondata in quanto il richiedente ha sollevato esclusivamente questioni che non hanno alcuna attinenza con i presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale ai sensi del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251;

b) la domanda è reiterata ai sensi dell'articolo 29, comma 1, lettera b);

c) quando il richiedente presenta la domanda, dopo essere stato fermato per avere eluso o tentato di eludere i controlli di frontiera ovvero dopo essere stato fermato in condizioni di soggiorno irregolare, al solo scopo di ritardare o impedire l'adozione o l'esecuzione di un provvedimento di espulsione o respingimento.

3. I termini di cui ai commi 1 e 2 possono essere superati ove necessario per assicurare un esame adeguato e completo della domanda, fatti salvi i termini massimi previsti dall'articolo 27, commi 3 e 3-bis. Nei casi di cui al comma 1, i termini di cui all'articolo 27, commi 3 e 3-bis, sono ridotti ad un terzo.»

z) all'articolo 29, dopo il comma 1, è aggiunto il seguente:

«1-bis. Nei casi di cui al comma 1, la domanda è sottoposta ad esame preliminare

da parte del Presidente della Commissione, diretto ad accertare se emergono o sono stati addotti, da parte del richiedente, nuovi elementi, rilevanti ai fini del riconoscimento della protezione internazionale. Nell'ipotesi di cui al comma 1, lettera a), il Presidente della Commissione procede anche all'audizione del richiedente sui motivi addotti a sostegno dell'ammissibilità della domanda nel suo caso specifico. Nell'ipotesi di cui al comma 1, lettera b), la Commissione, prima di adottare la decisione di inammissibilità comunica al richiedente che ha facoltà di presentare, entro tre giorni dalla comunicazione, osservazioni a sostegno dell'ammissibilità della domanda e che, in mancanza di tali osservazioni, la Commissione adotta la decisione.»;

aa) all'articolo 30, dopo il comma 1, è aggiunto il seguente:

«1-bis. Quando è accertata la competenza dell'Italia all'esame della domanda di cui al comma 1, i termini di cui all'articolo 27 decorrono dal momento in cui e' accertata la competenza e il richiedente è preso in carico ai sensi del regolamento UE n. 604/2013.»;

bb) all'articolo 32:

1) al comma 1, lettera b), le parole: «, ovvero il richiedente provenga da un Paese di origine sicuro e non abbia addotto i gravi motivi di cui al comma 2» sono soppresse;

2) al comma 1, la lettera b-bis) è sostituita dalla seguente:

«b-bis) rigetta la domanda per manifesta infondatezza nei casi di cui all'articolo 28-bis, comma 2, lettera a).»;

3) il comma 2 è abrogato;

4) al comma 4, il secondo periodo è sostituito dal seguente:

«A tale fine, alla scadenza del termine per l'impugnazione, si provvede ai sensi dell'articolo 13, commi 4 e 5 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, salvo gli effetti dell'articolo 19, commi 4 e 5, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150.»;

cc) all'articolo 35, dopo il comma 2, è aggiunto il seguente:

«2-bis. I provvedimenti comunicati alla Commissione nazionale ovvero alle Commissioni territoriali ai sensi dell'articolo 19, comma 9-bis, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150, sono tempestivamente trasmessi dalle medesime Commissioni territoriali o nazionali al questore del luogo di domicilio del ricorrente, risultante agli atti della Commissione, per gli adempimenti conseguenti.»;

dd) l'articolo 36 è abrogato.

Art. 26. Disposizioni di aggiornamento.

1. Nel decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, le parole: "regolamento (CE) n. 343/2003, del Consiglio, del 18 febbraio 2003," ovunque presenti, sono sostituite dalle seguenti: "regolamento (UE) n. 604//2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013".

2. Nel decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, la parola: "ACNUR" ovunque presente, è sostituita dalla seguente: «UNHCR».

Art. 27. Modifiche al decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150.

1. All'articolo 19 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al comma 2:

1) al primo periodo, dopo le parole: "protezione internazionale" sono aggiunte le seguenti: "o la sezione";

2) al secondo periodo, dopo le parole: "la Commissione territoriale" sono inserite le seguenti: "o la sezione";

3) l'ultimo periodo è sostituito dal seguente: «Nel caso di ricorrenti presenti in una struttura di accoglienza governativa o in una struttura del sistema di protezione di cui all'articolo 1-sexies del decreto-legge 30 dicembre 1989, n. 416, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 1990, n. 39, ovvero trattenuti in un centro di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e' competente il tribunale in composizione monocratica, che ha sede nel capoluogo di distretto di corte di appello in cui ha sede la struttura ovvero il centro.»;

b) al comma 3, il quarto periodo è sostituito dal seguente: «Nei casi di cui all'articolo 28-bis, comma 2, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, e nei casi in cui nei confronti del ricorrente è stato adottato un provvedimento di trattenimento nei centri di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, i termini previsti dal presente comma sono ridotti della metà.»;

c) il comma 4 è sostituito dal seguente:

«4. La proposizione del ricorso sospende l'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato, tranne che nelle ipotesi in cui il ricorso viene proposto:

a) da parte di un soggetto nei cui confronti è stato adottato un provvedimento di trattenimento in un centro di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286;

b) avverso il provvedimento che dichiara inammissibile la domanda di riconoscimento della protezione internazionale;

c) avverso il provvedimento di rigetto per manifesta infondatezza ai sensi dell'articolo 32, comma 1, lettera b-bis), del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, e successive modificazioni;

d) avverso il provvedimento adottato nei confronti dei soggetti di cui all'articolo 28-bis, comma 2, lettera c), del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, e successive modificazioni.»;

d) al comma 5, il secondo periodo è sostituito dai seguenti:

«L'ordinanza di cui all'articolo 5, comma 1, è adottata entro 5 giorni dalla presentazione dell'istanza di sospensione. Nei casi di cui alle lettere b), c) e d), del comma 4, quando l'istanza di sospensione è accolta, al ricorrente è rilasciato un permesso di soggiorno per richiesta asilo.»;

e) dopo il comma 5, è inserito il seguente:

«5-bis. La proposizione del ricorso o dell'istanza cautelare ai sensi del comma 5 non sospende l'efficacia esecutiva del provvedimento che dichiara, per la seconda volta, inammissibile la domanda di riconoscimento della protezione internazionale ai sensi dell'articolo 29, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, e successive modificazioni.»;

f) il comma 9 è sostituito dal seguente:

«9. Entro sei mesi dalla presentazione del ricorso, il Tribunale decide, sulla base degli elementi esistenti al momento della decisione, con ordinanza che rigetta il ricorso ovvero riconosce al ricorrente lo status di rifugiato o di persona cui è accordata la protezione sussidiaria. In caso di rigetto, la Corte d'Appello decide sulla impugnazione entro sei mesi dal deposito del ricorso. Entro lo stesso termine, la Corte di Cassazione decide sulla impugnazione del provvedimento di rigetto pronunciato dalla Corte d'Appello.»;

g) dopo il comma 9 è inserito il seguente:

«9-bis. L'ordinanza di cui al comma 9, nonché i provvedimenti di cui all'articolo 5 sono comunicati alle parti a cura della cancelleria.».

Capo III
Disposizioni finali

Art. 28. Norma finale.

1. Il riferimento all'articolo 5, commi 2 e 7, del decreto legislativo 30 maggio 2005, n. 140, contenuto nell'articolo 13, comma 1, del medesimo decreto legislativo, deve intendersi sostituito dal riferimento all'articolo 14, commi 1 e 4, del presente decreto.

2. Il riferimento all'articolo 6, comma 4, del decreto legislativo 30 maggio 2005, n. 140, contenuto nell'articolo 13, comma 2, del medesimo decreto legislativo, deve intendersi sostituito dal riferimento all'articolo 15, comma 3, del presente decreto.

3. Il riferimento agli articoli 20, commi 2, 3 e 4, nonché agli articoli 35 e 36, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, contenuto nell'articolo 39, comma 5, del medesimo decreto legislativo, deve intendersi sostituito dal riferimento, rispettivamente, agli articoli 9 e 14, comma 4, del presente decreto.

Art. 29. Clausola di invarianza finanziaria.

1. All'attuazione del presente decreto si provvede nei limiti degli stanziamenti di bilancio allo scopo previsti a legislazione vigente e comunque senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

Art. 30. Disposizioni di attuazione.

1. Entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, con regolamento da emanare ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono apportate al regolamento di cui all'articolo 38 del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, le modifiche occorrenti all'attuazione del presente decreto.

Il presente decreto, munito del sigillo dello Stato, sarà inserito nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. È fatto obbligo a chiunque spetti di osservarlo e di farlo osservare.

Fonte: www.olir.it

Presentazione

La sezione di legislazione e giurisprudenza civile del presente numero si caratterizza per l'interesse dei documenti pubblicati, sia legislativi sia giurisprudenziali.

In evidenza, la *Legge 19 ottobre 2015, n. 173*, recante "Modifiche alla legge 4 maggio 1983 n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare", che interviene anche sulla possibilità per la famiglia affidataria di poter adottare il minore in seguito ad un prolungato periodo di affidamento.

Per la parte giurisprudenziale, in evidenza l'ordinanza della *Corte di Cassazione, Sezione Sesta Civile, 24 settembre 2015, n. 19016*, nella quale si esclude l'esenzione dalla tassazione sugli immobili (ICI, oggi IMU) per un complesso immobiliare di proprietà di un Istituto religioso dato in locazione ad una società commerciale.

In tema di delibazione di sentenze ecclesiastiche dichiarative di nullità matrimoniale, di rilievo la seguente decisione: *Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile, Sentenza 6 luglio 2015, n. 13883*, nella quale viene affrontato il rapporto tra delibazione di una sentenza ecclesiastica, tutela della buona fede e ordine pubblico in presenza di un grave difetto di discrezione di giudizio. Segue, in tema di edifici di culto, la sentenza della *Corte di Cassazione, Sezione Seconda Civile, 21 maggio 2015, n. 10481.*

In chiusura, la sentenza della *Corte d'Appello di Roma, 23 dicembre 2015*, avente oggetto il rapporto tra adozione, procreazione medicalmente assistita e unioni tra persone dello stesso sesso.

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

Fonte: Gazzetta Ufficiale 29 ottobre 2015, n. 252

La Camera dei deputati ed il Senato della Repubblica hanno approvato;

IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA
Promulga

la seguente legge:

Art. 1.

1. All'articolo 4 della legge 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni, dopo il comma 5 sono inseriti i seguenti:

«5-bis. Qualora, durante un prolungato periodo di affidamento, il minore sia dichiarato adottabile ai sensi delle disposizioni del capo II del titolo II e qualora, sussistendo i requisiti previsti dall'articolo 6, la famiglia affidataria chieda di poterlo adottare, il tribunale per i minorenni, nel decidere sull'adozione, tiene conto dei legami affettivi significativi e del rapporto stabile e duraturo consolidatosi tra il minore e la famiglia affidataria.

5-ter. Qualora, a seguito di un periodo di affidamento, il minore faccia ritorno nella famiglia di origine o sia dato in affidamento ad altra famiglia o sia adottato da altra famiglia, è comunque tutelata, se rispondente all'interesse del minore, la continuità delle positive relazioni socio-affettive consolidatesi durante l'affidamento.

5-quater. Il giudice, ai fini delle decisioni di cui ai commi 5-bis e 5-ter, tiene conto anche delle valutazioni documentate dei servizi sociali, ascoltato il minore che ha compiuto gli anni dodici o anche di età inferiore se capace di discernimento».

Art. 2.

1. All'articolo 5, comma 1, della legge 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni, l'ultimo periodo è sostituito dal seguente: «L'affidatario o l'eventuale famiglia collocataria devono essere convocati, a pena di nullità, nei procedimenti civili in materia di responsabilità genitoriale, di affidamento e di adottabilità relativi al minore affidato ed hanno facoltà di presentare memorie scritte nell'interesse del minore».

Art. 3.

1. All'articolo 25 della legge 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni, dopo il comma 1 è inserito il seguente:

«1-bis. Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano anche nell'ipotesi di prolungato periodo di affidamento ai sensi dell'articolo 4, comma 5-bis».

Art. 4.

1. All'articolo 44, comma 1, lettera a), della legge 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni, dopo le parole: «stabile e duraturo,» sono inserite le seguenti: «anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento,».

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.

Corte di Cassazione. Sezione Sesta Civile
Ordinanza 24 settembre 2015, n. 19016

Istituto religioso – Attività alberghiera – Locazione – ICI (oggi IMU) – Società di capitali – Immobile non destinato esclusivamente allo svolgimento di attività non commerciali – Frazionamento

Il complesso immobiliare di proprietà di un Istituto religioso, che venga affittato ad una società di capitali che si occupa di attività alberghiera, non può rientrare tra quelli esenti da tributo, in quanto non destinato esclusivamente allo svolgimento di attività non commerciali.

Fonte: www.olir.it

Corte di Cassazione. Sezione Prima Civile
Sentenza 6 luglio 2015, n. 13883

Matrimonio canonico civilmente riconosciuto – Delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale – Grave difetto di discrezione di giudizio – Ordine pubblico – Tutela dell'affidamento – Buona fede del coniuge – Convivenza coniugale protrattasi per oltre un anno – Incapacità psichica

In materia di delibazione della sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità di un matrimonio canonico civilmente riconosciuto per difetto di consenso, le situazioni di vizio psichico assunte dal giudice ecclesiastico come comportanti inettitudine del soggetto, al momento della manifestazione del consenso, a contrarre il matrimonio non si discostano sostanzialmente dall'ipotesi d'invalidità contemplata dall'art. 120 c.c., cosicché è da escludere che il riconoscimento dell'efficacia di una tale sentenza trovi ostacolo in principi fondamentali dell'ordinamento italiano. In particolare, tale contrasto non è ravvisabile sotto il profilo del difetto di tutela dell'affidamento della controparte, poiché, mentre in tema di contratti la disciplina generale dell'incapacità naturale dà rilievo alla buona o malafede dell'altra parte, tale aspetto è ignorato nella disciplina dell'incapacità naturale, quale causa d'invalidità del matrimonio, essendo in tal caso preminente l'esigenza di rimuovere il vincolo coniugale inficiato da vizio psichico.

Fonte: www.olir.it

Corte di Cassazione. Sezione Seconda Civile
Sentenza 21 maggio 2015, n. 10481

Leggi eversive – Chiesa ex conventuale – Fondo Edifici di culto – Complesso conventuale – Enti ecclesiastici – Pertinenze – Rettoria – Edifici di culto – Chiesa aperta al culto – Esercizio delle funzioni religiose

L'attribuzione della personalità giuridica alle chiese ex conventuali comportava, ai sensi del Concordato del 1929, il diretto trasferimento della proprietà del complesso degli edifici sacri dal Fondo Edifici di Culto, successore dell'originario Fondo per il Culto, al riconosciuto ente - chiesa. Tutto ciò con conseguente irrilevanza della stessa successione, nel tempo, dei suddetti Fondi e con conseguente identificazione del complesso dei beni in questione fra quelli aventi specifica destinazione vincolata all'esercizio del culto (e, quindi, come tali assegnati a quei Fondi). Va, in proposito, rammentato come solo le chiese ex conventuali, già appartenenti alle case religiose a suo tempo soppresse con le leggi eversive e - si badi - chiuse al culto, potevano essere attribuite al demanio dello Stato e, quindi, considerate demaniali e diversamente utilizzate. Pertanto nella fattispecie in esame non si verte in ipotesi di tal genere attesa la vincolante e continuativa destinazione della chiesa all'esercizio delle funzioni religiose.

Fonte: www.olit.it

Corte d'Appello di Roma
Sentenza 23 dicembre 2015

Minori – Procreazione medicalmente assistita eterologa – Unioni tra persone dello stesso sesso – Adozione – ***Stepchild adoption***

La Corte d'Appello di Roma ha rigettato il ricorso del P.M. avverso la sentenza del Tribunale per i minorenni di Roma del 30 luglio 2014 che aveva disposto l'adozione di una bambina da parte della compagna della madre. I giudici d'appello affermano, infatti, che quando vi sia una stabile relazione genitore/figlio, l'art. 44 lett. d della Legge n. 184 del 1983 consente di disporre l'adozione, dovendosi cioè valutare se nel caso concreto l'adozione avvenga nell'interesse del minore.

Fonte: www.olir.it

Presentazione

Questo numero della rubrica è dedicato in particolar modo alla giurisprudenza, con numerose sentenze interessanti e molto recenti.

Relativamente alla laicità: in Francia si consolida l'orientamento giurisprudenziale che ritiene rifiutabile la cittadinanza francese a chi non accettasse la *laïcité*, quand'anche avesse tutti gli altri elementi previsti dalla normativa; sempre in Francia, essendo lo Stato laico, si esclude a priori che un Sindaco possa aver pronunciato in tale qualità frasi interpretabili come esprimenti odio religioso; l'uso delle campane della chiesa per motivi civili non viola la legge di Separazione, come pure non la viola il fatto di tutelare due chiese sotto il profilo paesaggistico; se un'associazione cultuale viene messa in liquidazione, i suoi edifici di culto possono essere demoliti immediatamente, senza bisogno d'attendere la fine del relativo iter amministrativo; negli Stati Uniti, invece, citare la Bibbia e la volontà di Dio in un'arringa in cui si chiedesse la pena di morte costituisce subornazione di giuria; e, sempre negli Stati Uniti, le Forze dell'Ordine possono infiltrare alcune moschee senza che ciò costituisca discriminazione religiosa.

Relativamente alla libertà religiosa: citiamo la recentissima sentenza russa contro Scientology; in Francia, poi, non bastano persecuzioni religiose generiche per ottenere lo *status* di rifugiato; ancora in Francia, l'appartenenza d'uno dei due genitori a determinate confessioni religiose può giustificare l'affido della prole ai servizi sociali; in Australia, infine, la libertà di manifestare le proprie opinioni religiose si estende anche ai membri in servizio delle Forze Armate.

Relativamente alla Chiesa cattolica: in Francia, gli anni di noviziato religioso non si calcolano ai fini pensionistici; in caso di disaccordo fra genitori sul Battesimo ai figli, vanno sentiti questi ultimi (Francia); in Germania, l'obbligo di pagare la tassa ecclesiastica non viola la libertà religiosa, ed una scuola confessionale cattolica è tenuta, nelle iscrizioni, a dare le priorità ai bambini cattolici.

Relativamente all'Ebraismo: invitare al boicottaggio dei prodotti israeliani equivale ad incitare all'odio religioso contro gli Ebrei (Francia).

Relativamente alla Chiesa evangelica: una sentenza ecclesiastica che riconoscesse un credito può essere fatta valere ricorrendo ai tribunali civili dello Stato (Germania).

FRANCIA

CAA Nantes, n. 15NT01542, del 27 novembre 2015, inedita sul Massimario Lebon
CAA Nantes, n. 14NT02533, del 12 giugno 2015, inedita sul Massimario Lebon

La mancata accettazione della *laïcité* come elemento essenziale dei principî repubblicani e dei valori della comunità nazionale è motivo sufficiente per negare la cittadinanza francese, pur essendovi tutti gli altri requisiti richiesti dalla legge.

http://nantes.cour-administrative-appel.fr/

CAA Marseille, n. 5MA02074, del 2 luglio 2015, inedita sul Massimario Lebon

Un consiglio comunale non può estendere la protezione funzionale al proprio Sindaco, facendosi cioè carico delle spese processuali, nel caso in cui questi ricorra in appello contro una sentenza di primo grado che lo condanna per incitamento all'odio religioso.

Le frasi interpretate come esprimenti quest'incitamento, peraltro, non sono contestate dal sindaco, che riconosce di averle pronunciate, ma rivendica d'averlo fatto in un discorso politico pronunziato in qualità di sindaco, e quindi coperto dalla protezione funzionale. La CAA respinge questa tesi, affermando che le frasi *de quibus* siano da ascrivere al privato cittadino, dato che un sindaco della Repubblica francese, che è laica, non può in nessun caso aver pronunciato in qualità di sindaco frasi interpretabili come esprimenti odio religioso.

http://marseille.cour-administrative-appel.fr/

CE, n. 374601, del 14 ottobre 2015, citato nel Massimario Lebon

Il fatto che un Comune utilizzi le campane della chiesa per uso civile e non religioso, oltre all'eccezione del loro uso come segnale d'allarme (già prevista ed ammessa dalla *loi de Séparation*), non costituisce violazione del principio di *laïcité*.

http://www.conseil-etat.fr/

CAA Paris, n. 14PA00378, del 3 dicembre 2015, inedita sul Massimario Lebon

Rifiutare il permesso d'installare un parco eolico in prossimità di due chiese, anche perché esso "presenterebbe un impatto visivo negativo" per le due chiese, non costituisce violazione della *loi de Séparation*, né del principio di *laïcité*.

http://paris.cour-administrative-appel.fr/

CAA Paris, n. 14PA03653, del 3 dicembre 2015, inedita sul Massimario Lebon

L'edificio di culto d'un'associazione cultuale in liquidazione amministrativa può essere demolito, per utilizzare il suo spazio urbano e costruirvi abitazioni, anche prima che la suddetta liquidazione abbia avuto formalmente termine, a nulla rilevando ch'esso venga nel frattempo ancora utilizzato *de facto* per funzioni cultuali.

http://paris.cour-administrative-appel.fr/

STATI UNITI D'AMERICA

United States District Court, S.D. California, Roybal vs Davis, del 2 dicembre 2015

Seppur in un processo per omicidio premeditato, un procuratore distrettuale non può chiedere una condanna a morte con un'arringa basata su citazioni letterali di passi della Bibbia favorevoli alla pena di morte, ed affermando che chi avesse votato contro sarebbe andato contro la volontà di Dio: ciò è inammissibile, dato che eventualmente la pena di morte può essere comminata perché prevista dalle leggi dello Stato e non da quanto dica la Bibbia, ed è anche un'indebita pressione psicologica sulla giuria, e perciò la condanna a morte ottenuta è nulla.

https://www.casd.uscourts.gov/SitePages/Home.aspx

U.S. 9th Circuit Court of Appeals, Fazada vs FBI, del 7 dicembre 2015

Nell'infiltrare proprî agenti in alcune moschee della California meridionale sospettate di fare propaganda fondamentalista, l'FBI non ha compiuto discriminazione religiosa, e non è tenuta a rivelare quanto appreso perché ciò potrebbe mettere in pericolo gli agenti infiltrati.

http://www.ca9.uscourts.gov/

RUSSIA

Tribunale di Mosca, n. 3-001/2015, del 23 novembre 2015

Dal momento che vi sono discrepanze fra gli statuti dell'associazione "Chiesa di Scientology di Mosca" con la legge federale sulla libertà di coscienza e le associazioni religiose, e poiché "Scientology" è un marchio registrato di proprietà del Religious Technology Center, negli Stati Uniti, Scientology non può essere considerata come un'organizzazione religiosa, essa dev'essere cancellata dal registro delle persone giuridiche, sezione gruppi religiosi, ed è stata istituita una commissione per la sua liquidazione entro 6 mesi.

http://www.mos-gorsud.ru/

FRANCIA

CAA Bordeaux, n. 15BX00690, del 23 giugno 2015, inedita sul Massimario Lebon

Un cittadino ucraino di religione yazida chiede lo status di rifugiato in Francia asserendo che, a seguito della situazione politica gravemente compromessa e degli scontri militari, egli nel suo Paese patirebbe persecuzioni per motivi religiosi.

La Corte respinge l'istanza, affermando che indubbiamente in Ucraina al momento vi sia una situazione politico-militare molto difficile, e tuttavia che se vi sono discriminazioni od atti di odio religioso, non risulta siano contro gli Yazidi: per ottenere lo status di rifugiato per motivi religiosi non è sufficiente che nel proprio Stato di provenienza vi siano discriminazioni religiose in generale, è necessario che siano dirette contro la confessione religiosa cui si appartiene.

http://bordeaux.cour-administrative-appel.fr/

Cour de Cassation, Ière chambre, n. 14/15354, del 10 giugno 2015

L'appartenenza al movimento raeliano del compagno della madre d'una bambina affidata ai servizi sociali, e di cui la madre chiede il ritorno in famiglia, costituisce valido motivo per rifiutare la revoca del provvedimento *de quo*, dato che il movimento raeliano sostiene "*la libération sexuelle des individus ainsi que l'éveil sexuel des jeunes enfants*", e che la bambina ha mostrato "*comportements sexualisés […] relevés tant par les services éducatifs que par l'expert psychologue, comportements s'exprimant au moment du coucher mais également en journée, à la vue d'autres enfants, sans pudeur et dans n'importe quel espace*".

https://www.courdecassation.fr/

AUSTRALIA

Federal Court of Australia, Gaynor v Chief of the Defence Force, del 4 dicembre 2015

Anche gli appartenenti alle Forze Armate possono esprimere liberamente la propria opinione in materia religiosa, anche in servizio, a titolo personale, senza violare l'obbligo di neutralità dello Stato.

http://www.fedcourt.gov.au/

Chiesa cattolica

FRANCIA

Cour de Cassation, IIème chambre civile, n. 14/20766, del 18 giugno 2015

Il periodo del noviziato religioso, vale a dire quello prima di pronunziare i voti definitivi o perpetui, non può rientrare nel computo dei calcoli per il calcolo della pensione ai religiosi.

https://www.courdecassation.fr/

Cour de Cassation, Ière chambre civile, n. 14/23724, del 23 settembre 2015

Conflitto di potestà genitoriali fra un padre che desidera battezzare i due figli di 6 e 7 anni, e la madre che non lo desidera.

Decisione demandata al giudice "aux affaires familiales", che nega l'autorizzazione al Battesimo.

Impugnazione in Cassazione, che conferma il divieto affermando che, senza violare la libertà religiosa del padre, il Battesimo non sarebbe nell'interesse dei minori, dato che, espressamente interrogati al riguardo, essi non capiscono cosa esso sia e non desiderano riceverlo.

https://www.courdecassation.fr/

GERMANIA

VG Koblenz, n. 5/K71028-14.KO, del 21 agosto 2015

L'obbligo della tassa ecclesiastica non costituisce una violazione della libertà religiosa. Ogni confessione religiosa prevede determinati obblighi per i proprî fedeli. Nessuno è obbligato ad aderire ad una confessione religiosa né a restarvi, ma finché ne fa parte è tenuto a rispettarne le direttive, compreso il *Kirchensteuer*.

http://www.mjv.rlp.de/Gerichte/Fachgerichte/Verwaltungsgerichte/VG-Koblenz/

VG Aachen, n. 9/L/661-15, dell'11 agosto 2015

Una scuola elementare confessionale cattolica nell'ammissione degli scolari deve dare la priorità a quelli cattolici.

http://www.vg-aachen.nrw.de/

Ebraismo

FRANCIA

Cour de Cassation, chambre criminelle, n. 14/80021, del 20 ottobre 2015

Fare propaganda contro l'acquisto dei prodotti israeliani costituisce incitamento all'odio per motivi religiosi.

https://www.courdecassation.fr/

GERMANIA

BVwG, sentenza 6/C/21-14, del 25 novembre 2015

Per ottenere il pagamento di crediti nascenti da una sentenza d'un tribunale ecclesiastico è possibile proporre azione dinanzi i tribunali civili statali: chi riconosce la giurisdizione d'un tribunale ecclesiastico, rivolgendovisi come attore o intervenendo come convenuto, non può poi disconoscerne le sentenze contenenti ordini di pagamento.

http://bverwg.de/

Presentazione

di Vincenzo Maiello

La sezione di 'Giurisprudenza e legislazione penale' di questo numero della Rivista riporta diverse massime interessanti e si segnala, in particolare, la sentenza Sez. pen. V, sentenza 28 ottobre 2015, n. 43488, la quale fornisce una chiara interpretazione della circostanza aggravante della discriminazione, tra l'altro, religiosa, di cui all'art. 3 D.L. n. 122 del 1993, indicando che l'imputazione della stessa prescinde da un'indagine autonoma sull'elemento soggettivo, dovendosi procedere dall'analisi delle modalità lesive della condotta che si vale del disprezzo per l'altro da sé. Si precisa al riguardo che l'aggravante è integrata quando l'azione si manifesti come consapevole esteriorizzazione, immediatamente percepibile nel contesto in cui è maturata, avuto riguardo anche al comune sentire, di un sentimento di avversione o di discriminazione fondato, tra l'altro, sulla religione, cioè di un sentimento immediatamente percepibile come connaturato alla esclusione di condizioni di parità. Non è, invece, necessario che la condotta incriminata sia destinata o, quanto meno, potenzialmente idonea a rendere percepibile all'esterno, e quindi a suscitare, il riprovevole sentimento o, comunque, il pericolo di comportamenti discriminatori o di atti emulatori, anche perché ciò comporterebbe la irragionevole conseguenza di escludere l'aggravante in parola nelle ipotesi in cui l'azione lesiva si svolgesse in assenza di terze persone. Dunque, il riferimento è alla modalizzazione lesiva della condotta e non anche alla mozione soggettiva dell'agente. Significa che, una volta oggettivatasi la finalità in un consapevole comportamento esteriore, non è necessaria alcuna indagine sul teleologismo soggettivo. Quindi, qualora l'agente nel commettere il reato scelga consapevolmente modalità fondate sul disprezzo religioso, deve ritenersi che lo stesso persegua la finalità che caratterizza l'aggravante in questione a prescindere dal movente che abbia innescato la condotta e che può essere anche di tutt'altra natura. Ne deriva che l'aggravante dell'odio razziale deve ritenersi integrata ogniqualvolta l'azione si rapporti, nell'accezione corrente, al pregiudizio manifesto di inferiorità di una religione. Il fine dell'azione lo si trae, pertanto, in forma oggettivizzata, dall'azione lesiva, di fatto strumentalizzata all'odio od alla discriminazione. L'*accidentalis delicti* in questione si configura ed opera poi, come emerge dalla piana lettura del dettato normativo, anche in riferimento ai fatti espressivi di odio e di discriminazione etnica, nazionale o religiosa. La circostanza aggravante è configurabile, in sintesi, per il solo fatto dell'impiego di modalità di commissione del reato consapevolmente fondate sul disprezzo religioso, restando irrilevanti le ragioni, che possono essere anche di tutt'altra natura, alla base della condotta

Viene poi in rilievo Sez. pen. III, sentenza 13 ottobre 2015, n. 41044 che affronta il problema della configurabilità del delitto di vilipendio alla religione cattolica, integrato quando un soggetto espone un'opera che pone la effige del Papa accanto a quella del suo collaboratore più stretto e colloca fra di esse l'immagine del membro maschile, non costituendo un'espressione interpretabile in termini artistici, ma, per le obiettive caratteristiche delle riproduzioni, una manifestazione indecorosa ed offensiva nell'accezione dell'uomo medio. In tale contesto si precisa che, in materia religiosa, la critica è lecita quando si traduca nella espressione motivata e consapevole di un apprezzamento diverso e talora antitetico, risultante da una indagine condotta,

con serenità di metodo, da persona fornita delle necessarie attitudini e di adeguata preparazione, mentre trasmoda in vilipendio quando manifesti un atteggiamento di disprezzo verso la religione cattolica, disconoscendo alla istituzione e alle sue essenziali componenti (dogmi e riti) le ragioni di valore e di pregio ad essa riconosciute dalla comunità, e diventi una mera offesa fine a se stessa.

Si segnala, ancora, Sez. pen. III, sentenza 24 giugno 2015, n. 38613, in cui la Suprema Corte afferma che ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 403 cod. pen. non occorre che le espressioni offensive siano rivolte a fedeli ben determinati, ma è sufficiente, trattandosi di reato di pericolo astratto nei quali il giudice non deve accertare in concreto un pericolo, che le stesse siano genericamente riferibili alla indistinta generalità degli aderenti alla confessione religiosa.

Infine, vengono riportate Sez. pen. I, sentenza 8 luglio 2015, n. 39542, secondo cui non è invocabile l'esimente dell'art. 384 c.p. per colui che, chiamato a deporre come teste, rifiuta di prestare il giuramento, asserendo che ciò sarebbe disonorante per lui, perché vietato dalla sua religione; e Sez. pen. III, sentenza 15 settembre 2015, n. 41821, alla cui stregua il reato di offesa alle confessioni religiose può essere integrato attraverso la distruzione, il deterioramento o l'imbrattamento di un edificio di culto.

Corte di Cassazione. Sezione Terza Penale. Sentenza 24 giugno 2015, n. 38613

Reati contro la pietà dei defunti e il sentimento religioso- In genere – Offese alla confessione cattolica mediante vilipendio di persone – Reato – Configurabilità – Necessità che l'offesa sia rivolta a fedeli determinati – Esclusione – Offese rivolte genericamente agli aderenti alla confessione religiosa – Sufficienza

Ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 403 cod. pen. (offese ad una confessione religiosa mediante vilipendio di persone) non occorre che le espressioni offensive siano rivolte a fedeli ben determinati, ma è sufficiente che le stesse siano genericamente riferibili alla indistinta generalità degli aderenti alla confessione religiosa. (In motivazione la Corte, nell'enunciare il predetto principio, ha precisato che la norma protegge il sentimento religioso di per sè, sanzionando le pubbliche offese verso lo stesso, attuate mediante vilipendio dei fedeli di una confessione religiosa o dei suoi ministri).

Corte di Cassazione. Sezione Prima Penale. Sentenza 8 luglio 2015, n. 39542

Esimente di cui all'art. 384 c.p. – Motivi religiosi – Esclusione

Non può invocare l'esimente dell'art. 384 c.p. (sotto il profilo del nocumento all'onore) colui che, chiamato a deporre come teste, rifiuta di prestare il giuramento, asserendo che ciò sarebbe disonorante per lui, perché vietato dalla sua religione: infatti l'atto richiesto, sotto il profilo oggettivo, non è tale da produrre un nocumento grave e irreparabile.

Corte di Cassazione. Sezione Terza Penale. Sentenza 15 settembre 2015, n. 41821

Religione (Reati contro) – Offese alla confessione religiosa mediante vilipendio di cose – Elemento oggettivo

Il reato di offesa alle confessioni religiose ben può essere integrato attraverso la distruzione, il deterioramento o l'imbrattamento di un edificio di culto.

Corte di Cassazione. Sezione Terza Penale. Sentenza 13 ottobre 2015, n. 41044

Reati contro la pietà dei defunti e il sentimento religioso – In genere – Offese alla religione cattolica mediante vilipendio di persone – Espressione figurativa – Manifestazione del diritto di critica della religione cattolica – Reato – Configurabilità – Condizioni – Fattispecie.

Integra l'ipotesi di vilipendio alla religione cattolica la condotta dell'imputato che aveva esposto un'opera che andava a colpire il Papa, al vertice della struttura ecclesiastica, ponendone la sua effigie - con ciò facendo intendere rapporti interpersonali di natura non consentita a chi ha fatto voto di castità - accanto a quella del suo collaboratore più stretto e, collocando fra di esse, l'immagine del membro maschile, non costituendo un'espressione interpretabile in termini artistici, ma, per le obiettive caratteristiche delle riproduzioni, una manifestazione indecorosa ed offensiva nell'accezione dell'uomo medio.

In materia religiosa, la critica è lecita quando - sulla base di dati o di rilievi già in precedenza raccolti o enunciati - si traduca nella espressione motivata e consapevole di un apprezzamento diverso e talora antitetico, risultante da una indagine condotta, con serenità di metodo, da persona fornita delle necessarie attitudini e di adeguata preparazione, mentre trasmoda in vilipendio quando - attraverso un giudizio sommario e gratuito - manifesti un atteggiamento di disprezzo verso la religione cattolica, disconoscendo alla istituzione e alle sue essenziali componenti (dogmi e riti) le ragioni di valore e di pregio ad essa riconosciute dalla comunità, e diventi una mera offesa fine a se stessa. (Nella fattispecie, la S.C. ha ritenuto corretta la valutazione del giudice di merito che aveva ravvisato il reato di cui all'art. 403 cod. pen. nella condotta di imputato il quale aveva realizzato ed esposto nel centro di Milano un trittico raffigurante il Papa ed il suo segretario personale accostati ad un pene con testicoli con la didascalia "Chi di voi non è culo scagli la prima pietra").

Corte di Cassazione. Sezione Quinta Penale. Sentenza 28 ottobre 2015, n. 43488

Aggravante di cui all'art. 3 d.l. n. 122/1993 – Coefficiente di imputazione soggettiva

L'imputazione dell'aggravante di cui all'art. 3 d.l. n. 122/1993 prescinde da un'indagine autonoma sull'elemento soggettivo, dovendosi procedere dall'analisi delle modalità lesive della condotta che si vale del disprezzo per l'altro da sé.

Presentazione

La rassegna di giurisprudenza tributaria in questo numero della Rivista segnala tre pronunce.

In primis non manca una sentenza sulla *vexata quaestio* delle condizioni, affinché un immobile "religioso" possa godere dell'esenzione dall'Ici. Al riguardo, la Commissione tributaria provinciale di Genova richiede una prova estremamente rigorosa dell'utilizzazione del cespite a fini religiosi. In particolare, si è statuito che tale prova non sia integrata dalla sola destinazione dell'immobile a residenza di parroci e di suore, occorrendo, invece, che ciò sia provato dai documenti dell'anagrafe comunale.

Un altro pronunciamento della giurisprudenza ligure, questa volta della Commissione tributaria regionale, si occupa della legittimità dell'attribuzione della rendita catastale a un immobile destinato al culto. Qui il ricorrente contestava l'atto dell'Ufficio sulla base dell'asserita irrilevanza reddituale del cespite. Il giudice tributario, in modo ineccepibile, ha respinto il ricorso; infatti, dall'eventuale irrilevanza reddituale dell'immobile utilizzato come luogo di culto non se ne può far discendere la non attribuzione della rendita catastale. Questa conseguenza ricorre in caso di classificazione catastale in categoria E/7, che comprende immobili, in via di principio, insuscettibili di destinazione diversa dal culto pubblico senza radicali trasformazioni strutturali. Al di fuori di questa ipotesi, e, in particolare, in presenza di immobili, che, strutturalmente, potrebbero essere polifunzionali, ferma restando l'ipotesi di irrilevanza reddituale, è legittimo procedere all'attribuzione della rendita catastale.

Infine, si riporta la sentenza della Commissione tributaria regionale per la Campania, che torna su una questione già affrontata, in termini totalmente diversi, da un'altra sentenza, pubblicata sull'ultimo numero della Rivista. Oggetto di controversia è la richiesta del "contributo per giardinaggio, nettezza e decoro", previsto da una disposizione regolamentare del Comune di Napoli, contro la quale, in entrambi i casi, ricorrono delle confraternite, aventi in gestione cappelle cimiteriali.

Nella sentenza pubblicata nello scorso numero, la Commissione tributaria di Napoli aveva dichiarato illegittimo il tributo *de quo*, in quanto lo stesso, assimilabile alla Tarsu, era commisurato al numero di sepolture e non alla dimensione dell'immobile soggetto a tassazione.

Nella sentenza pubblicata *infra*, invece, la Commissione tributaria regionale per la Campania, confermando la decisione di I grado, declina la propria giurisdizione attribuendola al giudice amministrativo. Secondo la Commissione, il contributo, di cui è causa, non è assimilabile alla TARSU, ma rappresenta il corrispettivo di servizi resi nell'ambito di un rapporto di concessione di un bene demaniale, nella specie di aree cimiteriali.

Commissione tributaria regionale per la Liguria, Sez. IV, 18 giugno 2015, n. 734

Immobile adibito al culto – Irrilevanza reddituale -Attribuzione di rendita catastale – Legittimità

È legittimo l'operato dell'Ufficio che emetta un atto di accertamento della rendita catastale di un immobile destinato al culto, nonostante l'irrilevanza del cespite ai fini reddituali.

Commissione tributaria provinciale di Genova, Sez. X, sentenza 15 ottobre 2015, n. 2100

Ici – Immobili di una parrocchia – Mancata prova in concreto della natura non commerciale dell'attività svolta –Esenzione – Non compete

Ai fini dell'esenzione dall'Ici, di cui all'art. 7, comma primo, lett. i, del d.lgs. n. 504 del 1992, non è sufficiente che l'ente ecclesiastico proprietario, nella specie una parrocchia, abbia natura non commerciale, ma occorre la prova in concreto che l'immobile sia utilizzato per attività senza fine di lucro. Nel caso in questione non è stata ritenuta sufficiente l'attestazione che l'immobile fosse destinato a residenza di parroci e suore, essendo, invece, necessaria una certificazione dell'anagrafe comunale.

Commissione tributaria regionale per la Campania, Sez. XVIII, 22 settembre 2015, n. 8399

Contributo per giardinaggio, nettezza e decoro delle aree cimiteriali - TARSU – Cappelle cimiteriali gestite da una confraternita – Non configurabile come tassa sui rifiuti solidi urbani – Carenza di giurisdizione tributaria – Giurisdizione del giudice amministrativo

Il "contributo per giardinaggio, nettezza e decoro", imposto dal Comune di Napoli a carico di una confraternita con finalità di gestione di cappelle cimiteriali, non è assimilabile alla TARSU, ma rappresenta il corrispettivo per servizi erogati dall'amministrazione comunale nell'ambito della concessione di un'area demaniale a favore di un ente religioso.

Svolgimento del processo

L'Arciconfraternita ….. impugnava l'avviso di pagamento n. 12/2011, avente per oggetto il contributo per giardinaggio, nettezza e decoro delle aree cimiteriali assegnatele in concessione, dovuto al Comune di Napoli, per gli anni 2009-2011 … .Deduceva che: - ai sensi dell'art. 62 del D.Lgs. n. 507/1993, la TARSU non sarebbe applicabile alle aree cimiteriali, trattandosi di locali destinati a raccogliere e conservare le spoglie di persone decedute, improduttivi di qualsivoglia tipologia di rifiuti; - l'art. 4, comma 1, del regolamento comunale ex art. 68 del D.Lgs. n. 507/1993 n. 251 del 27 giugno 1994 esonererebbe dalla TARSU i locali adibiti al culto religioso, quali, appunto, le cappelle cimiteriali; - gli importi richiesti risulterebbero determinati in rapporto al numero di nicchie o tumuli esistenti, anziché in rapporto alle superfici utili dei locali: - la tassa richiesta sarebbe dovuta non già dal concessionario dell'arca cimiteriale, bensì dai singoli occupanti/detentori dei loculi. Chiedeva l'accoglimento del ricorso con vittoria di spese e la pubblica udienza. Il Comune di Napoli non si costituiva in giudizio. Costituitosi il contraddittorio nei termini essenziali sopra succintamente esposti, la Commissione Tributaria Provinciale di Napoli, sez. 18, all'udienza del 21/3/2014, con sentenza n. 23581, dichiarava il proprio difetto di giurisdizione e indicava nel giudice amministrativo l'autorità munita di giurisdizione, dinanzi alla quale la causa andrà riassunta. Nulla per le spese. La ricorrente in data 27111/2014 presentava appello, riteneva ingiusta la sentenza emessa, legittimo il proprio operato, si riportava integralmente a quanto espresso, chiedeva l'accoglimento dell'appello e la pubblica udienza con vittoria di spese del doppio grado di giudizio. All'odierna udienza, assenti le parti in causa, dopo l'esposizione dei fatti ad opera del Giudice relatore, la causa veniva riservata a decisione.

Motivi della sentenza

La Commissione, esaminati gli atti e valutate le argomentazioni, ritiene che l'appello è infondato e non meritevole di accoglimento. Il Collegio osserva che la

norma applicata dall'amministrazione intimata ed espressamente richiamata nell'atto impugnato è l'art. 54 del regolamento comunale di polizia mortuaria e dei servizi funebri e cimiteriali, approvato con deliberazione consiliare n. 11 del 21 febbraio 2006. In particolare, a mente di tale disposizione regolamentare (rubricata "tipologia delle tariffe"): "i servizi cimiteriali così come precisati dal presente regolamento, si distinguono generalmente in servizi gratuiti e servizi a pagamento" (comma 1); - "i servizi a pagamento sono ... il giardinaggio e la nettezza delle aree cimiteriali" e la "manutenzione degli spazi e delle infrastrutture cimiteriali" (comma 3, lett. d ed e). Quella richiesta alla ricorrente è, dunque, non una tassa sui rifiuti solidi urbani - come erroneamente inferito nell'esperito gravame bensì un canone-tariffa riconducibile al rapporto di concessione in uso di bene demaniale (area cimiteriale) in favore di un ente religioso ed ai servizi (giardinaggio, nettezza e decoro) erogati dall'amministrazione comunale a beneficio del concessionario. Tale considerazione induce a declinare la giurisdizione dell'adita Commissione tributaria, versandosi in ipotesi coinvolgente l'esercizio di poteri discrezionali inerenti alla determinazione, e, prima ancora, alla spettanza del corrispettivo dovuto nell'ambito di un rapporto concessionario; ipotesi in relazione alla quale il giudice amministrativo ha, peraltro, pacificamente ritenuto la propria giurisdizione (cfr., con riguardo al servizio di giardinaggio, nettezza e decoro, Cons. Stato, sez. V, 7 ottobre 2009, n. 6132; 19 novembre 2009. n. 7258; con riguardo al servizio di illuminazione votiva, TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 20 maggio 2013, n. 1441). Per le argomentazioni esposte, il Collegio dichiara il difetto di giurisdizione dell'adita Commissione tributaria, dovendosi indicare nel giudice amministrativo l'autorità dinanzi alla quale la domanda proposta andrà riassunta. Il Collegio ritiene giusta e condivisibile la decisione dei giudici di prime cure. Poiché le parti non si sono costituite, le spese non vengono attribuite. La circostanza è confermata e suffragata dalla documentazione regolarmente acquisita agli atti processuali.

P.Q.M.

Rigetta l'appello e conferma la decisione di primo grado. Nulla per le spese. Così deciso in Napoli, nella sede della Commissione Tributaria Regionale Sez. 18-19/5/2015.

Diritto e religioni

PARTE III

Letture

Magdi Cristiano Allam, «*Il Corano*», Elledici Leumann, Torino, 2008, edizione speciale per *Il Giornale*, Biblioteca delle libertà, 2015, pp. I-XLII e 1-400.

Il proposito di misurarsi con il commento del Corano è, per ogni studioso che vi si accinga, un fatto di per sé denso di implicazioni spirituali, e persino di notevoli condizionamenti culturali[1]. Quando poi l'autore sia un intellettuale reduce dall'esperienza di un lacerante «transito» nel credo confessionale, questo impegno diviene un evento di rara intensità. È questo il caso – proprio in virtù del confessato «travaglio particolarmente sentito e sofferto» (p. XI) dall'Islam giovanile al cristianesimo dell'età adulta – della lettura del Corano prospettata da Magdi Cristiano Allam.

L'analisi proposta viene infatti arricchita da personali convincimenti e da un sostrato culturale vasto e profondo, ma anche da un atteggiamento critico e distaccato che rende il volume un *unicum*, nel pur ricco panorama della letteratura di commento del testo sacro dell'Islam. Un'analisi che, probabilmente, apparirà agli occhi dell'ortodossia più intransigente persino irriverente e blasfema. Basti pensare alla «aurea mediocrità» che, secondo Allam, circoscrive talvolta i comportamenti dei fedeli maomettani[2], o al frequente tratteggio di una natura tanto umana del Profeta da dedurne la «peccabilità»[3]. Si tratta, tuttavia, di una lettura che intende principalmente suscitare la riflessione, specialmente all'indirizzo del comprensivo occidente, più possibilista ad accogliere la dimensione umana del divino.

La posizione spirituale, diremo, ideologico-spirituale, prima che di tipo scientifico-metodologico, è espressa nella Prefazione (pp. VII-XVIII), laddove l'A. precisa che

---

[1] Il retroterra della cultura musulmana di Allam emerge chiaramente nell'atteggiamento di rispetto reverenziale con cui si avvicina al Libro sacro: testo che può essere «spiegato», ma non *«criticato», essendo parola diretta* ed immutabile di Dio, salvo intraprendere una pratica dottrinalmente non solo infruttuosa, ma impossibile e, semmai, peccaminosa.

[2] Tra le norme di comportamento che descrivono questo atteggiamento di compromesso etico, cfr. XLII, «*La consultazione*», n. 11, p. 253 o, in materia di cd. «divorzio revocabile» o di adulterio, LXV, «*Il divorzio*», nn. 1-6, p. 303. Vedi, ancora, VII, «*L'alto limbo*», n. 6, p. 86, in cui l'Islam, a differenza del cristianesimo, appare come la religione del «giusto mezzo», totalmente estranea all'eroismo evangelico.

[3] Il tema della «peccabilità» di Maometto è espresso in molte occasioni, ma l'A. riferisce anche l'opposto avviso dei commentatori musulmani, per i quali l'assoluta infallibilità del Profeta non è in discussione. Cfr. XCIII, «*Il mattino*», n. 4, p. 343; XCIV, «*L'apertura*», n. 1, p. 344; IV, «*Le donne*», n. 18, p. 58. Per Allam, beninteso, l'umanizzazione del Profeta non comporta valutazioni necessariamente negative, mettendone anzi in luce il pregio della sincerità nel trasmettere le rivelazioni, anche quando a lui stesso avverse. In tal senso, XI, «*Hud*», n. 5, p. 117.

il suo è un «obiettivo non ideologico, ma culturale» (p. XVIII). Tuttavia il lettore sarebbe fuori strada nel bollare questa scelta sotto il sigillo di un vieto propagandismo *tout-court* o, peggio, come un'operazione intrisa di pedagogismo sotterraneo indicante la giusta via da seguire in materia di fede, perché l'analisi di Allam si propone un ben diverso scopo: quello della conoscenza monda dal dato pregiudiziale. Ciò che l'A. propone è principalmente, insomma, un «invito a leggere il Corano» (p. XVIII). Ma sollecitando alla lettura come prassi di avvicinamento e di contatto col Libro sacro non superficiale, bensì con occhi attenti, che sappiano non solo «guardare», ma «vedere», nel senso classico dell'*intus legere*, al netto di retoriche adatte ad una moda benpensante e facilona, e di atteggiamenti di relativismo giuridico, soprattutto di ordine culturale.

La considerazione che «il Corano, la Sunna e la Sira [vale a dire] le tre principali fonti da cui si attinge per l'elaborazione della *Shari'a*, non siano conosciute adeguatamente» non solo dai musulmani, ma siano ignorate dalla gran parte degli europei e occidentali (p. IX) è il motore di un impegno che trova nell'esortazione giovannea del «Conoscerete la verità e la verità vi farà liberi» (Giov. 8,32) il versante oscuro della luna: del sapere, come autentico criterio-guida del vivere.

In certo modo, questa «spiegazione» del Corano risponde ad un ulteriore scopo, di ordine etico-politico, di cui l'A. non fa mistero, nel momento in cui si palesa come «protagonista di una missione storica (nel) promuovere un Islam moderato in Italia» (p. XI). La «spiegazione» – Allam avverte di non coltivare il proposito di uno studio di commento (p. XVIII) – va quindi ricondotta ad una impostazione ideologica e culturale che trae ispirazione dall'esperienza, storicamente isolata, degli intellettuali razionalisti e mistici islamici «illuminati», raccolti nella scuola Mutazilita dei cd. «liberi pensatori» e fautrice della tesi del Corano «creato».

Diviene consequenziale, quindi, indicare al lettore la corretta – o, per lo meno, la più prossima alle categorie del pensiero occidentale moderno – via alla lettura del Libro sacro: la via della ragione «(…) per entrare nel merito dei contenuti del Corano» (p. XII) e, di conseguenza, ammette l'impiego ermeneutico della contestualizzazione spazio-temporale dei versetti, così da poter selezionare «l'attuale ed il lecito (…) dal prescritto e caduco», fino a poter «affermare la dimensione plurale dell'Islam» (p. XII).

Allam, in ogni caso, pone al centro della sua personale analisi l'uomo di cultura e, contemporaneamente, censura la disinvolta leggerezza del pensiero occidentale nei confronti delle religioni. Egli stigmatizza la cecità di chi nega alle religioni l'essenziale unicità, ammettendone l'omologazione e l'intercambiabilità e sottolinea la miopia di quanti non ne comprendono la natura strumentale di vie verso la divinità: natura che non annulla la distinzione dell'essenza teologica del «Dio» in quanto prodotto del pensiero dell'uomo, che si dispiega in una pluralità di forme e volontà in funzione delle diverse culture che ne rappresentano l'essere. Nel puntualizzare questo, Allam assume una distinzione teorica non solubile tra uomo e fede, in base al principio del temperamento dei precetti: «si può essere musulmani moderati come persone, ma non esiste un Islam moderato come religione». È questo il nucleo concettuale su cui poggia l'ermeneutica coranica dell'A.

L'affermazione è lapidaria, dura, perché non ammette repliche, e lascia gli osservatori occidentali in un evidente disorientamento.

La critica dell'A., quindi, si indirizza su un secondo versante: quello dei modelli interculturali imperanti e assertivi. Il pensiero occidentale si rivela «aprioristico e acritico nei confronti di un Corano che insegna l'amore e la pace» (p. XVI) e predica l'esercizio della tolleranza. Saremmo in presenza di un difetto di valutazione,

sull'errata convinzione che la cultura multiconfessionale e multietnica dell'occidente laico e democratico sia in grado di costituire modelli di solidarietà umana robusti e duraturi e, forse, nella presunzione illusoria che il paternalismo delle democrazie inclusive contenga gli anticorpi per comprimere e disinnescare i conflitti sociali fondati sull'inconciliabilità dei dogmi di fede. «Nello studiare (…) il Corano è essenziale non lasciarsi guidare da criteri religiosi preconcetti e tanto meno dalla mentalità occidentale, così come bisogna resistere alla tentazione di un irenismo ingenuo e facilone che può sconfinare in un sincretismo inconsulto o disonesto, destinato al fallimento. Questa onestà, sincerità e rispetto nell'esporre e comprendere le posizioni reciproche sono i presupposti indispensabili di ogni ricerca della verità» (p. 14).

Allam tocca, dunque, il nervo scoperto della questione che non è «islamica», ma tutta «occidentale». La critica è indirizzata ad un legislatore che contempla il suo ombelico e si compiace dei principi di giusnaturalismo ed accetta l'esilio nella riserva indiana dei formalismi tecnici offerti dalla natura strumentale della legge, che non penetra nell'ontologia del contenuto culturale della fede, che ha un limitato intento pedagogico e, in ultima analisi, si disimpegna dalle responsabilità in politica ecclesiastica. Un persistente letargo sulle cui basi si erge l'incapacità di cogliere le reali distanze culturali dell'Islam dai principi illuministi del moderno occidente, se è vero, come ben ricorda l'A., che ancora nel 1990 la Dichiarazione cairota sui diritti umani nell'Islam, proclamava la centralità del Corano nella concezione dei diritti umani in quanto categoria deontologica – così relativizzandone la radicale universalità di categoria giuridica – e affermando apoditticamente all'art.10 che nell'Islam risiede la «religione naturale dell'uomo»[4]. Si tratta di soluzioni normative che legittimano l'istituzionalità e l'estensibilità di una teocrazia sottile dell'unico vero credo, avverso gli errori delle residuali vie, anche monoteiste, alla conoscenza di Dio (p. XVII).

Su questi presupposti si sviluppa un breve Commento introduttivo (pp. XIX-XLII), che raccoglie le sure per ordine tematico. Si tratta di avvertimenti rivolti al lettore sulla corretta valutazione della dogmatica islamica, per cui «è sostanzialmente infondato e sbagliato equiparare Allah al Dio (cristiano)» (p. XIX), ma dove si sostiene anche che il Corano «emerge come un calderone dove dentro c'è tutto ed il contrario di tutto[5], ma tutto in modo islamicamente corretto sulla base delle teorie dei versetti abroganti e abrogati» (p. XXI)[6]; che l'azione criminale organizzata ispirata dalla «guerra santa» ha

---

[4] Cfr. XXX, «*I Romani*», n. 10, p. 210, che espone la tesi dell'Islam, come «religione naturale» di ogni nato.

[5] Qui Allam introduce criticamente elementi di logica sistematica narrativa. Sullo svolgimento non lineare delle narrazioni, secondo criteri logici lontani dal pensiero occidentale, cfr. XI cit., n. 10, p. 118 e l'epigrafe a XII, «*Giuseppe*», p. 210, dove l'A. sostiene che: «occorre però tener presente che il narratore semitico procede in genere non per sviluppo logico e deduttivo, ma in forma analitica, insistendo sui particolari e lasciando ogni deduzione al lettore». Il problema della logica nella struttura del testo ha originato, tra gli esegeti, posizioni divaricanti e persino antitetiche. Indicativo, in proposito, il giudizio di Francesco Gabrieli, che giungeva a definire il testo coranico un «guazzabuglio». Studiosi di recente formazione sono, viceversa, dell'avviso che i versetti celino una ben più profonda logica espositiva, rispondente alla natura arcana e dinamica della Rivelazione. Così, Neal Robinson, *Discovering the Qur'an. A contemporary approach to a veiled text*, Londra, 1996.

[6] Sulla teoria dell'abrogante e dell'abrogato, Massimo Campanini, «*Corano*», in *Dizionario del sapere storico-religioso del Novecento* (a cura di Alberto Melloni), Vol. I, Soc. Editrice Il Mulino, Bologna, 2010, p. 585. Cfr., tra le altre, II «*La vacca*», n. 41, p. 27.

radice ultima in un volere divino in grado di nobilitare e trasfigurare l'atto delittuoso in una giusta condanna dei miscredenti (p. XXIII); che la legittimazione giuridica della dissimulazione della fede (*takya*)[7] quale astuzia per la salvezza della vita quando il fedele tema per la propria incolumità, si trasforma nella «assoluta impossibilità di mercanteggiare sui precetti (divini)» e «nell'improponibilità di ogni sincretismo religioso» (p. XXX); che il valore della donna nell'Islam, sia nel piano processuale testimoniale probatorio, sia nella condizione consuetudinaria dei legami sociali generali e familiari, resta residuale e soggiogato ad un immutabile primato maschile (pp. XXXV ss.)[8]; che il divieto di raffigurare il Profeta risponde ad una concezione sovrumana dello stesso che sopravanza la sua natura umana e quindi storica (p. XL).

Allam, insomma, intende introdurre il lettore occidentale nella dimensione dell'Islam «in modo da comunicar(gli) quello che il Libro sacro dice al lettore arabo» (p. 3). A tale scopo ha inteso coniugare contenuti letterari (i commentari)[9], le traduzioni[10], l'ermeneutica verbale e la metodologia presenti nella sua «spiegazione» coranica, in modo da offrire al lettore un testo divulgativo, oggettivo e scientificamente attendibile.

Riguardo all'ermeneutica, l'A. «nei passi controversi ha generalmente seguito l'interpretazione tradizionale, dando però in nota le interpretazioni alternative» (p. 3). In tal modo egli propone un prospetto esegetico plurale che affianca l'interpretazione islamica tradizionale a quella di commentatori più emancipati dal rigorismo ortodosso, sino alla sua personale rilettura del versetto.

Quanto all'impostazione di metodo, sono assai apprezzabili alcuni accorgimenti ignoti al testo originale: vengono introdotti sottotitoli che chiariscono l'oggetto della narrazione, mentre il corpo delle sure è diviso in capoversi. Ogni sura si apre con un'epigrafe riassuntiva ed esplicativa intesa a fornire l'inquadramento storico degli avvenimenti narrati, l'inquadramento dei temi teologici, l'identificazione temporale meccana o medinese[11]. Il testo è glossato con un doppio ordine di numerazioni di rinvio: note «libere» dell'A. e note infratestuali «rigide» corrispondenti tecnicamente ai versetti. Dal punto di vista sistematico, le note compongono un autonomo apparato che guida il lettore su più registri concettuali. Si hanno così, note dogmatiche, esegetiche (per similitudine o per analogia), interpretative (ossia letterali) ed ancora, note comparative-analogiche[12],

---

[7] Cfr., XXI «*I profeti*», n. 9, p. 170.

[8] La situazione di inferiorità della donna, in verità, è riferita da Allam alla cultura araba pagana preislamica. Cfr. XLIII, «*Gli ornamenti d'oro*», n. 5, p. 254.

[9] Abu Ja'far Muhammad Ibn Jarir at-Tabari, *Jami al-bayan fi tafsir al-Qur'an*, Beirut (1323 eg.); Abu'l Qasim Mahmud al-Zamakhshari, *Al-Kashshaf' an haqaiqi't-tanzil*, Il Cairo; Muhammad Fakhr al-Din al-Razi, *Tafsir al-kabir*, Il Cairo (1324 eg.).

[10] Oltre alla consultazione delle più recenti opere della metà del Novecento (tra le quali quelle di Luigi Bonelli, Hoepli, Milano, 1983; Alessandro Bausani, Sansoni, Firenze, 1989 e Martino Mario Moreno, Utet, Torino, 1986; Federico Peirone, Mondadori, Milano, Voll. I-II, 1986), testo base di riferimento è l'edizione critica del Corano edita da re Fu'ad I d'Egitto, Il Cairo, 1923.

[11] Per l'importanza della distinzione di ordine temporale delle sure nella comprensione del Corano, Cfr. Theodor Nöldeke, *Geschichte des Qorans*, Lipsia, 1860; Theodor Nöldeke-Friedrich Schwally, *Uber der Ursprung des Qorans* e *Die Sammlung des Qorans*, entrambi editi a Lipsia, 1919.

[12] Si tratta di note di rinvio alle fonti dell'Antico e Nuovo Testamento (*Pentateuco*, *Salmi*, *Vangelo*) e alla tradizione rabbinica e talmudica, in generale. Cfr. II cit., n. 2, p. 20, che rinvia alla *Lettera di San Paolo ai Colossesi*; IV, «*Le donne*», n. 15, p. 57, sul concetto di autorità, con richiamo della *Lettera*

teologico-dogmatiche[13], linguistico-lessicali[14] e etimologiche[15], ermeneutiche[16], metaforico-allegoriche che travasano nel simbolismo[17], escatologiche[18].

Particolare interesse per il giurista rivestono le note tese ad esplorare i profili di dottrina giuridica[19] e di politica ecclesiastica[20] posto che il diritto è esso stesso pervaso

---

di S. Paolo ai Romani; XIX, «*Maria*», n. 5, p. 159 che, circa l'annunciazione e la nascita di Gesù, richiama i vangeli apocrifi (Vangelo di Tommaso e Pseudo-Matteo); V, «*La mensa*», n. 4, p. 65, sui divieti alimentari (con richiamo a *Deuteronomio* e *Levitico*); VII, «*L'alto limbo*», in cui in più note, per la descrizione dei personaggi biblici e la genealogia, si rinvia a *Esodo* e *Genesi*; XXIV, «*La luce*», n. 5, p. 184, con richiamo alla graduale mitigazione della schiavitù (*Colossesi*; *Corinzi*); XXVIII, «*Il racconto*», n. 12, p. 202, che richiama la narrazione della costruzione della Torre di Babele (*Genesi*). Talvolta la comparazione è puramente testuale: ad es. nella conoscenza della vera religione, il richiamo alle parole di Gesù, in XLII, «*La consultazione*», n. 4, p. 251; in altri casi, la comparazione è rituale, ad es. per il significato delle preghiera notturna, LXXIII, «*L'avvolto nel mantello*», nn. 1-3, p. 318.

[13] Ad es. sul dogma dell'inimitabilità, II cit., n. 5, p. 21 e n. 55, p. 30, sul concetto del governo di Dio per mezzo di cause prime; III, «*La famiglia di Imran*», n. 29, p. 45, sulla prospettiva islamica della morte di Cristo; XVI, «*L'ape*», n. 2, p. 239, che sostiene l'idea di un Dio in costante attività, autore di una «creazione continua»; XX, «*Ta-Ha*», n. 1, p. 163, che nell'avvertire il difetto del concetto di Redenzione nell'Islam, ne segue lo scarso valore attribuito alla sofferenza quale pratica – centrale nel cristianesimo – di perfezione spirituale; sulla dottrina della predestinazione, LIV, «*La luna*», n. 10, p. 282 o, anche, LXXVI, «*L'uomo*», n. 10, p. 324.

[14] Si allude a II, cit., n. 16, p. 23, circa il termine «*furqan*», poi ribadito in XXI, «*I profeti*», n. 6, p. 169; o VIII, «*Il bottino di guerra*», n. 2, p. 96, che assimila il termine «verità» ad Islam.

[15] Cfr. XV, «*al-Hijr*», n. 3, p. 136, che traduce «*haqq*» in un concetto tanto intenso di «verità», da convogliarlo nell'accezione temporale di «giustizia»; XVII, «*Il viaggio notturno*», p. 146 ss., che identifica la «sapienza» o «saggezza» (*hikma*) nella Rivelazione, in quanto conoscenza dei precetti morali; XCII, «*La notte*», n. 3, p. 342, per cui l'elemosina (*zakat*) esprime, oltre all'idea di tassa prescritta, anche l'idea di «purificazione».

[16] Cfr. II, cit., n. 58, p. 31, sulla clausola della «moderazione» alla rigida legge del taglione; III, cit., n. 3, p. 41, che espone la differenza tra versetti chiari o solidi e oscuri o allegorici; XVIII, «*La caverna*», n. 8, p. 153, in cui l'A. distingue nel Corano passi con significato esteriore (essoterico) e interiore (esoterico), questi ultimi, più prossimi alla sensibilità mistica musulmana.

[17] Così, la bilancia, simbolo di giustizia e di rappresentazione del diritto coranico, in XLII cit., n. 5, p. 252 o, ancora, l'immagine del «Dio-guida», espressa da LXXIV, «*Il coperto dal mantello*», n. 9, p. 321. In XVII cit., n. 19, p. 149 l'albero maledetto (*zaqqum*) sintetizza la terribile tentazione del peccato; XVIII cit., n. 6, p. 153, dove il risveglio dei «Sette Dormienti» corrisponde, simbolicamente, alla risurrezione dei morti.

[18] Cfr. XVIII cit., n. 15, p. 154, sul «livellamento dei monti».

[19] Cfr. II cit., n. 23, p. 24, sulla prospettazione di una parità giuridica tra le religioni monoteiste; III, cit., n. 42, p. 43, sulla clausola di garanzia alla conservazione della propria religione personale; IV, cit., n. 1, p. 53, sul matrimonio e la poligamia e sugli istituti giuridici annessi di dote, eredità e divorzio; V, cit., n. 17 p. 68 sul principio dello statuto personale di cristiani ed ebrei nei Paesi islamici, *ibidem*, n. 24, p. 71, sul senso di giustizia e tolleranza religiosa verso i cristiani ed, ancora, n. 32, p. 82, sulla «giustizia» come attributo-cardine del Dio coranico; XXIV, cit., n. 1, p. 182, sulla lapidazione per gli adulteri; XXIX, «*Il ragno*», n. 5, p. 206, sulla condanna incondizionata dell'omosessualità; XXX, cit., n. 13, p. 211, che condanna l'usura.

[20] XXIX, «*Il regno*», n. 10, p. 207, per cui, nel versetto che sollecita il credente a «non disputare con la gente del Libro se non nel modo migliore», risiederebbe l'apertura al dialogo interconfessionale proprio delle più avanzate politiche ecclesiastiche. Analogamente, CIX, «*I miscredenti*», sura ritenuta la *Magna Charta* della tolleranza religiosa islamica.

di sacralità[21], sino a giungere ai costumi e alle consuetudini e, in generale, alle regole di comportamento sociale: quelle per le quali il Profeta lancia strali condannatori verso l'uomo soggiogato, come novello ricco Epulone, dalla brama di ricchezza[22].

Il lettore è poi provvisto dall'A. di ulteriori strumenti di approccio nell'Introduzione (pp. 5-14) in cui si articola una sintetica esposizione del significato teologico, storico, letterario ed etico-sociale del Corano, in modo da offrirne una visione comparata della natura di fonte letteraria, poetica e precettistica, in raffronto ai correlativi testi sacri vetero e neo-testamentari.

A questi strumenti si aggiungono un Glossario (pp. 365-372) e l'utilissimo Indice analitico (pp. 373-397) che, con il rinvio alle sure e ai versetti, permette una visione panoramica orizzontale del testo sacro e, nel contempo, selettiva degli argomenti, con la possibilità di raccoglierli e confrontarli sinotticamente.

Qual è, dunque, la posizione scientifica assunta dall'A. nello scenario dell'esegesi e, in generale, della ricerca sul testo coranico? A quale schiera di studiosi – osservatore partecipe, polemista integrale, revisionista – va ricondotto il suo pensiero critico?[23] Allam non pone affatto in discussione l'autenticità del testo sacro, né dell'esperienza spirituale musulmana verso le quali, semmai, manifesta un limpido rispetto: non ci appare, insomma, un revisionista intransigente, né uno spergiuro insolente voltairriano[24]. Il confronto delle fonti islamiche con fonti estranee, o meglio «esterne»[25], ed i molteplici rinvii di carattere filologico-letterario, con incursioni comparative alle fonti dell'Antico e Nuovo Testamento rispondono all'intenzione di divulgare la vitalità delle concrezioni linguistiche, segno di un più profondo dialogo tra flussi culturali venuto sviluppandosi nell'Arabia del VII secolo[26]. Il proposito è quello di rivalutare il complesso degli elementi compositivi affluenti nel Corano, in modo da accompagnare il lettore alla scoperta della universalità della sua dimensione teologica ed etica e alle differenze di prospettiva delle religioni monoteiste sull'atto di fede[27].

Per altro verso, nel commentare gli istituti giuridici della famiglia (la poligamia)[28]

---

[21] Ahmad A. W. Vincenzo, *Islam. L'altra civiltà*, Mondadori, Milano, 2001.

[22] Allam sottolinea l'atteggiamento apertamente censorio di Maometto verso l'affarismo speculativo e, in genere, verso le ricchezze terrene. Cfr. LXXXVIII, «*L'ora che avvolge*», n. 5, p. 338 e CIV, «*Il diffamatore*», p. 354.

[23] Leonardo Capezzone, «*Teologia islamica*», in *Dizionario del sapere storico-religioso del Novecento*, cit., Vol. II, pp. 1646 ss.

[24] Si allude alla celebre tragedia di François-Marie Arouet (Voltaire), *Mahomet ou le fanatisme* (1742).

[25] Allam, di conseguenza, non prende in considerazione il problema della datazione del testo: tema non trascurato dalla ricerca orientalistica del Novecento. Cfr. Patricia Crone - Michael Cook, *Hagarism. The making of the Islamic world*, Cambridge, 1977; Andrew Rippin, *The Qur'an and its interpretative tradition*, Farnham, 2001.

[26] In tal senso, cfr. Aa.Vv., *Literary structures of religious meaning in the Qur'an* (a cura di Issa Boullata), Richmond, 2000.

[27] Operazione, questa, che non si porrebbe in termini molto diversi nel caso di approccio con gli altri diritti confessionali, che mostrano una fondamentale analogia nella «costante presenza dell'ordine spirituale» quale fattore connotante. Cfr. Mario Tedeschi, «*Confessioni religiose. VIII) Islam*», in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Aggiornamenti, Roma 2002, p. 7.

[28] Tesi radicali sono, invece, ad es., in Basheer M. Nafi, *Tahir Ibn 'Ashur: the career and thought of a modern reformist*, in Journal of Qur'anic studies, 7/1 (2005), pp. 1 ss.

e le condizioni connesse allo *status* della donna (il velo), Allam assume una posizione mediana, volta più a far comprendere il significato ed il valore attribuito a quelle regole di costume della mentalità islamica muovendo da quella medesima prospettiva e non *ad extra*, nulla concedendo ad aprioristiche censure: una posizione equilibrata, distante da profili di utilitarismo e di facile strumentalizzazione ideologica, che tale resta anche quando, ad assecondarla, soccorrerebbe l'esigenza dell'aggiornamento delle leggi esauste dalle ingiurie del tempo[29].

Sotto il profilo pedagogico, invece, egli sembra abbracciare una linea di analisi tutta personale: il Corano, in funzione apologetica, è lo strumento principe per l'educazione, in quanto descrive una religione razionale universale, provvista di un corredo di strumenti logici che chiedono al fedele di ragionare e che non gli impongono di credere a-priori[30]. Siamo al cospetto di una religione priva di mistero, senza santi né reliquie, senza prodigi da collegare ad una provvidenza caritatevole e con una percezione miracolistica che si compie tutta nella rivelazione dei versetti[31]; una religione, insomma, che sollecita l'uomo a coniugare la fede con i più immediati interrogativi esistenziali, sino a trasformare l'esperienza spirituale in un dato carnale ed il suo testo materiale in un documento cui tributare, per un processo transustanziale, la venerazione assoluta e senza riserve.

Allam, tuttavia, non accoglie di questa prospettiva di pensiero, il corollario razionalista assertore di un uomo titolare in pienezza della facoltà del libero arbitrio nella fenomenologia delle cause naturali. Semmai, per lui, è proprio il contrario: l'agire umano, così come concepito nel Corano, sarebbe perennemente dominato dall'intervento diretto del divino.

Se in questa asserzione l'A. coglie una della maggiori distanze tra Islam e cristianesimo – per il quale la Divinità si rende visibile attraverso «cause seconde», ossia segni provvidenziali con cui Dio parla all'uomo[32] – mi sembra che egli faccia anche propria la posizione di rifiuto dell'interpretazione «atomistica» della storia[33]. La sua «spiegazione» del Corano è, infatti, un tentativo di coglierne in profondità, per riunirne i fili componenti, il complesso dei fattori testuali. L'annullamento della prospettiva miracolistica ha per contropartita la condizione, tutta umana, di un sapere limitato ai fenomeni reali, terreni, temporali, il cui apprendimento non supera la soglia della misericordiosa, puntuale ed atomistica concessione dell'invisibile Dio coranico all'uomo[34].

---

[29] Sulle fonti giuridiche e sulle complesse dinamiche che si sviluppano tra fissità del dogma ed esigenze di aggiornamento, GIUSEPPE CAPUTO, *Introduzione al diritto islamico*, I, Giappichelli, Torino, 1990, pp. 65 ss.

[30] MASSIMO CAMPANINI, «*Corano*» cit., p. 590.

[31] I versetti sarebbero di per sé un prodigio miracoloso. Cfr.XXXIV, «*I Saba*», n. 2, p. 221. Quanto al miracolismo delle rivelazioni coraniche, cfr. GIUSEPPE CAPUTO, *Introduzione al diritto islamico* cit., p. 16.

[32] Diversamente dal cristianesimo, di provvidenziale, nell'Islam, c'è solo la Sapienza illimitata di Allah, non il soccorso verso l'uomo. Sul punto, GINO RAGOZZINO, *La severa legge del Corano*, Casale Monferrato, Piemme, 2002, p. 20.

[33] Cfr. l'approccio storico-ermeneutico di FAZLUR RAHMAN, *Islam and modernity*, Chicago-Londra, 1984.

[34] L'invisibilità di Allah è traducibile nel dogma della sua inaccessibilità umana, sia in termini razionali (VII, cit., n. 22, p. 92, con richiamo ad *Esodo*) sia in termini teologici, come visione beati-

E tuttavia, proprio dallo spinosissimo argomento teologico del libero arbitrio, e del peccato, l'A. dà un saggio della sua oggettività quando, pur puntualizzando l'ambivalenza del Corano sul tema, afferma che: «in nessuna religione, nemmeno in quella cristiana, il problema della predestinazione ha trovato una soluzione soddisfacente»[35].

Quanto alla prospettiva letteraria, ci sembra che l'A. indulga, anche se con minor frequenza di altri registri ermeneutici, ad una lettura estetica del Corano[36]: lettura che, in ogni caso, rimane fedele ad un intento di verità e di divulgazione corretta. Autenticità ed inimitabilità del testo sacro non sono infatti posti in discussione, neppure quando l'esegesi si inoltri nel terreno dell'indagine artistica e dell'allegoria, neppure di fronte alla natura arcana del versetto[37]. Anche nell'interpretazione metaforica, insomma, per Allam il linguaggio coranico resta tutto proiettato principalmente all'esortazione del fedele nel perseverare lungo la condotta morale, quale elemento innegabilmente centrale nell'*ethos* islamico.

In ultima analisi, la «spiegazione» di Allam sembra sovrapporsi all'esperienza di carattere storico-ermeneutico intrapresa da alcuni illuminati esegeti contemporanei (per questo, caduti in disgrazia nel proprio Paese natale)[38].

Di quella corrente di pensiero «aperta», egli sembra infatti condividere il rifiuto di un approccio dogmatico e «metafisico» del Corano, prospettando la via di una ermeneutica umanistica, in cui il rapporto tra Dio e l'uomo si stempera – quasi volendone sciogliere le catene con una tensione titanica – dall'austera condizione della «sottomissione» e dal rigore del dominio teocratico divino, per guadagnare il dialogo comprensivo di Allah verso la creatura limitata e peccatrice[39]. Allam, insomma, ci appare un interprete dal duplice registro: da un lato, nella rilettura del testo sacro, un equilibrato esegeta storico-umanista; dall'altro, un censore della miope superbia culturale occidentale, testimoniata dagli imperanti modelli di consumismo livellatore, che presume l'applicazione onnivalente delle proprie categorie concettuali[40] e che ritiene scontato allineare nell'indistinto di un «unico Dio» le incommensurabili implicazioni teologiche e le distanze, spesso siderali, delle reciproche verità di fede.

Fabio Vecchi

---

fica di Dio (VI, «*I greggi*», n. 27, p. 81). In entrambi i casi Allam coglie un'ulteriore divergenza tra teologia islamica e cristiana.

[35] XVI, cit., n. 6, p. 141. Per il collegamento tra libero arbitrio e peccato, cfr. anche XI, cit., n. 30, p. 122 e, per la declinazione del tema teologico della responsabilità umana, XIII, «*Il trono*», n. 46, p. 142.

[36] Talvolta, si tratta di un estetismo che rinvia al misticismo ispirato, come nel caso dell'onniscienza di Allah. Cfr. L, «*La lettera qaf*», n. 13, p. 273.

[37] È, semmai, l'indecifrabilità, la natura ellittica ed allusiva del testo narrativo, che impongono l'esegesi qualificata. Così, Gino Ragozzino, *La severa legge del Corano* cit., p. 21; sulle peculiarità dell'esegesi coranica, Giuseppe Caputo, *Introduzione al diritto islamico* cit., p. 6.

[38] Il riferimento è all'egiziano Nasr Hamid Abu Zayd, *Testo sacro e libertà. Per una lettura critica del Corano*, (a cura di Federica Fedeli) Marsilio, Venezia, 2012.

[39] Sublime, la sura XXII, «*Il pellegrinaggio*», n. 18, p. 176, dove si riafferma il dogma teologico centrale nell'Islam della debolezza umana e di un Dio misericordioso che, per questo, non impone pesi eccessivamente gravosi alle sue creature.

[40] Mario Tedeschi, «*Confessioni religiose. VIII) Islam*» cit., p. 1.

Codice Civile della Repubblica Islamica dell'Iran. Promosso dall'Istituto Culturale della Repubblica Islamica dell'Iran a Roma. Introduzione di Massimo Papa. Traduzione dal persiano di Raffaele Mauriello. Eurilink Edizioni, Roma 2015, XX+283 p.

Il titolo "Codice civile" richiama i codici civili di derivazione romanistica, come il codice civile italiano[1]. Bisogna sottolineare, invece, la speciale impronta del codice civile iraniano. Infatti, esso è pienamente intelligibile se esaminato alla luce del diritto islamico di scuola ja'farita o imamita o duodecimana, seguita in Iran. Il suo contenuto rispecchia in buona parte le norme di questa scuola, anche se il legislatore iraniano vi ha introdotto i necessari adeguamenti alle esigenze contemporanee, come è per gli articoli 1-10 del Preambolo, intitolato: "Della pubblicazione, degli effetti e dell'attuazione delle leggi in generale". Ed è questa sua peculiarità islamica che merita di essere messa in risalto.

Innanzitutto, è estranea al codice iraniano l'espressione "statuto personale", quale titolo generale sotto cui racchiudere quegli istituti giuridici strettamente legati alla religione. L'unico richiamo a questo concetto si trova nell'art. 961, quando si fa riferimento al fatto che "i cittadini stranieri godono dei diritti civili", salvo "nel caso di diritti relativi allo statuto [trad.: "stato"] personale".

In effetti, "statuto personale" è un'espressione che ricorre in ambito sunnita. Fino alla sua definizione legislativa c'erano divergenze circa l'estensione dello "statuto personale". Tali divergenze riguardavano l'inclusione di istituti giuridici che hanno per oggetto i diritti reali, ma che nell'islam sono obbliganti per la persona come conseguenza della sua appartenenza religiosa, sono cioè personali. Il dibattito in epoca contemporanea sul contenuto di "statuto personale" si concluse con la definizione legislativa dell'art. 13 della legge egiziana n. 147 del 1949, sull'ordinamento giudiziario:

> Lo statuto personale comprende le controversie e le questioni relative allo stato delle persone e alla loro capacità giuridica, o relative all'ordinamento della famiglia come la domanda di matrimonio, i diritti ed i doveri reciproci dei coniugi, il dono nuziale, la dote, il regime dei beni tra i coniugi, il ripudio, la separazione, il divorzio, la filiazione, il riconoscimento e la negazione di paternità, il rapporto tra gli ascendenti ed i discendenti, l'obbligo della pensione alimentare in favore dei parenti e dei cognati, l'attestazione del vincolo di sangue, l'adozione, la tutela, l'ufficio del curatore e tutore testamentario, la custodia, l'interdizione, l'autorizzazione per l'amministrazione dei beni, l'assenza ed il considerare come morto il disperso. Parimenti lo statuto personale comprende le controvesie relative alle successioni, al legato ed agli atti di liberalità da realizzare dopo la morte del *de cuius*.

Per quanto riguarda, invece, la Repubblica Islamica dell'Iran, tutto il codice ha

[1] Testo della presentazione del volume presso l'Università degli Studi di Napoli "L'Orientale" (12 gennaio 2016).

una impronta islamica. Per questo, non poteva esserci un dibattito sullo statuto personale nel contesto iraniano e la materia è stata sistemattizzata nel codice in base al contenuto. Così il Libro Primo ("Dei beni", artt. 11-955) contiene anche gli istituti delle donazioni, del legato e delle successioni, trattandosi di diritti reali, così come le questioni relative alle persone ed alla famiglia sono incluse nel Libro Secondo ("Delle persone", artt. 956-1256). Il Libro Terzo ("Delle prove nelle azioni", artt. 1257-1335: confessione o riconoscimento, documenti scritti, testimonianza orale, presunzioni di legge, giuramento) è in parte conforme al diritto islamico, in parte introduce elementi nuovi.

Il Libro Primo, quello più corposo, regolamenta, tra l'altro, il *waqf* (artt. 55-91), fondazione pia, una istituzione ben nota fin dalle origini dell'islam, che oggi in molti Paesi islamici sunniti è regolamentata da apposite leggi.

Inoltre, vi è nel codice una dettagliata regolamentazione dedicata ai contratti, ai negozi ed alle obbligazioni (artt. 183-824), che ricalca l'analoga trattazione del diritto islamico. In particolare, è interessante analizzare il contenuto degli articoli che trattano della capacità giuridica delle parti (artt. 210-213). Queste norme riprendono regole prettamente islamiche. Infatti, il codice non richiama il criterio della maggiore età, ma fa costantemente riferimento ai requisiti islamici riguardanti la capacità giuridica e la capacità d'agire. Circa la capacità giuridica, il feto già gode di alcuni diritti, ma il codice iraniano, in conformità al diritto islamico, stabilisce che la capacità giuridica ha inizio con la nascita, a condizione che il feto nasca vivo e vitale (artt. 956-957). La "pubertà" (*bulūgh*) e la "capacità di bene amministrare" (*rushd*) sono le due condizioni richieste in diritto islamico per avere la piena capacità d'agire. Il criterio quindi non è la maggiore età; o meglio, la maggiore età corrisponde all'età della pubertà, che, in base al codice iraniano, è di quindici anni lunari per i ragazzi e di nove anni lunari per le ragazze (nota 1 all'art. 1210).

Con la pubertà il soggetto acquista la capacità di agire solo in alcuni campi del diritto, quelli che riguardano gli atti personali. Così, per quanto riguarda il matrimonio, "I contraenti devono essere capaci di discernimento (*'āqil*), puberi (*bāligh*), e dotati di intenzione (*qāṣid*)" (art. 1064). In riferimento al ripudio, si ripete la stessa normativa: "Colui che dà ripudio deve essere pubere (*bāligh*), capace di discernimento (*'āqil*), dotato di intenzione (*qāṣid*), e libero di agire (*mukhtār*)" (art. 1136). Identiche qualità si richiedono in chi fa una confessione o riconoscimento (*iqrār*) (art. 1262). Per quanto riguarda la testimonianza, "Nel testimone si richiedono: la pubertà (*bulūgh*), la capacità di discernimento (*'aql*), l'irreprensibilità (*'adāla*), la fede (*īmān*), e la purità di natali (*ṭahārat al-mawlid*)" (art. 1313), anche se "La testimonianza di un minore che non ha compiuto i quindici anni di età può essere ascoltata soltanto per supplementare le informazioni, salvo nei casi in cui la legge abbia riconosciuto valida la testimonianza di tale tipo di minore [trad.: "bambino"]" (art. 1314).

Tuttavia, nell'islam aver raggiunto la pubertà non comporta ancora essere persona completamente *sui iuris*, cioè avere la piena capacità di agire, in riferimento all'amministrazione dei propri beni. Il codice iraniano, riprendendo una norma di diritto islamico, distingue tra *bulūgh* e *rushd*. Infatti, esso precisa che "I beni di un minore (*ṣaghīr*) che sia diventato pubere (*bāligh*) gli possono essere dati [solo] nel caso in cui li sa bene amministrare (*rushd*) [trad.: "la sua maturità di mente sia stata accertata"]" (nota 2 all'art. 1210). In effetti, non basta essere puberi, ma si richiede nel maschio un'altra qualità, cioè l'attitudine a bene amministrare.

Questi due criteri idonei a stabilire la piena capacità d'agire sono costantemente richiamati nel codice nei vari contesti riguardanti i beni. Così, in generale, "Perché

le parti di un negozio siano considerate capaci, esse devono essere puberi e capaci di bene amministrare [trad.: "di intendere e di volere"]" (art. 211). Inoltre, "Il negozio con persone che non sono puberi e [trad.: "o"] capaci di bene amministrare [trad.: "di intendere o di volere"] è nullo per mancanza di capacità d'agire" [trad.: "capacità giuridica"] (art. 212); infatti, "Il negozio degli incapaci d'agire non ha efficacia" (art. 213).

Il richiamo ai due criteri islamici relativi alla "capacità di agire" si ritrova nel codice in riferimento ai vari tipi di contratti e obbligazioni; come, per esempio, in riferimento al deposito (art. 610: le parti devono avere la capacità d'agire [trad.: "capacità giuridica"] di contrattare); in riferimento al comodato, in cui il comodante deve avere la capacità d'agire" [trad.: "capacità giuridica"] (art. 636); oppure, in riferimento al mandato, in cui l'incapacità d'agire del mandante o del mandatario è causa di nullità del mandato (art. 682); in riferimento alla fideiussione, in cui il fideiussore deve avere la capacità d'agire" [trad.: "capacità giuridica"] di contrarre (art. 686).

A conferma di quanto fin qui detto, il codice stabilisce che la tutela legale del minore termina quando egli "diventa pubere (*kabīr*) e capace di bene amministrare (*rashīd*) [trad.: "maggiorenne e maturo di mente]" (art. 1193).

Il traduttore rende costantemente il termine *rashīd* con "capace di intendere e di volere" o "maturo di mente", e l'opposto *ghayr rashīd* con "incapace di intendere e di volere"; *rushd* con "maturità di mente" o "capacità di intendere e di volere", e *'adam rushd* con "mancanza di capacità di intendere" (cfr. artt. 1207-1229). Cosicché non risulta chiara la relativa normativa islamica. Per esempio, non è chiara la traduzione dell'art. 1210: "Nessuno può, dopo aver raggiunto l'età della pubertà, essere dichiarato incapace d'agire su pretesto di infermità di mente o mancanza di intendere (*'adam rushd*), salvo che la mancanza di capacità di intendere o infermintà di mente sia stata accertata". In realtà, si tratta di accertare se il minore, una volta raggiunta la pubertà, sia anche capace di bene amministrare i propri beni.

Nel Libro I sono interessanti anche le norme sulla proibizione del gioco d'azzardo e delle scommesse, che richiamano la proibizione islamica dell'alea. L'art. 654, infatti, stabilisce che "Il gioco d'azzardo e le scommesse sono invalidi e le relative azioni legali non saranno ammissibili. La medesima norma si applica con riferimento a tutte le obbligazioni prodotte da negozi illeciti".

Gli artt. 825-860 del Libro I sono dedicati ai legati (*waṣāyā*), termine reso impropriamente con "testamenti". In realtà, il legato islamico è diverso dal testamento, in quanto il legato non permette di nominare gli eredi, diversamente dal testamento, così come è ben specificato nell'art. 826, dove si distingue un legato traslativo di proprietà e un legato con cui si dà incarico ad una persona di compiere una o più cose, ma non si fa alcun riferimento alla nomina di eredi, che, come è noto, nell'islam sono eredi legittimi. Gli eredi nell'islam, così come non si possono nominare, non si possono neanche diseredare, come è stabilito nell'art. 837, in base al quale "se qualcuno attraverso il legato [trad.: "testamento"] esclude uno o più dei suoi eredi legittimi dall'eredità, il predetto legato [trad.: "testamento"] non ha efficacia".

Quanto all'ammontare massimo disponibile per il legato, non è chiara la formulazione dell'art. 841, in base al quale "Il legato deve essere di proprietà del testatore e il testamento [che dispone] del bene di un terzo è nullo, anche se con la ratifica del proprietario". In effetti, l'ammontare disponibile è proprio di un terzo ed è il proprietario di quel bene che può destinarlo come legato, senza dover chiedere ad alcuno l'autorizzazione. Mentre, è islamicamente corretta la formulazione dell'art. 843: "La disposizione di ultima volontà che eccede il terzo [disponibile] dell'eredità non ha efficacia, salvo con la ratifica degli eredi. ..".

Gli artt. 861-949 del codice sono dedicati alle successioni. È noto che la materia ereditaria islamica è molto complessa, e serve un notevole sforzo intellettuale per poterla padroneggiare, oltre alla conoscenza di una terminologia specifica[2]. Un lavoro ventennale ha portato alla pubblicazione dei due volumi sul diritto ereditario delle scuole giuridiche scomparse, delle quattro scuole sunnite e delle scuole zahirita, ibadita, zaydita, imamita e ismailita[3].

Nell'islam i titoli o le "cause" per ereditare sono la parentela naturale (*nasab*), il matrimonio (*sabab*) ed il patronato, oggi non più attuale. Il termine *sabab* si riferisce ad un titolo acquisito; dunque, al matrimonio. Esso viene reso, invece, con "affinità" (artt. 861, 864), un concetto che non ha attinenza con il diritto ereditario. Così pure, nell'art. 883 il traduttore rende due volte il termine *arḥām* con "affini del padre" e "affini paterni", mentre si tratta di parenti di sangue. Il termine *dhū raḥim* si riferisce ad un parente uterino, cioè parente maschio e/o femmina in linea materna. Anche negli artt. 1031, 1033 si parla di "parentela per affinità" (*sababi*), mentre il riferimento è al vincolo derivante dal matrimonio. L'affinità è, invece, il "rapporto di parentela tra un coniuge e i consanguinei dell'altro" (Devoto – Oli, *s.v.*), che crea impedimento al matrimonio. Così, correttamente il termine "affinità" (*muṣāhara*) è reso bene nell'art. 1047 quando si parla dell'impedimento permanente al matrimonio.

Anche la traduzione di alcuni articoli riguardanti il diritto ereditario non è chiara, come la formulazione dell'art. 866: "Nel caso non esistano eredi legittimi, la questione dell'eredità del defunto spetta al giudice (*ḥākim*)" (?). In effetti, siccome gli eredi legittimi in diritto imamita sono tutti i parenti di sangue, maschi e femmine di qualsiasi ordine e grado, la loro assenza fa sì che i beni vengano distribuiti nell'interesse comune, affidandoli all'autorità pubblica (*ḥākim*). Parimenti non è chiara la formulazione dell'art. 868: "La proprietà degli eredi in relazione all'eredità del defunto non si stabilisce se non dopo il pagamento delle spettanze (*ḥuqūq*) e dei debiti collegati all'eredità del defunto" (cfr. anche art. 869) (?). In effetti, l'ammontare dell'asse ereditario, cioè la parte dei beni lasciati dal *de cuius* che effettivamente sarà distribuita tra gli eredi, si calcola dopo ever effettuato alcune detrazioni, che riguardano le spese funerarie ed i crediti privilegiati, i debiti ed altri obblighi finanaziari, infine uno o più legati.

Inoltre, in molti articoli si parla di "fratelli e sorelle germani o unilaterali" (artt. 892, 897) "sorella germana o unilaterale" (art. 899), ecc., laddove si tratta di fratelli e sorelle consanguinei. Anche l'espressione "zii paterni o materni bilaterali, gli zii paterni o materni unilaterali di padre" (artt. 930-937) sarebbe stata meglio tradotta con "zii paterni o materni fratelli germani del padre, zii paterni o materni fratelli consanguinei del padre". Anche i termini "nonno", "nonna" non sembrano appropriati (artt. 923, 924), in quanto si dovrebbero preferire i termini "avo", "ava", che comprendono tutti gli ascendenti di qualsiasi grado di parentela.

Del Libro II ("Delle persone") è interessante notare l'intreccio tra le norme di diritto islamico, come quelle sul modo di acquisto della capacità giuridica (artt. 956-960) o quelle relative all'assente (artt. 1011-1030), e l'inserimento di norme di diritto

---

[2] Si veda il mio "Ricerche sul lessico arabo. Terminologia giuridica: termini relativi al diritto successorio in Egitto", in *Annali dell'Istituto Universitario Orientale di Napoli* 39 (1979), pp. 7-44.

[3] *Diritto ereditario islamico delle scuole giuridiche ismailita e imamita. Casistica*, Istituto per l'Oriente - Istituto Universitario Orientale, Roma - Napoli 1993. *Diritto ereditario islamico delle scuole giuridiche sunnite (ḥanafita, mālikita, šāfi'ita e ḥanbalita) e delle scuole giuridiche zaydita, ẓāhirita e ibāḍita. Casistica*, Istituto per l'Oriente "C.A. Nallino" - Istituto Universitario Orientale, Roma - Napoli 1994.

internazionale privato (artt. 961-975) e norme sulla cittadinanza (artt. 976-991). Inoltre, le norme sulla registrazione degli atti di stato civile (nascita, matrimonio, ripudio, morte) presso gli appositi uffici (artt. 992-1001) sostituiscono la normativa islamica circa l'attestazione orale.

Particolarmente interessante è la parte del codice civile iraniano dedicata al diritto di famiglia (artt. 1034-1157), che rispecchia l'analoga normativa di diritto imamita. Basti ricordare la questione dell'età minima per contrarre matrimonio, fissata a tredici anni solari per le ragazze e quindici anni solari per i ragazzi; ma il matrimonio al di sotto di questa età è permesso se autorizzato dal tutore legale e condizionato all'interesse del minore, accertato dal tribunale (art. 1041); la presenza del curatore matrimoniale, il padre o un ascendente di parte paterna, è prevista per la ragazza vergine, anche se ha raggiunto la pubertà (art. 1043); la parentela di latte è impedimento al matrimonio (art. 1046); si fa divieto di sposare due sorelle insieme, anche se con contratto a tempo determinato (art. 1048).

Il codice riprende anche le norme tipicamente imamite riguardanti il matrimonio temporaneo o di godimento (artt. 1075-1077, 1113), che deroga da alcune norme del matrimonio a tempo indeterminato. Per esempio, il mantenimento della moglie non è a carico del marito (art. 1113); così come non è previsto il ripudio (art. 1139); il ritiro legale per ripudio è di soli due cicli mestruali (art. 1152) anziché tre, mentre il ritiro legale per vedovanza è di quattro mesi e dieci giorni (art. 1154), come è per il matrimonio a tempo indeterminato.

Il codice conserva anche la normativa islamica sul dono (trad.: "donativo") nuziale (artt. 1078-1101) e sui rapporti reciproci tra i coniugi, confermando, per esempio, che "Nei rapporti fra i coniugi, la direzione della famiglia è prerogativa dell'uomo" (art. 1105); "Nel matrimonio permanente, il mantenimento della moglie è a carico del marito" (art. 1106), così come il mantenimento dei figli è esclusivamente a carico del padre (art. 1199). Inoltre, già secondo il diritto islamico, "Il marito può vietare alla moglie di intraprendere un'occupazione o un mestiere che sia incompatibile con il bene della famiglia o la reputazione propria o della moglie" (art. 1117). Il codice ribadisce anche un'altra norma tipicamente islamica, accettata da tutte le scuole giuridiche, cioè la separazione dei beni dei coniugi: "La moglie può disporre in maniera del tutto indipendente dei propri beni" (art. 1118).

Le norme sulla filiazione (artt. 1158-1167) rispecchiano quelle islamiche, basate sulla nota massima giuridica "Il figlio appartiene al letto" e sulla fissazione di un periodo minimo e massimo di gestazione. Il codice stabilisce, infatti, che "Un bambino nato durante il matrimonio è attribuito al marito a condizione che dalla data del rapporto sessuale fino al momento della nascita non siano trascorsi meno di sei o più di dieci mesi" (art. 1158). Non si fa cenno all'adozione, proibita nell'islam.

In conclusione, la pubblicazione in italiano del codice civile iraniano è utile per vari motivi. Innanzitutto, essa permette ad un vasto pubblico di leggere un testo altrimenti inaccessibile a causa della lingua, così da poter cominciare a conoscere la cultura giuridica della Repubblica Islamica dell'Iran. Inoltre, per gli studiosi di diritto islamico, il codice è un esempio di innesto nel diritto islamico di norme create in epoca moderna e contemporanea. Infine, il codice rappresenta anche un utile strumento per i compativisti per poter raffrontare i vari istituti giuridici del codice civile iraniano con analoghi istituti del codice civile italiano o di altri Paesi non islamici.

Agostino Cilardo

Elisabetta Bani - Pierluigi Consorti (a cura di), *Finanze vaticane e Unione europea. Le riforme di papa Francesco e le sfide della vigilanza internazionale,* il Mulino, Bologna, 2015, pp. 171.

Nell'ultimo quinquennio il diritto vaticano è stato interessato da rilevanti provvedimenti normativi diretti ad offrire una risposta concreta alle problematiche poste dalla globalizzazione dell'economia e dei mercati, oltre che alle esigenze di armonizzazione derivanti dalla scelta di adottare l'euro come propria moneta ufficiale. Il carattere necessitato di tali interventi, tuttavia, ha rappresentato anche l'occasione per l'avvio di una profonda e radicale riforma della materia economica e finanziaria, iniziata già con il Pontificato di Benedetto XVI e resa ancora più incisiva con gli interventi di papa Francesco. La scelta assunta è diretta a rendere effettivamente più collegiali e trasparenti le attività finanziarie, anche al fine di rendere pubblicamente manifesta la funzione dell'economia come strumento a servizio della missione spirituale della Chiesa, la cui indefettibile «dimensione soteriologica» è apparsa di recente offuscata da taluni scandali che ne hanno incrinato, agli occhi del mondo, l'immagine stessa.

Il Volume recensito ha innanzitutto un merito. Quello di rifiutare categoricamente la pur ammaliante possibilità di dare spazio agli scandali finanziari che hanno coinvolto, a vario titolo, organi ed esponenti della Curia Romana, preferendo, invece, offrire soltanto una seria indagine sulle fonti del diritto vaticano. L'opera così passa in rassegna, nei contributi di cui si compone, tutte le leggi e gli interventi concreti che stanno segnando l'epocale apertura della Santa Sede alle istanze, provenienti dall'esterno, tese a garantire piena trasparenza nei sistemi finanziari e totale tracciabilità dei flussi monetari al fine di opporre un efficace contrasto al riciclaggio di denaro ed al rischio di finanziamento del terrorismo.

Questa scelta preliminare porta con sé un ulteriore pregio: quello di "snocciolare" in maniera piana le numerose questioni giuridiche e gli interrogativi che scaturiscono da questi cambiamenti. Ed infatti l'aspetto più interessante dell'opera riguarda proprio l'esame di tali questioni, che spesso si ripresentano nuovamente ad una dottrina ecclesiasticistica e canonistica – oltre che internazionalistica – che riteneva di avere già affrontato e risolto in via definitiva.

Emblematica, al riguardo, è la discussione relativa alla distinzione concettuale tra Chiesa cattolica, Santa Sede e Stato Città del Vaticano ed alla natura di soggetti di diritto internazionale delle due ultime entità, tematica specificamente affrontata dai contributi di Romeo Astorri e di Antonio Marcello Calamia. Il primo, chiamato a valutare la soggettività giuridica dello Stato Città del Vaticano rispetto all'Unione europea da una prospettiva ecclesiasticistica, esamina alcune interrogazioni scritte inviate dai parlamentari alla Commissione Europea – particolarmente interessante è l'interrogazione relativa all'incompatibilità tra l'Istruzione *Crimen sollicitationis* e le politiche dell'Unione (p. 69) – al fine di verificare se lo Stato Città del Vaticano possa ritenersi davvero assoggettato alle norme dell'Unione. Da questa indagine, tuttavia, emerge una sempre più frequente sovrapposizione tra Santa Sede e Città del Vaticano che induce l'Autore ad ammettere una crescente ambiguità tra i due soggetti potenzialmente in grado di incrinare gli assetti e le formule, nonché la stessa impostazione, sottese alla stipulazione dei Patti Lateranensi. Rispetto alla medesima questione Calamia, da una prospettiva internazionalistica, osservando che lo Stato Città del Vaticano compare, in luogo della Santa Sede, come parte di Trattati a contenuto territoriale propone la sussistenza di una sua specifica soggettività di diritto internazionale ogni volta

che siano riguardate questioni attinenti al territorio. Tuttavia, è lo stesso A. ad ammettere che questa soluzione, sicuramente razionale ed avanzata dalla più recente dottrina internazionalistica, è però smentita dagli stessi fatti, che sembrano ancora confermare le tesi del d'Avack sulla duplicità della Santa Sede, la quale tuttora «*pretende*…di presentarsi quale duplice e distinto soggetto, a seconda che rappresenti e tuteli gli interessi della Chiesa o quelli dello Stato della Città del Vaticano» (pp. 109-110).

Altro aspetto rilevante, adeguatamente evidenziato nei contributi di Elisabetta Bani, Pierluigi Consorti, Antonio Fuccillo ed Alessio Sarais, concerne la gerarchia delle fonti, ed in particolare il rapporto tra diritto vaticano e diritto canonico, dal momento che le riforme esaminate nel Volume, come evidenziato da Consorti, hanno come tratto comune quello di affermare la prevalenza in materia economica delle norme di diritto vaticano – comprese quelle di recepimento del diritto internazionale e dell'Unione – sulle norme di diritto canonico. A conferma di questa impostazione appare particolarmente significativa la scelta di imporre l'applicazione di siffatte norme di diritto vaticano anche agli organismi della Sede Apostolica che svolgono attività finanziarie, organismi che di per sé dovrebbero essere soggetti esclusivamente al diritto canonico. Ciò, come sottolineato da Sarais, senz'altro garantisce che l'impegno assunto dalla Santa Sede verso il rispetto dei *target* di trasparenza imposti dalla comunità internazionale e dall'Unione europea abbia carattere sostanziale. Lo stesso si può desumere, come opportunamente segnalato da Fuccillo, dalla recente Convenzione sottoscritta tra Santa Sede e governo della Repubblica italiana, con cui le parti, attraverso la previsione di una loro necessaria cooperazione, definiscono le modalità attraverso cui persone fisiche e giuridiche fiscalmente residenti in Italia possano adempiere agli obblighi fiscali inerenti alle attività finanziare detenute presso enti che svolgono attività finanziarie presso la Santa Sede (p. 149).

Chiude il Volume il contributo di Elisabetta Bani che sottolinea, in primo luogo, i rischi per il sistema finanziario internazionale derivanti dalla presenza di un «sistema bancario ombra», che ormai rappresenta, in luogo dei tradizionali canali bancari, lo spazio d'elezione della criminalità organizzata per effettuare le operazioni illecite di riciclaggio del denaro e di finanziamento del terrorismo. Ebbene, anche lo IOR, in virtù delle attività finanziare effettivamente svolte, potrebbe atteggiarsi a "banca ombra" in assenza di controlli adeguati. Anche per questo l'A. valuta nel complesso positivamente le recenti riforme, che sembrano scongiurare i rischi prospettati. Inoltre, tutti gli interventi normativi – e ciò costituisce l'aspetto più apprezzabile dell'intera architettura riformatrice – paiono mossi non solo dalla «necessità di adeguarsi alla normativa internazionale per continuare a svolgere senza ostacoli le proprie attività economiche e finanziarie, quanto piuttosto da una volontà di ripensare gli strumenti – anche finanziari – al servizio della missione spirituale della Chiesa» (p. 170).

Oltre che per questi aspetti, il Volume si fa apprezzare per l'analisi meticolosa di tutte le normative adottate, assolvendo così anche alla funzione di raccogliere in un'unica opera tutti i numerosi e spesso frenetici interventi che hanno caratterizzato la recente legislazione vaticana in materia finanziaria. In questo senso, si segnala l'esauriente contributo di Marcello Condemi, che, tra l'altro, ha partecipato attivamente alle riforme descritte collaborando con altri esperti alla stesura dei testi normativi.

In conclusione, l'opera recensita spicca per serietà, completezza e profondità dell'indagine, e non si limita ad una mera ricognizione degli interventi strutturali che hanno coinvolto la finanza e l'organizzazione economica vaticana,

mirando, al contrario, ad un sistematico approfondimento delle numerose ricadute e problematiche giuridiche innescate dalla riforma in atto.

Fabio Balsamo

LORENZO DECLICH, *L'Islam nudo. Le spoglie di una civiltà nel mercato globale*, Jouvence, Milano, 2015, p. 147.

Economia e religione costituiscono un binomio estremamente redditizio, sia che si guardi all'influenza che le regole di mercato hanno esercitato sulla religione o, viceversa, all'incidenza dei precetti religiosi sul sistema economico.

Per quanto riguarda il primo punto, riprendendo il pensiero di Simonnot, si può affermare che le confessioni agiscono come un qualsiasi attore economico, sia sul versante interno che su quello esterno: competono tra loro per accaparrarsi il maggior numero di seguaci, fidelizzano la propria clientela attraverso la costruzione di santuari e la venerazione di beati e martiri – operazione tanto più necessaria se si pensa che nel mercato religioso esiste un elevato grado di asimmetria informativa –, si dotano di meccanismi attraverso cui attingere alla "parte benedetta", ovvero a quelle somme di denaro che ogni individuo è disposto a donare per garantire la salvezza della propria anima. In un regime di libero mercato, per avere maggiori *chances* di riuscita, ogni religione deve presentarsi come nuova, offrendo elementi appetibili ai soggetti che si intende convertire, e autentica, operazione possibile soltanto attraverso una rielaborazione dei testi sacri esistenti che consente di porsi come continuatrice della tradizione e depositaria della Verità.

Tra i monoteismi tradizionali, l'Islam è sicuramente quello che è riuscito a far proprie queste regole in tempi brevi, divenendo appetibile per una parte consistente della popolazione mondiale e, di conseguenza, degli attori economici. È in questo secondo filone che si inserisce il libro di Lorenzo Declich. L'Autore riflette su una realtà nuova e ancora in evoluzione, quella dell'*islamic market*, anche alla luce dei mutamenti del religioso nelle società secolari.

Originariamente nato per soddisfare le esigenze dei migranti stabilmente insediatisi in Paesi a maggioranza non musulmana, il mercato islamico *primigenio* si identifica con l'apertura di esercizi commerciali, perlopiù macellerie, gestite da musulmani e destinate quasi esclusivamente ai correligionari. La nascita di un mercato con queste caratteristiche può essere compresa solo se si pensa che l'Islam, al pari delle altre religioni, considera il cibo come un dono divino, per cui il gesto di portare il cibo alla bocca cessa di essere un modo attraverso cui soddisfare i propri bisogni fisiologici, per divenire uno strumento di elevazione spirituale. Da ciò deriva l'obbligo per i fedeli di rispettare talune prescrizioni, riassumibili nel divieto di assunzione di alcuni (pochi) alimenti, nell'astensione dal consumo di cibo in determinati periodi e nella macellazione degli animali leciti secondo specifiche ritualità. L'alimentazione, al pari delle altre sfere dell'agire umano, ruota attorno ai due estremi *halal/haram*, tra cui si collocano tutta una serie di azioni intermedie, che il credente è invitato a compiere o meno, senza perciò incorrere in una condanna. Merita di essere ricordata la prescrizione coranica che consente ai musulmani che versano in stato di necessità di cibarsi di sostanze proibite. Tale previsione risulta particolarmente importante nei casi in cui un credente si trovi a vivere al di fuori di un paese musulmano, dal momento che si consente una rilettura delle norme alimentari rendendo leciti dei comportamenti proibiti. Se è vero, infatti, che durante la permanenza in territori non musulmani il fedele è tenuto a rispettare la legge del territorio in cui risiede salvo nel caso in cui questa sia in conflitto con la legge religiosa, è altrettanto vero che in

caso di necessità assoluta, è consentito il consumo di sostanze vietate. Il principio per cui la necessità rende leciti i comportamenti vietati, spesso utilizzato per derogare al rispetto dei precetti alimentari in situazioni di difficoltà, ben evidenzia il carattere elastico della religione islamica che consente di porre in essere un comportamento altrimenti proibito o di sottrarsi all'osservanza di un obbligo, per evitare un grave danno.

Il processo di globalizzazione in atto ha però consentito al mercato di entrare nel settore tradizionalmente riservato alla religione, quello della spiritualità, per orientarlo al raggiungimento dei fini che gli sono propri, producendo uno svuotamento di contenuto degli istituti religiosi che erano in grado di fornire una risposta di senso in un orizzonte oramai privo di punti di riferimento. Il mercato, quindi, avrebbe fagocitato la religione e, nel privarla dei suoi elementi spirituali, l'avrebbe rimpacchettata e venduta sotto forma di prodotto, trasformando il concetto di *halal* da "regola religiosa" in uno "stile di vita".

La proliferazione di certificazioni e di certificatori di dubbia natura pone anzitutto il problema dell'effettiva conformità dei prodotti alle prescrizioni religiose: l'assenza di una normativa specifica sull'utilizzo dei marchi religiosi ha favorito la diffusione di pratiche ingannevoli nei confronti dei consumatori e in particolare dei consumatori/fedeli costretti, più o meno inconsapevolmente, a contravvenire al loro credo. L'Autore nota come lo sviluppo incontrollato dell'etichettatura abbia agito in due sensi, deresponsabilizzando i musulmani che, al momento di fare acquisti, si affidano all'etichetta e si ritengono da questa autorizzati, e annullando il ruolo della comunità locale in favore dell'industria che diviene così l'unico soggetto legittimato a stabilire "l'islamicità" di un prodotto. Le potenzialità economiche del mercato *halal*, considerato il "*next 1 billion market*", hanno spinto gli *stakeholders* a estendere la "strategia del bollino" dal settore agro-alimentare, a settori nuovi, come quello cosmetico o turistico che fino a non molto tempo addietro venivano considerati neutri. Si tratta dunque di vere e proprie invenzioni di mercato che poco o nulla hanno a che vedere con la religione, snaturando anzi quella capacità di adattamento a situazioni e contesti differenti da sempre cara all'Islam.

L'Autore, acutamente, si chiede se l'*halalizzazione* del mondo sia una risposta ai reali bisogni dei musulmani o, piuttosto, una strategia degli attori economici avente come unico fine la massimizzazione del profitto. Dalle indagini riportate all'interno del testo emerge che i fedeli musulmani sono propensi ad acquistare gli stessi beni di chi musulmano non è, senza peraltro interrogarsi sulla loro liceità. Appare quindi chiaro che l'*islamic market* lungi dal rispondere alle esigenze dei consumatori rappresenti piuttosto una ""invenzione", o un auspicio" appositamente "creata dal mondo del marketing per "vestire" i soliti brand di un dato religioso-culturale dietro cui si cela il "deserto reale"".

L'esito paradossale dell'*halal business* è pienamente visibile nei Paesi musulmani, dove per partecipare alla spartizione del ricco bottino, le autorità statali si piegano alla logica dell'islamicamente corretto sovvertendo le consuetudini, mettendo in pericolo l'economia nazionale o stravolgendo il proprio essere. Emblematica è la "deculturazione gastronomica" pakistana: la liceità dei piatti tradizionali, fino a non molto tempo addietro regolarmente consumati da una popolazione a maggioranza musulmana, viene messa in discussione da una neonata organizzazione privata che si propone di certificare la conformità dei prodotti, alimentari e non, alla Legge, in Pakistan e all'estero.

In Malesia il marchio *halal* diventa "interruttore di inclusione/esclusione

fondamentale", per cui solo coloro che si sono dotati di un certificato, rilasciato dagli enti governativi a ciò preposti, potranno tenere aperta la propria attività. Le condizioni per il rilascio sono piuttosto rigide: nel caso della ristorazione, il bollino *halal* deve essere apposto su tutti gli alimenti e bevande – acqua inclusa –, e deve essere rilasciato al ristorante, operazione possibile solo se il personale impiegato professa la religione islamica.

In Arabia Saudita il rigore wahabita non ha impedito ai regnanti di dotarsi di una "monocultura *saudi kingdom style*, piena di pomposa, stucchevole autocelebrazione orientata al mercato" in cui non soltanto il territorio, ma anche ciò che è considerato sacro finisce nel "tritacarne della globalizzazione". Consapevoli della limitatezza delle risorse petrolifere, i re hanno deciso di trasformare La Mecca da luogo sacro dell'Islam a *business* del futuro, dove quel poco che resta della storia e della spiritualità diviene oggetto di mercificazione: è il caso dell'acqua sacra che i pellegrini bevono dopo aver compiuto il rito del *sa'ī* e che viene oggi pompata in enormi cisterne prima di essere in parte distribuita ai fedeli e in parte venduta. La città è stata completamente stravolta anche sotto il profilo architettonico tanto che il suo simbolo non è più "il *Masjid al-Haram*, la Grande Moschea, ridotto a un "puntino", bensì un orologio, il più grande del mondo, che assomiglia pericolosamente al *Big Ben* di Londra: al centro della *Abraj al-bayat* troneggia la *Royal Mecca Clock Tower*, la seconda torre più alta del mondo".

La religione diviene dunque un potente strumento utilizzato da politici e attori di mercato per finalità prettamente economiche.

Ma quali sono i fattori che hanno reso possibile la creazione di un mercato islamico il cui successo, anche in tempi di crisi, non sembra destinato ad arrestarsi? Lorenzo Declich annovera tra le possibili cause il cambiamento della religione nelle società secolarizzate. La teoria della secolarizzazione per cui allo sviluppo della modernità si accompagnerebbe un inevitabile declino del sacro viene ben presto messa in discussione sul finire degli anni '70 quando le religioni iniziano a riproporsi come attori pubblici. L'Autore, riprendendo il pensiero di Olivier Roy, sostiene che la secolarizzazione ha prodotto un mutamento della religione: la mondializzazione in atto e il conseguente allentamento dei confini ha consentito alla religione di deterritorializzarsi, deculturarsi e di trovare nuovi marcatori attraverso cui veicolare il proprio messaggio. L'incontro/scontro delle religioni tradizionali con la modernità ha prodotto due risultati, da un lato il tentativo di resistere alla modernità ha ceduto, trasformandosi in quello che l'autore definisce "orientamento accomodazionista della religione", vale a dire un adattamento *sic et simpliciter* delle pratiche religiose alla realtà corrente; dall'altro ha favorito la nascita del fondamentalismo. Prodotto della stessa modernità che tenta di combattere, il fondamentalismo islamico si propone come la risposta alla globalizzazione e all'occidentalizzazione dell'Islam. Ma per consentire la diffusione e il radicamento del proprio messaggio, il fondamentalismo fa uso delle strategie di comunicazioni occidentali e, rileva l'Autore, costruisce il proprio "corredo iconografico" attingendo "al serbatoio dei luoghi comuni occidentali sull'islam" piuttosto che "all'islam nella sua dimensione storica", per cui può ben affermarsi che il purismo che si propugna come valore assoluto, è in realtà anch'esso costruito in base alle regole del mercato.

I mutamenti del religioso e l'ingresso del mercato nel campo spirituale hanno prodotto uno snaturamento dell'Islam: le spinte provenienti da un lato e dall'altro hanno contribuito alla creazione di una presunta identità islamica, omogenea al suo interno – tanto da poter etichettare i suoi appartenenti anche come consuma-

tori islamici –, togliendo così all'Islam la pluralità che sin dalle origini lo ha contraddistinto, come pure la flessibilità e quella capacità di adattamento che gli hanno consentito di diffondersi in tempi relativamente brevi in buona parte del mondo. La trasformazione dell'Islam, in favore di un islam di mercato è resa possibile dagli stessi musulmani che sembrano interessati, oggi più che mai, al rispetto di precetti che pur mantenendo integra la forma si trovano snaturati nella sostanza. L'alternativa al vuoto formalismo, potrebbe essere data dall'avvio di una riflessione sull'etica islamica: soltanto attraverso un'attenta rilettura dei principi islamici, l'*halal* cesserebbe di essere un'etichetta, per trasformarsi in produttore di senso dell'agire umano.

Miriam Abu Salem

VALENTINA MARIA DONINI - DEBORAH SCOLART, *La shari'a e il mondo contemporaneo*, Carocci editore, Roma, 2015, pp. 1-359.

Questa opera traccia un ampio quadro dell'evoluzione storica della *sharīʿa* e la ricerca si concentra sulla vigenza, in epoca contemporanea, degli istituti politico-giuridici di diritto islamico nel vasto panorama del mondo arabo-islamico.

In particolare, la prima parte del testo "*La shari'a e il mondo contemporaneo*" riguarda l'islam arabo ed è a cura di Valentina Maria Donini, mentre la seconda parte, scritta da Deborah Scolart, descrive l'islam non arabo.

Apprezzabile, ancorché inconsueta, è stata la scelta metodologica delle autrici. Come sostenuto anche nella introduzione, difatti, non si è voluta focalizzare la ricerca sulla *sharīʿa*, accantonando quindi il complesso sistema degli *uṣūl al-fiqh* e lo studio delle fonti di cognizione del diritto islamico (tra le quali trova collocazione la sistematica shari'atica). Anzi, prescindendone del tutto e fornendo unicamente un rimando bibliografico, il testo si concentra sulla contemporaneità e sulla dicotomia *sharīʿa/qānūn*, sondando ciò che risulta oggi in concreto applicabile nel variegato universo del Diritto dei Paesi islamici, analisi che il giurista di formazione occidentale non può certo tralasciare.

Opportunamente, in un testo che tratti di *sharīʿa*, è necessario fornirne una definizione precipua ed avulsa rispetto al *fiqh*. Ed infatti, le autrici effettivamente rilevano come la *sharīʿa*, che è la legge religiosa islamica, si riferisce essenzialmente al Corano ed alla sunna del Profeta, che sono le due fonti normative fondamentali per l'islam, che guidano il credente nelle sue relazioni con Allah e con gli altri uomini. Per essere buono e giusto, per promuovere il bene ed impedire il male, il musulmano deve impegnarsi nell'obbedire ad Allah e al suo Messaggero. Durante la vita del Profeta, tale sforzo era alquanto agevole, poiché bastava eseguire i suoi ordini, seguire il suo esempio e, in caso di dubbio, chiedere lumi direttamente al Profeta. Fu subito dopo la morte di Muhammad che la comunità dei credenti si trovò nella necessità di strutturare i suoi insegnamenti. Sulla *umma* ricadde dunque l'incombenza non solo di unificare e collazionare la fonte rivelata e quella ispirata, ma tra i credenti si sentì anche l'esigenza di creare un sistema giuridico specifico che potesse integrare il Corano e la pratica della *imitatio Muhammadi*. Questa elaborazione è avvenuta nei primi due secoli dell'islam ed ha catalizzato un libero aggregarsi attorno ad una particolare ermeneutica delle fonti, proposta e codificata da un giurista eminente e seguìto, stabilizzatasi su di una specifica interpretazione di alcuni istituti, il cui indirizzo di pensiero ha codificato le scuole giuridiche e ha dato origine al *fiqh*, il diritto islamico.

Per quanto riguarda l'islam arabo, nel quale si è inserito il *maghreb*, degno di nota appare l'approfondimento tra-

sversale del diritto di famiglia in Libia, i cui istituti riguardanti matrimonio, scioglimento e filiazione, a far data dagli studi di D'Emilia (A. D'Emilia "La giurisprudenza del Tribunale superiore sciaraitico della Libia in materia di fidanzamento matrimonio e divorzio (1929-1941)", in *Rivista Degli Studi Orientali*, Università La Sapienza, Roma, 21 (1) 1945, p. 15–50) e dopo quelli di Aluffi Beck-Pecoz (R. Aluffi Beck-Peccoz, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, Edizioni Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1997, pp. 105 e ss.), non erano più stati specificamente sondati.

Accurata risulta inoltre la descrizione del sistema giuridico esistente in Yemen, anche se viene alquanto criticato il livello di vigenza ed efficienza dell'amministrazione giudiziaria di quel Paese, che viceversa risulta piuttosto all'avanguardia, se si pensa al fatto che è uno dei pochissimi Stati della penisola araba in cui le donne esercitano le professioni legali (V. Fronzoni, "La donna yemenita e le professioni legali", in *Rassegna forense,* rivista trimestrale del Consiglio Nazionale Forense, n. 4/2006, Giuffré, Milano, pp. 1961-1971).

Sull'orizzonte non arabo, particolarmente attenta ma purtroppo breve (data l'importanza della materia), risulta la trattazione del periodo riformistico delle cd. *tanzimāt* nell'Impero ottomano (§ 4.2 La Turchia), e quello che viene apertamente definito come il "*conflitto*" tra *sharī'a* e *qānūn*, allorquando l'autrice riporta come "*L'editto afferma, da un lato, che la debolezza dell'Impero è dovuta alla mancata osservanza dei precetti coranici e della shari'a, ma dall'altro prosegue proponendo «nuove istituzioni» e il «completo rinnovamento degli antichi usi»*" (p. 198), e che grande importanza avrà nell'ambito della storia immediatamente successiva del Sultanato ottomano. L'analisi compiuta è precisa. Difatti, dal 1839 al 1878, nonostante la difficile parentesi della guerra in Crimea, furono inaugurate una serie di riforme tese a rafforzare l'Impero e ad adeguarlo, anche dal punto di vista militare, alle altre potenze europee, migliorando le condizioni di vita, salariali e fiscali delle popolazioni, introducendo codici legislativi di stampo europeo ed arrivando ad affermare nella neo-promulgata Costituzione del 1876 l'uguaglianza dei sudditi, con parità di trattamento tra musulmani e non musulmani (R. Davison, sub voce *Tanzīmāt*, in *Encyclopédie de l'Islam*, X, Brill, Leiden, 2002, pp. 216 e ss.).

Forse, soprattutto in riferimento al panorama iraniano, avrebbe meritato maggiore trattazione l'universo dottrinario della dogmatica shi'ita e la teoria dell'imamato, in chiave differenziale rispetto alla teoria del califfato sunnita, contesto descritto puntualmente ma brevemente e che, date anche le considerevoli ricadute, avrebbe meritato maggiore risalto (H. Corbin, *L'imam nascosto*, Celuc Libri, Milano, 1979; A Ventura, *Confessioni scismatiche, eterodossie e nuove religioni sorte nell'islam,* in G. Filoramo, Islam, Laterza, Bari, 2000; J. Von Hammer-Purgstall, *Origine, potenza e caduta degli Assassini*, Tipografia Penada Editrice, Padova, 1838).

Per volere a tutti i costi operare un rilievo critico in un'opera che, viceversa, va apprezzata per il suo valore innovativo, oltre alla mancata valutazione delle fonti primarie in lingua, va sollevata la questione terminologica, lacune entrambe giustificate dalla formazione delle autrici, eminenti giuriste, le quali probabilmente non sono "consumate" arabiste.

Per fornire un esempio di tali appunti, vale la pena evidenziare come, al di là del contraddittorio inquadramento della *kafāla*, da una parte descritta quale "*una sorta di tutela ufficiosa molto praticata nel mondo musulmano (anche se non prevista dal Corano)*" (p. 80) e dall'altra come una "*forma di tutela del minore prevista dal diritto islamico*" (p. 319), laddove l'istituto è di creazione contemporanea ed è mutuato dalle forme contrattuali, non trovando in

ambito familiare nessuna collocazione nel diritto islamico classico (A. CILARDO, *Il minore nel Diritto islamico. Il nuovo istituto della kafāla*, in A. CILARDO (a cura di) *La tutela dei minori di cultura islamica nell'area mediterranea. Aspetti sociali, giuridici e medici*, E.S.I., Napoli, 2011, pp. 236 e ss.), ed a prescindere della genericità della descrizione "*nikàh al-mut'a Matrimonio temporaneo; proibito dall'islam sunnita, ammesso in quello sciita*" (p. 324), istituto che è ammesso dai soli shi'iti imamiti e non da quelli zayditi e ismailiti, vi sono alcune inesattezze espressive. Difatti, appare tra le altre impreciso l'utilizzo del maschile per dei termini femminili: "*al di fuori del cosiddetto dar al-islàm*" (p. 116) e nel Glossario (p. 316); "*del mut'a*" (p. 231), "*nel mut'a*" (p. 231); "*allo zinà'*" (pp. 321, 323); "*lo zina'*" (p. 329). Al contrario, vi è un utilizzo al femminile allorquando è opportuno il maschile "*l'ijma'* è servita" (p. 114).

Piccole imprecisioni che nulla tolgono, lo si ripete, al valore complessivo del testo.

Vasco Fronzoni

PAOLO GHERRI, *Introduzione al diritto amministrativo canonico. Fondamenti*, Giuffrè Editore, Milano gennaio 2015, pp. XXI-318

È stato recentemente pubblicato il nuovo lavoro del prof. Gherri, noto per la sua vasta esperienza nella ricerca, nella docenza quale ordinario presso l'*Institutum Utriusque Iuris* della Pontificia Università Lateranense e nella pubblicazione nel campo del diritto canonico, specialmente nell'ambito amministrativo. L'A., inoltre, è uno dei membri organizzatori e promotori della Giornata Canonistica Interdisciplinare, importante simposio annuale che vede riuniti validi canonisti e personalità di spicco, chiamati a confrontarsi su materie ed argomenti di speciale rilevanza per la vita della Chiesa. Gherri, infine, è anche segretario e redattore della rivista canonistica *Apollinaris*. Il profilo dell'A., quindi, è alto e la sua competenza e specializzazione in materia sono certamente delle basi importanti per rendere fin da subito la pubblicazione di cui stiamo parlando degna di nota e meritevole di essere studiata con attenzione.

Il titolo di questa sua ultima opera, «*Introduzione al diritto amministrativo canonico. Fondamenti*», può ingannare solo a prima vista. Infatti, il lettore potrebbe credere di trovarsi davanti ad un manuale di diritto amministrativo canonico, ma l'Autore, fin dalla premessa, esplicita quale sia l'intento e la finalità di quest'opera. Egli dice che questo volume «vorrebbe prima di tutto aiutare ad *impostare lo studio accademico* del diritto amministrativo canonico, con particolare attenzione tanto alla sua adeguata individuazione e collocazione all'interno della *vita ecclesiale* (così come suggerita ed auspicata nei documenti del Vaticano II), che ad una corretta presentazione in termini di *dogmatica giuridica* generale (più che di modellizzazione ordinamentale). Il testo, pertanto, risulterà più una *proposta teoretica organica ed unitaria* (ed autonoma) che non un "manuale" (sistematico) o una "rassegna" (esaustiva), tanto meno un "trattato" di diritto amministrativo canonico (comparativamente strutturato). […] Scopo precipuo del testo è soprattutto offrire ai *non-iniziati* (studenti *in primis*) alcuni spunti di *Teoria generale del diritto canonico* utili ad inquadrare la materia amministrativistica ecclesiale nella sua generalità e specificità, fornendo prima di tutto gli "estremi" sostanziali per l'individuazione e la delineazione di un suo *adeguato statuto epistemologico* all'altezza sia delle istanze prettamente ecclesiologiche del Concilio Vaticano II che delle contemporanee teorizzazioni comparatistiche del diritto amministrativo come tale» (*Premessa*, pp. XV-XVI; corsivo originale).

Quindi, l'opera è strutturata – come

l'indice stesso manifesta subito – in due parti nettamente rinvenibili alla lettura: i primi cinque capitoli sono un vero trattato, seppur sommario, di elementi di Teologia fondamentale del diritto canonico, così da offrire le basi e le premesse (*fondamenti*, appunto, come denunciato fin dal titolo), mentre i capitoli sei e sette sono più strettamente concernenti il diritto amministrativo, specialmente canonico, ma anche in questo caso non si tratta di una esposizione sistematica dei vari elementi che compongono questo speciale filone canonico, bensì di un'esposizione di argomenti per lo più teorici e storici. Quindi, si tratta di un volume più che altro teorico che, se da una parte ha l'innegabile pregio di prefissarsi di cercare di contribuire a manifestare il fondamento e a determinare il *proprium* del diritto amministrativo canonico, ancora poco considerato nella canonistica, dall'altra questo approccio rende, talora, un po' pesante il modo di procedere e l'esposizione non sempre organica. L'intero lavoro, poi, ha una specificità apprezzabile, quale un ampio apparato di note e di rimandi bibliografici, ed una costante comparazione con il diritto civile statuale e comunitario (europeo), permettendo – in tal modo – di cogliere con immediatezza le peculiarità dell'ordinamento canonico (cf. ad es. a p. 147), ma anche la giusta misura del suo possibile essere rapportabile ai sistemi civilistici. Tale aspetto deriva certamente dall'esperienza di docenza dell'A. all'*Institutum Utriusque Iuris* della Pontificia Università Lateranense. Inoltre, nella prima parte si ha un'articolata esposizione di elementi teologico-biblici, mentre la seconda abbonda di riferimenti storici in merito alla tematica principale del diritto amministrativo, specialmente circa la sua evoluzione in ambito "laico" e, in seguito, il suo ingresso ufficiale nell'ordinamento della Chiesa. Fin da subito, sia concesso di far notare l'ampiezza e la profondità della bibliografia citata, cosa che rende particolarmente interessante il volume e coopera a darne particolare prestigio.

L'opera si apre con un'introduzione generale ai concetti di giuridicità e di diritto come tali (*primo capitolo*), come fondamento necessario per mettere in luce la legittimità dell'approccio al diritto canonico come vero diritto, dotato di logica giuridica ed originaria, e, quindi, capace di sviluppare un proprio diritto amministrativo; fa seguito (*secondo capitolo*) una descrizione della peculiare identità e qualificazione del diritto canonico nell'esperienza storica della Chiesa, per assumere poi maggiore coscienza della prospettiva istituzional-personalista che anima il diritto canonico (*terzo capitolo*) e della corretta tematizzazione delle posizioni e prerogative dei fedeli all'interno della comunità ecclesiale, oltre che della tutela ad essi riconosciuta (*quarto capitolo*). Si passa, quindi, a trattare dell'essenza fondamentalmente ministeriale del diritto amministrativo canonico (*quinto capitolo*), per poi esporne lo statuto epistemologico (*sesto capitolo*); dedicando l'ultimo capitolo (*settimo capitolo*) a evidenziare la peculiarità ed irriducibilità del diritto amministrativo canonico rispetto al fenomeno amministrativo sviluppatosi negli Stati moderni, ponendo – così – le basi per una proposta sistematica globale.

Possiamo sostenere che l'A. si approcci alla tematica proprio da una prospettiva teologica e non strettamente giuridico-canonistica, andando a leggere così la realtà del diritto della Chiesa ed i suoi fondamenti da quest'ottica, sulla scia di una Teologia fondamentale del diritto canonico, e non di una Teoria fondamentale, che, invece, sarebbe un modo più propriamente canonistico. Dobbiamo riconoscere all'A. il merito di un'analisi delle varie posizioni, tuttavia appare che nell'impostazione di fondo (capitolo primo), benché si respinga una visione positivistica del diritto, e non volendo abbracciare nemmeno una posizione realistica, si finisca per non dare

un'alternativa convincente, in quanto ci sembra che l'identificare il diritto come una necessaria conseguenza del vivere societario, e non presupponendolo – invece – come un qualcosa che precede e che, per questo, fonda e norma i rapporti, ci ponga, di fatto, nel rischio di finire nel positivismo, mettendo in seria difficoltà, in un siffatto sistema, ad esempio, il far entrare il diritto naturale e divino, che non possiamo negare esista. A questa conclusione, l'A. è condotto da una visione di Chiesa (e, conseguentemente, da una derivante idea di diritto della e nella Chiesa) troppo spiritualistica, ovvero non si considera sufficientemente che la Chiesa è un insieme di elementi umani e divini e che è chiamata a vivere in questo mondo (cf. *LG* 8, la non debole analogia col mistero dell'Incarnazione del Verbo divino nella nostra natura umana), e, pertanto, ha vero diritto. Di qui, l'A. arriva a sostenere la negazione della possibilità che esistano – *stricto sensu* – veri diritti personali da parte dei fedeli, asserendo che l'affermare il contrario, peraltro molto diffuso in dottrina, derivi dall'influenza di una visione individualistica che, negli ultimi periodi, è dominante. Crediamo, invece, che sia conforme alla dottrina della Chiesa, specialmente ribadita e particolarmente messa in luce nel Concilio Vaticano II, il considerare, conformemente alla dignità della persona (pure ribadita dall'A. in via teorica, specialmente alle pp. 128-130) e alla radicale uguaglianza e funzionale distinzione tra i membri del popolo di Dio (il sacerdozio ministeriale a servizio di quello comune, come dice *LG* 10, ne è un'esplicitazione, cf. p. 131), che i fedeli godono di veri diritti, che costituiscono altrettanti doveri di giustizia da parte di chi deve provvederli o garantirli: si tratta di beni veramente giuridici finalizzati alla realizzazione della *salus animarum* (sul fatto che l'A. ritenga questa espressione, assieme a *cura animarum*, parziali e da superare, ricordiamo che *anima* in questo contesto va inteso come l'intero essere personale dell'uomo, nel senso più pieno e profondo; si veda in questo senso: *Lettera su alcune questioni concernenti l'Escatologia della Santa Congregazione della fede*, in *AAS* 71 (1979), pp. 934-943, e J. RATZINGER, *Escatologia. Morte e vita eterna*, Cittadella, Assisi 1979, pag. 21). Una scissione eccessiva tra individuo e comunità, ed una considerazione non rilevante del concetto di *communio* come quello maggiormente rispondente a descrivere la realtà della Chiesa, relegando alla sfera metagiuridica (costituzionale) il valore personale del diritto canonico, ci sembra pertanto contrario all'essenza stessa della Chiesa e del suo ordinamento. Per l'A., la Chiesa non è una *societas*, ma una *communitas*, tuttavia ci sembra più confacente alla dottrina dire che il popolo di Dio si organizza in una *societas* peculiare, la cui dinamica propria è la *communio*. D'altra parte, Gherri asserisce che il diritto amministrativo canonico sia «*l'adeguata risposta strumentale alla necessità di attuare sempre per l'edificazione della Chiesa* e mai al suo detrimento, facendo del diritto amministrativo canonico *il primo e più efficace strumento istituzionale di conservazione della communio*» (p. 251). L'A., poi, afferma di respingere la visione positivistica, ma, alla fine, sembra più che altro che voglia respingere solamente la norma positiva contingente, identificando, comunque, il diritto con la norma astratta (p. 56). Anche la distinzione tra il fine di una società (il bene comune), ed il fine di una comunità (realizzazioni comuni), ci sembrano un po' artificiosi (p. 84), mentre riteniamo che il fine dell'esercizio ministeriale della potestà amministrativa nella Chiesa sia proprio il conseguire il bene comune, col minor sacrificio degli interessi dei soggetti, il che – appunto – mostra come esistano dei diritti propri dei fedeli. Il sostenere che non possa darsi un vero "*suum*" nella Chiesa (pp. 121-123) oltre all'adesione vitale al Vangelo, ci sembra riduttivo rispetto ad una considerazione più realistica di tutta l'ampiezza

di dinamiche che comporta l'*Ecclesia in via* e che la salvezza e la santità dei fedeli postulano. Né possiamo ritenere che non appartengano all'essenza della Chiesa – che deve prosi come *speculum iustitiae* davanti al mondo (Cf. GIOVANNI PAOLO II, *discorso alla Rota Romana*, 17 febbraio 1979, in *AAS* 71 (1979), p. 423; IDEM, *discorso alla Rota Romana*, 26 gennaio 1989, in *AAS* 81 (1989), p. 926) – i diritti fondamentali, sostenendo che essi sono mero frutto dell'elaborazione internazionale post-bellica (pp. 140-142).

Crediamo, piuttosto, che il problema stia nel fatto si sia usato (e, in parte, si continui ad usare) concetti desunti dalla civilistica e che, logori già nei sistemi statali, mal si addicono alla realtà della Chiesa, apparendo in tutta la loro inadeguatezza ed insufficienza: è il caso di concetti quali *diritti soggettivi* ed *interessi legittimi*. Per altro, lo stesso A. sottolinea quanto sia inappropriato e rischioso legare troppo il sistema amministrativo canonico a quelli civili, ad esempio quando si riferisce ai concetti di pubblico/provato (pp. 64-67) o agli stessi diritti soggettivi (p. 135). Conveniamo, quindi, con Gherri nell'auspicare l'adozione di una terminologia più adatta (p. 156). Tuttavia, non è opportuno, a nostro parere, assolutizzare troppo la distinzione tra Chiesa e società civili, quasi che fossero totalmente incompatibili (p. 86), con il rischio di arrivare alla conseguenza che, nella Chiesa, non possa darsi un vero ordinamento giuridico, strettamente inteso, pur nella consapevolezza che si deve superare (e, ci sembra, contro alla sensazione espressa dall'A. a p. 102, si sia da tempo fatto) il modello pubblicista della *societas iuridice perfecta et necessaria*.

Alla fine, comunque, ancora una volta l'A., mentre ha argomentato lungamente contro alcune posizioni, conclude con l'assumerle. Alle pp. 145-146, infatti, leggiamo: «anche nel diritto canonico esistono vere *posizioni e prerogative individuali espressamente tutelate attraverso un'immediata azionabilità giudiziale* la cui consistenza è del tutto paragonabile *sotto il profilo strettamente giuridico* a quella di molti dei c.d. diritti soggettivi [...]: veri diritti (= *rights*) quanto ad *effettività e tutela funzionali*» (corsivo originale), anche se, in seguito, si sottolinea – giustamente – come la tutela dei diritti e, più ampiamente, lo stesso diritto amministrativo, non possono essere ridotti alla solo loro tutela giudiziale nei confronti del potere esecutivo (p. 149). In questo senso, l'A. – diversamente da gran parte della dottrina – propende per il considerare l'assegnazione alla Segnatura Apostolica della competenza di giudicare sui danni (cf. *PB*, art. 123 §2; *Lex propria*, art. 101) non come un elemento a favore di una visione sostanziale della legittimità su cui il Supremo Tribunale è chiamato a giudicare, bensì come una mera questione di economia processuale (definita addirittura di evidenza *palese*), simile alla connessione delle cause, di cui al can. 1414 (p. 155). Tuttavia, una visione troppo restrittiva della tutela diffusa delle posizioni giuridiche dei fedeli (p. 153) comporta *de facto* la frustrazione delle istanze che portarono alla creazione della *Sectio altera* e lo svuotamento di senso della stessa, anche se l'A. medesimo identifica il nuovo corso del sistema amministrativo canonico proprio con l'introduzione del Tribunale Amministrativo canonico (p. 233 e p. 237). Gherri, poi, asserisce che «la Segnatura Apostolica non è affatto obbligata ad accogliere ogni tipo di richiesta da parte dei diversi soggetti, pur se legittimati», riferendosi all'istituto della reiezione *in limine* da parte del Segretario, prevista dalla *Lex propria ex* art. 76 §1 (p. 173). A questo riguardo, si deve rispondere che non si tratta di una decisione arbitraria, ma il ricorso è rigettato fin dall'inizio solo se manca manifestamente dei requisiti o presupposti essenziali, e si prevede la possibilità di ricorrere al Congresso contro simile decisione (cf. *Lex propria*,

art. 76 §3). Comunque, nuovamente l'A. sembra "fare marcia indietro" e, infine, riconosce che nella Chiesa esiste un sistema di azioni giudiziarie per la garanzia dei diritti dei singoli e della collettività (p. 169), anche se egli crede che tale tutela non sia a protezione dei diritti soggettivi o dell'interesse/bene privato, ma volta a escludere qualunque forma di arbitrarietà (p. 172); a nostro modesto parere, questi due aspetti andrebbero tenuti insieme, non scissi o esclusi a vicenda, poiché ogni violazione di diritto può evidenziare un agire arbitrario e, altresì, un tale modo di fare viola il diritto (non inteso solo come norma positiva).

Anche lo scartare con forza l'uso dell'espressione "Pubblica Amministrazione Ecclesiastica", teorizzato dall'A. (p. 101), non ci trova d'accordo (tanto più che, nella seconda parte, cioè negli ultimi due capitoli dell'opera, egli stesso ne fa ampio uso): la PAE esercita un *munus* che, come tale, è di natura essenzialmente diaconale e, perciò, pienamente conforme alla natura e all'essenza della Chiesa stessa, divenendone, anzi, uno strumento funzionale assai utile.

Secondo l'A. i presupposti ed i caratteri per identificare un vero diritto amministrativo canonico coerente con gli elementi che lo individuano anche in campo giuridico generale sono: l'individuazione di più funzioni potestative all'interno dell'ordinamento e divisione di attribuzione di queste funzioni e delle loro competenze specifiche; vigenza sostanziale del "principio di legalità" e conseguente primato del diritto e soggezione dell'esercizio delle diverse potestà al diritto stesso; esistenza di modalità di rapporto di rapporto tra i diversi soggetti giuridici secondo regole e mezzi diversi dal diritto dei privati (p. 248).

L'A. parla dell'ordinamento canonico come di ordinamento giuridico globale/composito, ma sembra ancorare troppo questa visione al modello comunitario europeo, rischiando così di commettere lo stesso errore fatto in passato di legare eccessivamente il sistema amministrativo canonico con quelli civili, cosa che – come detto – ha ampliamente dimostrato i suoi limiti e i problemi che ha comportato al diritto amministrativo canonico (pp. 291-293).

L'opera nel complesso è apprezzabile e positiva perché, cosciente che il diritto amministrativo è un ambito giuridico assai recente e disomogeneo (p. 216), offre – da un punto di vista scientifico – un prezioso contributo alla teoria fondamentale di questo ambito del sapere canonistico, ribadendone l'importanza e la specificità, pur con quei limiti che abbiamo cercato di esprimere.

Giovanni Parise

H. Kelsen, *Religione secolare. Una polemica contro l'errata interpretazione della filosofia sociale, della scienza e della politica moderne come "nuove religioni"*, Raffaello Cortina, Milano, 2014.

Ha destato notevole curiosità, oltre che un comprensibile interesse, il saggio di Kelsen, pubblicato solo nel 2012 e tradotto in italiano nel 2014, a distanza di quaranta anni dalla morte del Maestro, sul tema dei diritti delle religioni *secolarizzate*, cioè prive di un'ipotesi trascendente, ovvero di una verità rivelata per un mondo che va al di là dell'esperienza sensibile.

Religione secolare. Una polemica contro l'errata interpretazione della filosofia sociale, della scienza e della politica moderne come "nuove religioni" – tradotto in edizione italiana per i tipi di Raffaello Cortina e a cura di Paolo Di Lucia e Lorenzo Passerini Glazel – non è tanto un saggio monografico del giurista austriaco e statunitense, bensì una raccolta di recensioni, corrispondenze, appunti sul tema delle religioni senza Dio. Risulta, per altro, dalle note dei curatori, che l'autore non ha mai autorizzato la stampa dell'opera qui recensita. Essa obiettiva-

mente manca di una sistematicità tipica dei saggi di Kelsen, pur se gli autori classici menzionati sono numerosissimi. Il pensiero di Gioacchino da Fiore, Agostino di Ippona, Hobbes, Hume, Kant, Saint-Simon, Prudhon, Comte, Nietzesche, è visitato con profondo spirito critico e incredibile sintesi, senza nulla togliere alla compiutezza dell'indagine.I commenti di Kelsen su tali autori rivelano ancora una volta una incredibile profondità di analisi, in una rivisitazione compiuta con capacità intuitiva e penetrante puntualità.

Taglienti, come non mai, le espressioni usate dall'autore: l'*encyclopédie francese come Corano* (p. 164); Marx, *questo teista travestito* (p. 241); non si può credere che Comte abbia *ricostruito la Città di Dio…Pierre-Joseph Proudhon…. fu uno spirito religioso e il teologo del progresso* (p. 188), solo per riportare alcune espressioni colorite che maggiormente attirano e coinvolgono il lettore.

Il fitto carteggio del filosofo del diritto sul tema in parola prende le mosse da una corposa recensione al libro di Voegelin, *The new Science of politics.An Introduction* (1952).

Successivamente vi furono scambi di lettere, articoli, ulteriori recensioni tra il Maestro e il suo allievo, il tutto trasfuso in un materiale voluminoso, tanto da raggiungere le dimensioni di un saggio monografico, non *meritevole* di pubblicazione, per esplicita indicazione dello stesso Kelsen, che definiva, non senza autoironia, la raccolta di questi scritti piccole glosse di un *old man.* Nondimeno la monografia va portata all'attenzione di una platea più vasta, poiché può essere letto come una generale osservazione del Kelsen sulla teoria generale del diritto, rivisitata alla luce del fattore religioso.

In proposito è bene premettere che il Kelsen, di educazione familiare ebraica, si convertì al cattolicesimo nel 1905, per poi aderire al protestantesimo di confessione augustana (la prima confessione storica fondata da Lutero e sistematizzata da Filippo Melantone – *Melancthon,* ovvero *terra nera* – estensore materiale del testo della Confessione di Augusta del 1530), per assumere nella terza età, posizioni più strettamente agnostiche. Il pensatore qui recensito in materia di religione aveva già evidenziato nel trattato *Teoria pura della norma* che l'uomo nel «desiderio di penetrare nell'essenza delle cose lo spinge a ricercare ciò che sta dietro alle cose» per rinvenire «una sfera al di là della sua esperienza» per ritenere «quel mondo, che il suo io conosce, un mero frammento, un germoglio inferiore di un altro mondo che è al di là della sua conoscenza, proprio perché ed in quanto è il mondo "reale", "finale", "perfetto" e "vero"»; in una tale «strana ipotesi» l'uomo raggiunge «l'illusione di crescere al di là di sé stesso» in «una impresa tragicomica» in cui si rinviene «il nocciolo elementare di ogni metafisica e religione» (Teoria pura della norma).

Tali posizioni agnostiche non impediscono, tuttavia, a Kelsen di dimostrare la tesi di fondo che nelle scienze giuridiche non può essere presa in considerazione una qualsiasi religione senza Dio, vale a dire senza la trascendenza, senza una particolare concezione dell'esperienza ultrasensibile, ovvero della metafisica. *Etiamsi daremus Deum non esse*: "*una religione secolare è una religione priva di senso privata di ogni religiosità, cioè non è affatto una religione*", (p. 25).

Kelsen premette, altresì, che la sua teoria sulle "personificazione dell'ordinamento giuridico nazionale" non deve essere confusa con la teoria del dualismo tra Dio e natura; ovvero il *falso* rapporto tra Stato – come entità ipostatizzata – e diritto non deve dar luogo al parallelismo con il problema teologico, appunto, del rapporto tra Dio e natura. In proposito bisogna condividere l'acuta analisi di P.Grossi (P.Grossi, *Ritorno al diritto*) secondo cui Kelsen offre " *con impeccabile lucidità una sistemazione dell'universo giuridico apparentemente persuasiva*"

perché alla fine " *il potere domina indirettamente, con una presenza greve, tutto il paesaggio sapientemente disegnato"*. Detto altrimenti, si identifica il diritto con lo Stato, un costo rilevante, secondo il Capograssi, per garantire alla espressione giuridica una *purezza* che non può essere un elemento indefettibile della norma, a meno che non si voglia consentire la trasformazione del potere in diritto. La forza come diritto naturale.

Così sinteticamente ricordata la teoria kelseniana, si deve aggiungere che l'anziano filosofo austriaco, naturalizzatosi statunitense, osserva con acutezza che qualsiasi uso del termine religione attribuito alla filosofia sociale, alla scienza o ai movimenti politici moderni, altamente ideologizzati, diviene impropria, usurpante.

È questo il nodo centrale della riflessione ultima di Kelsen.

Il filosofo della teoria pura del diritto si muove in controtendenza con le correnti filosofiche a lui contemporanee. Con Raymond Aron – il pensatore francese della democrazia procedurale per la garanzia dei diritti – che ha proposto di definire religioni secolari quelle dottrine che *nello spirito dei nostri contemporanei prendono il posto della fede che è svanita, e che trasferiscono in questo mondo, in un futuro remoto, la salvezza del genere umano, nella forma di un ordine sociale che dovrà essere instaurato"* (p. 28). Con Russell, il filosofo matematico ateo, pacifista, polemista acuto e notissimo, che già nel 1935, con il saggio *Scienza e Fede,* da posizioni ateistiche non aveva escluso la possibilità di religioni senza Dio. La polemica di Russell è finalizzata, tuttavia, a contrastare il dilagarsi del nazionalsocialismo e o del fascismo, appunto come religioni secolari. Medesima considerazione può farsi con il saggio di Maritain, *Umanesimo integrale*, che vide la luce solo pochi mesi dopo, nel 1936. Il filosofo francese, di area cattolica, ha individuato una religione secolare nei sistemi marxisti: «il comunismo…è un sistema completo di dottrina e di vita il quale pretende di svelare all'uomo il senso dell'esistenza, risponde a tutte le questioni fondamentali poste dalla vita e manifesta una potenza ineguagliata di inviluppamento totalitario; una religione e delle più imperiose e sicura di essere chiamate a sostituire tutte le altre religioni; una religione atea della quale il materialismo dialettico costituisce la dommatica e il comunismo, come regime di vita, è l'espressione etica e sociale. Così l'ateismo non è richiesto (ciò che sarebbe incomprensibile) come una conseguenza necessaria del sistema sociale, ma è presupposto al contrario come il principio di questo….», per altro «…la fede nella rivoluzione comunista presuppone in realtà un universo totale di fede e di religione sul quale essa si edifica….questa religione e questa fede non appare loro [ai comunisti] come una religione, perché sono atee; né come una fede, perché si presentano come l'espressione della scienza. Così pur non avendo loro il sentimento che il comunismo è una religione, in realtà è una religione. Il perfetto religioso prega così bene da ignorare che prega. Il comunismo è così profondamente, sostanzialmente una religione-terrena-da ignorare di essere una religione. [J.Maritain, *Umanesimo integrale*, Torino, trad.it. 1962, p. 84 e ss..].

In sostanza sia Russell che di Maritain si limitano a una constatazione del fenomeno. Entrambi – da posizione ateistiche il primo e da posizioni cattoliche il secondo – mettono in guardia da questa strana sperimentazione fenomenica della religiosità dei partiti politici estremamente ideologizzati. I due filosofi convengono nel ritenere che nella religione "si crede in", mentre negli altri sistemi filosofici c.d. *quasi religiosi* "si crede che". Nelle religioni si crede nella salvezza celeste, mentre nei sistemi filosofici e nelle correnti di pensiero fortemente ideologizzati si crede nella salvezza terrena.

Kelsen, su un diverso piano, ripudia

i pericolosi parallelismi: il *marxismo* non può essere un misticismo laicizzato, lo stesso Marx erra nel profetizzare l'attuazione del comunismo ideale come una *paraousia* laica, il Corpo mistico del Cristo giunto al suo compimento (p. 11).

Per Kelsen la religione è la credenza in un messaggio di verità rivelata e, soprattutto, un itinerario di salvezza. Religione e secolarismo sono due poli che si respingono. Diversamente opinando si corre il rischio di *teologizzare* di nuovo la politica, di eternare l'errore di sostituire il progresso scientifico e tecnologico alla fede, al contrario *"la scienza può solo descrivere e spiegare; non può* giustificare *la realtà. La scienza ha la tendenza estrinseca ad essere indipendente dalla politica e, in quanto conoscenza razionale e obiettiva della realtà, non può presupporre, nella descrizione e nella spiegazione del proprio oggetto, l'esistenza di un'autorità trascendente, che sia al di là di ogni possibile umana esperienza"*. Questa riflessione, con la quale Kelsen chiude il suo approfondimento tematico, (p. 364), sembra essere la sintesi di un testamento spirituale, della meditazione di un filosofo cui la Provvidenza ha concesso una lunga vita attiva negli studi, la formula sintetica del pensiero di un *old man*.

È bene anche fare menzione di una intelligente discussione intercorsa nello stesso periodo tra Hannah Harendt e G. Monnerot. Qualche anno dopo il saggio di Voegelin – correva l'anno 1953 – Hannah Arendt pubblicò sulla rivista *Confluence. An International Forum*, (n.3,1953, rivista diretta da Henry Kissinger), un saggio dal titolo *Religion and politics*. La Harendt criticava negativamente la posizione di Voegelin e più ancora quella del filosofo francese Monnerot, accusato di confondere ideologia e religione. L'accusa più pungente della filosofa può rinvenirsi nel seguente passaggio: «il mondo in cui viviamo non è più semplicemente un mondo secolare che ha bandito la religione dagli affari pubblici, ma un mondo che è arrivato a eliminare Dio dalla religione…». La rivista ebbe così l'occasione per aprire una serrata polemica tra la Harendt e il Monnerot, che si concluderà solo nel settembre dell'anno successivo, ove entrambi i filosofi mantennero le rispettive posizioni. Da tale appassionato dibattito culturale il Monnerot esce in una posizione di difesa, sostenendo che non è possibile distinguere tra ideologia e religione, ma soprattutto sostenere che «si escludono a vicenda», concludendo che:«Dio è arrivato tardi, ma non è nemmeno indispensabile che arrivi.».

Il dibattito innescato dagli studiosi di filosofia teoretica sin dagli anni trenta del ventesimo secolo, fin qui brevemente abbozzato, continua ad avere strascichi, anche a carattere giurisprudenziale, fino ai nostri giorni. Vale la pena lasciarsi andare ad una breve digressione per un rapido riferimento alla legge di approvazione dell'*Intesa* con i Buddhisti, legge emanata grazie ad un meccanismo del tutto inedito in tema di rapporti con le Confessioni religiose diverse dalla cattolica, cioè con l'iniziativa legislativa del Parlamento e non più del Governo, stante il generico richiamo *allo Stato,* contenuto nel rinnovellato art.117 della Costituzione per quanto riguarda la potestà legislativa in materia ecclesiastica sottratta alle Regioni, ma ancor più per il comportamento omissivo tenuto dal Governo dopo la conclusione dell'intesa intercorsa con i rappresentanti della Confessione Buddhista. Va ricordata altresì la vicenda procedurale intrapresa dall'UAAR, per ottenere un tavolo di trattative con il Governo al fine di addivenire ad un'*intesa* ex art.8, 3 c. della Costituzione. *Querelle* procedurale allo stato solo apparentemente sopita, dopo la sentenza del TAR Lazio n.7068 del 2014, che a sua volta si poneva in antitesi al pronunciato della Sezioni Unite della Cassazione n.16305 del 2013. Il giudice amministrativo laziale si è limitato sem-

plicemente ad evidenziare la circostanza che nel proprio Statuto l'UAAR, all'art. 6, dichiara espressamente il carattere *non confessionale* dell'associazione ateistica. È questo un argomento decisivo, al di là del fatto che vi sia una certa *omologia* tra ateismo e religione, che si contendono il medesimo campo della coscienza umana, che, di fatto, in tema di diritti di libertà è il postulato della libertà religiosa.

Per chiudere la breve parentesi sul caso UAAR, è opportuno far rilevare che probabilmente le pretese dell'associazione ateistica si fondano sul malinteso senso della religione in rapporto alla spiritualità, in relazione alla dimensione temporale con l'eternità.

Va segnalata, ancora, tornando alla recensione in parola la rassegna che Kelsen compie sulle varie definizioni di religione, un elenco messo in chiaro scuro, quasi di nascosto, in una nota a margine del primo capitolo, forse proprio per la mancanza di sistematicità di cui risente il saggio.

Per ragioni di spazio non è possibile riportare tutti gli autori passati in rassegna dal Kelsen.Bisogna segnalare, per dovere di completezza, che nel lungo elenco di autori proposti dal Kelsen viene omessa inspiegabilmente l'opera e il pensiero di M.Eliade, storico delle religioni di origini rumene, contemporaneo di Kelsen.

La breve nota qui tratteggiata ci porta a segnalare due problemi attuali e irrisolti e, solo apparentemente, diametralmente opposti: la definizione dottrinale del concetto di confessione religiosa e la crisi del costituzionalismo moderno, segnatamente in relazione al problema della religione civile di dimensione europeistica.

L'insistenza delle associazioni ateistiche nel richiedere un'intesa ai sensi dell'art.8 della Costituzione si pone su una impostazione metodologica errata, che consiste nell'equiparazione del concetto filosofico di religione con la definizione giuridica di confessione religiosa.

I due termini non sono, infatti, una duplicazione (si direbbe: telematica) l'uno dell'altro. Non si può ritenere che il dualismo dei due fenomeni sia solo apparente, giacchè l'uno sarebbe il raddoppiamento dell'altro.

Ogni confessione religiosa è un ordinamento giuridico, costituitosi per finalità di religione, ordinamento diverso e indipendente dallo Stato; ordinamento giuridico scomponibile allo stato fluido e allo stato solido. La religione è la finalità per la quale i soggetti che formano tale ordinamento religioso si sentono legati dal vincolo ordinamentale.

È questo il carattere distintivo tra confessione religiosa (criterio giuridico, che adopera strumenti sicuramente laici) e quello sociologico o psicologico di religione (che richiede un approccio o autenticamente teistico o profanatorio, per il semplice fatto che per il credente la religione non ha forma plurale). Continuare a equiparare i concetti di religione e di confessione religiosa comporta il perpetrare del meccanismo, tanto diffuso dai primi filosofi greci, del *paralogismo*, cioè di un ragionamento apparentemente coerente, che però inserisce un'imperfezione le procedimento logico.

Ciò detto, è evidente che i criteri per identificare una confessione religiosa non possono combaciare con quelli per individuare una religione. Nel primo rientra il dato storico, quello sociologico, talvolta numerico, geografico, e da ultimo quello politico (la stipula dell'intesa); nei secondi rientrano considerazioni di ordine filosofico e teologico, che possono prescindere da quelli presi in considerazione per le confessioni religiose.

Detto altrimenti, la confessione religiosa giuridicamente assolve ad funzione, ad una dinamica dei gruppi, mentre la religione è l'essenza di questa data funzione; entrambi i concetti, pur avendo lo stesso ruolo funzionale, non possono essere considerati identici.

Quasi contemporaneamente alla pubblicazione dell'opera postuma del libro di Kelsen, ha visto la luce anche un

saggio di un pensatore contemporaneo, R.Dworkin, il quale, pur ammettendo la possibilità di una religione senza Dio, pone l'interprete dinanzi al seguente dilemma: se la religione necessita di una divinità, la tutela del relativo diritto accordato nelle costituzioni europee vigenti è una tutela speciale della religione, che impone una lettura teistica delle carte costituzionali; se al contrario è ammissibile una religione senza Dio la tutela costituzionale è accordata unicamente all'indipendenza etica del singolo, secondo una lettura laica dei dettami costituzionali.

Si potrebbe concludere che allo stato il trattato di Lisbona ha prediletto la seconda soluzione propugnata dal Dworkin. A questo punto vien fatto di pensare: la crisi che attaglia il costituzionalismo europeo contemporaneo, la polemica sul *luogo della sovranità* non è forse alimentata anche dalla confusa formulazione dell'art.17 del TUE, un vaso di pandora dove è possibile trovare tutto e il suo contrario ?

La formula adoperata dal costituente europeo non è stata adottata troppo ingenuamente per ritenere scontata una religione civile transnazionale?

Luigi Barbieri

SERGIO LARICCIA, *Arturo Carlo Jemolo. Un giurista nell'Italia del Novecento*, Carocci, Roma, 2015, pp. 1-207

Nei Quaderni dell'Istituto di Studi Giuridici del Lazio «*Arturo Carlo Jemolo*» viene pubblicato opportunamente questo libro da parte di Sergio Lariccia che, nella qualità di Segretario (unitamente a Vito Librando, Giuseppe Rossini e Arnaldo Squillante), ha partecipato ai lavori di revisione del Concordato lateranense del 1929 nella Commissione Gonella (febbraio-luglio 1969) insieme ad Arturo Carlo Jemolo, Gaspare Ambrosini, Franco Valsecchi, Roberto Ago, Pio Fedele e Paolo Rossi.

Se si fosse partiti da questa, ancorché di stampo unilaterale, molti degli inconvenienti che si riscontrano nel Concordato del 1984 non sussisterebbero perchè troppo appiattito su quello del '29 per le concessioni che un accordo bilaterale pur sempre richiede.

Se questi atti riprodotti in appendice costituiscono il punto di partenza del lavoro di Lariccia, corredato anche da una bibliografia dei lavori di Jemolo e su Jemolo e da una breve biografia, esso costituisce l'occasione per un ripensamento del contributo che Jemolo ha dato alla cultura italiana, sia giuridica che storica in un periodo di forte dogmatismo dal quale lo storicista Jemolo, fedele all'insegnamento del maestro, Francesco Ruffini e della sua scuola (Falco e Bertola), ha preso le distanze. Questo atteggiamento gli consentirà di operare in più campi, ma soprattutto di avere allievi che si riallacciavano ai suoi variegati interessi: Scavo Lombardo, De Luca, Gismondi, Spinelli, Caputo, Margiotta Broglio e i loro allievi tra i quali Finocchiaro, Catalano, Condorelli e lo stesso Lariccia.

La vena scettica di Jemolo, che si riteneva un malpensante, costituisce una costante. Tutto il suo impegno è volto allo sviluppo di una vita politica democratica. Jemolo era com'è noto un un liberal-cattolico e questa costituisce un'altra delle chiavi di lettura della sua vastissima produzione scientifica che spazia dal diritto ecclesiastico al diritto canonico, dalla storia dei rapporti tra Stato e Chiesa alla storia delle Istituzioni politiche e religiose, dalla storia del diritto a quella del diritto canonico. Anche per la sua lunga vita – Jemolo muore a novanta anni – Egli costituisce un *unicum* non soltanto tra gli ecclesiasticisti, ma tra i giuristi e gli storici della sua generazione, al quale noi tutti dobbiamo moltissimo, per cui bene ha fatto Sergio Lariccia a ricordarne il contributo.

Io stesso sono stato influenzato da Jemolo nei miei primi lavori, quello sulla

politica ecclesiastica di Ricasoli e sulla questione romana e con me molti altri. Certo, quanto ha fatto Lariccia può essere approfondito ulteriormente affrontando tutti questi settori di studio, in modo non sempre agiografico, ma anche critico, ed è quanto l'Istituto può continuare a fare per rinverdire le ricerche e l'importanza che Arturo Carlo Jemolo ha avuto nel nostro ambiente.

Mario Tedeschi

MINELLI CHIARA, Rationabilitas *e codificazione canonica. Alla ricerca di un linguaggio condiviso*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2015, 210 p.

Come non apprezzare un libro che espone, con estrema precisione e in modo innovativo grazie al lavoro condotto in archivi ancora sconosciuti le vivaci discussioni che hanno avuto luogo in seno alle commissioni di redazione e revisione dei tre codici di diritto canonico (1917, 1983 e 1990) concernenti l'uso del concetto canonico di *rationabilitas?* Nei testi promulgati, questa nozione non appare come tale, ma nella sua forma aggettivale – *rationabilis* – nel Libro I sulle norme generali dei due Codici Latini e nel titolo XIX del CCEO – nei cann. 27, 28 e 84 del CIC 1917, 24 e 90 del CIC 1983 e nei cann. 1507 e 1536 § del CCEO – vale a dire nella legislazione che si occupa di tre istituti giuridici, il diritto, la consuetudine e le dispense.

Nella conclusione della sua ricerca, Chiara Minelli fa a questo proposito una interessante riflessione sulla portata semantica dell'aggettivo *rationabilis* parola che descrive come aggettivo *complementativo-relazionale* quando si applica, di fatto, al rapporto tra entità. Così come, dice, quando si parla di *consuetudo rationabilis* si parla di due entità, la *consuetudo* e la *rationabilitas* che obbligano a rendere esplicita la loro relazione. Resta inteso che questa riflessione illustrerà il carattere dinamico del diritto canonico che lascia spazio, nell'esercizio del potere di governo, alla discrezione, al giudizio e alla valutazione per apprezzare se il contenuto di un atto, di cui ricordiamo il legame con la *salus animarum,* rispetta il principio canonico di *rationabilitas*.

La legislazione sulla *legge* nei tre codici si apre con un canone che non dà alcuna definizione. Si tratta di una scelta dei codificatori, mantenuta nonostante le discussioni dei membri nella commissione. "*Omnis definitio periculosa est*." Eppure, negli schemi di revisione CIC 1983, si voleva descrivere la legge come " *norma scilicet ad bonum commune alicui communitati a competenti auctoritate data…* ". In realtà sono tornati a una semplice menzione della istituzione della legge al momento della sua promulgazione: "*Lex instituitur cum promulgatur*". Questa maniera condensata di parlare e di promuovere il momento formale dell'emanazione della legge non significa pertanto abbandonare in modo definitivo la dottrina classica della *rationabilitas.* Al massimo è stata un'occasione mancata di riprendere nei canoni l'espressione tradizionale che descrive la legge come *ordinatio rationis* (p. 133).

L'autore ricorda che con questa espressione S. Tommaso fece della *rationabilitas* un elemento essenziale della sua descrizione del diritto; la dottrina si è riferita a lui fino al Suarez, il quale, riducendo la sua portata, ha sottolineato il ruolo del legislatore nella legittimità dell'atto legislativo, il carattere essenziale della sua promulgazione e quindi l'obbedienza dovuta all'autorità che esprime la sua volontà. Il dibattito è stato costante tra i sostenitori della posizione tradizionale medievale e i seguaci di Suarez (vedi il nostro articolo *La ricezione della legge nel diritto canonico. Pertinenza e significato*, in *Diritto e religione,* 9, 2010, p. 141-159). Ma le discussioni dottrinali tra canonisti nel corso dei secoli dimostrano che la ca-

tegoria *rationabilitas* come carattere della legge è stata un riferimento costante per la creazione della legislazione codificata; già nei *prolegomena* riguardante il CIC del 1917, gli autori proponevano che la legge dovesse essere chiamata *ordo rationis* e la dottrina fino a oggi non ha smesso di riprendere le discussioni anche nei tentativi, come ha fatto Corecco, di andare radicalmente oltre il concetto tradizionale per introdurre quello di *ordinatio fidei.*

Lo studio è appassionante per coloro che si interrogano sull'importanza che ha avuto il processo di *codificazione* per il diritto canonico. Questa è stata uno strumento utile per rispondere alle domande di nuova organizzazione di una normativa sparpagliata alla fine del XIX secolo che creava una situazione di mancanza di certezza giuridica. La codificazione è stata poi ripresa dopo il Vaticano II per il Codice di Diritto Canonico latino. Su questa base storica Chiara Minelli dimostra che, anche quando il diritto canonico è entrato nei movimenti che hanno portato alla creazione delle codificazioni moderne, il pensiero dei canonisti è rimasto dipendente dalla nozione di *rationabilitas* anche se è stata poco usata esplicitamente. Malgrado l'uso scarno del concetto nei testi canonici codificati, la *rationabilitas* è fondamentale come categoria di riferimento nella descrizione delle fonti del diritto canonico e, soprattutto, del loro dinamismo.

Chiara Minelli espone con chiarezza i dibattiti che si sono svolti sulla *codificazione* delle normative orientali in seguito alla pubblicazione del primo *Codex* latino e, di nuovo, dopo quella del Codice del 1983. La consultazione dei verbali delle discussioni sul futuro CCEO permette di fondare una nuova tesi sull'importanza della *rationabilitas* che si pensa ovviamente necessaria ed esplicita in una cultura meno abituata a categorie giuridiche occidentali di esercizio del potere. Ella dimostra che i redattori hanno avuto difficoltà ad ammettere che se si usasse il termine *rationabilis* come nel Codice del 1983, probabilmente perché hanno voluto affermare la specificità del diritto orientale rispetto alla tradizione latina, e che la ricerca di un proprio linguaggio non aveva escluso il contenuto del concetto di *rationabilitas.* L'attenzione si è concentrata sulle origini profonde dei costumi che esprimono il ruolo dello Spirito Santo o, così come il principio di economia è stato un punto di riferimento per i redattori, sullo scopo delle dispense che favoriscono il *bonum spirituale fidelium*. Finalmente l'aggettivo *rationabilis* sarà utilizzato come nel Codice latino.

Infine, i ricercatori troveranno in questo libro, soprattutto se interessati alle norme generali del Codice latino e al titolo corrispondente del CCEO, elementi essenziali per la teoria del diritto, le consuetudini e le dispense. I nomi dei redattori dei codici citati nel libro sono da noi conosciuti attraverso i loro trattati, su cui stiamo ancora lavorando, e possiamo solo rallegrarci di poterli osservare nel loro confronto e nell'esercizio del loro dovere di formalizzare il diritto in un testo di canoni. Degno di nota è il loro comune impegno per la categoria della *rationabilitas*, dimostrando che è un elemento che fa parte del patrimonio dell' ordinamento canonico ed esprime la sua specificità contro gli ordinamenti statali che hanno anch'essi una legge codificata, una prospettiva che il canonista italiano Pio Fedele ha ben sviluppato e che Chiara Minelli riporta, soprattutto nel dibattito di questo autore con Orio Giacchi. Così come non rilevare questi dati di prima mano tratti dall'ultima *consulta* parziale dedicata alla consuetudine in cui, mentre non si parla di *rationabilitas* della legge scritta, si dice, "*consuetudo praeter ius (…) quoque potest legem inducere se pariter probetur rationabilis* "? L'autore valuta l'uso di questo *pariter* come indice prezioso e rivelatore della percezione dell'importanza della *rationabilitas,* im-

plicitamente ma profondamente unitario e trasversale al dinamismo interno delle fonti del diritto scritto (p. 89).

Qual è il senso del termine *rationabilitas*? I vescovi olandesi chiesero: "*Quid sibi vult Verbum rationabilis?* ". E, in una posizione discussa in commissione, Jean Gaudemet ammise che *"rationabilitas conceptum omnimode obscurum esse etsi commodum pro legislatore*". Questa è la domanda su cui gli autori citati si sono confrontati durante la redazione del codice. Il libro di Chiara Minelli che, con questa tesi fondamentale è innovativo, mostra che la nozione è stata conosciuta, riconosciuta, utilizzata come un principio fondamentale e informatore del diritto canonico, è stata necessaria perché, senza di essa, esso avrebbe perso la sua identità e per questo motivo, nessuno ha pensato di rinunciarvi. Definirla sarebbe stato un lavoro complesso, e forse non rilevava ai fini della epistemologia della codificazione. Gasparri l'aveva capito. Mentre si stava discutendo della consuetudine *rationalibilis*, il canonista respinse la proposta di Wernz che voleva togliere dal Codice la formula "meramente negativa" che parlava della *rationabilitas.* Secondo il consultore Giustini, la *rationabilitas* era tutta contenuta nella "riprovazione o meno di una consuetudine…uno negli indizi e magari l'indizio più pratico e sicuro della sua raggionevolezza o irragionevolezza" (p. 86).

Patrick Valdrini

La Chiesa cattolica e la questione della sovranità, a cura di ALESSANDRO PEREGO, Milano, Vita e Pensiero, 2015, 160 p.

Il volume in recensione raccoglie una serie di contributi scaturiti da alcuni incontri scientifici promossi tra il 2012 e il 2013 dalle cattedre di diritto canonico ed ecclesiastico dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, dell'Università degli Studi di Padova e della Libera Università Maria Ss. Assunta di Roma (LUMSA).

La raccolta è aperta da una *Nota sui contenuti* di Alessandro Perego (pp. 11-19) ed è conclusa da un saggio di Ombretta Fumagalli Carulli sul tema: *Lo Stato italiano e la Chiesa cattolica: indipendenza, sovranità e reciproca collaborazione. A proposito dell'art. 1 dell'Accordo di revisione concordataria* (pp. 141-158).

Come sappiamo la questione della sovranità della Chiesa cattolica è centrale in tutta la storia dell'Occidente cristiano, ma assume una particolare valenza nell'età contemporanea e diventa rilevante nel momento in cui gli Stati iniziarono a porre a base della loro legittimità la volontà della Nazione, che sostituì la grazia di Dio da cui i sovrani facevano discendere il fondamento che legittimava il loro potere.

Lo Stato moderno – negando la sussistenza di altre sovranità sullo stesso popolo e sullo stesso territorio e non ammettendo che il fattore religioso fosse svincolato dalla sua potestà – dovette contrastare e ridurre in una sfera governata dal diritto privato il potere della Chiesa. In tal modo dalla Rivoluzione francese in poi iniziò ad evidenziarsi il vallo tra religione e appartenenza nazionale.

Successivamente il rapporto tra sovranità della Chiesa e sovranità degli Stati subì profonde differenze interpretative tra il concilio Vaticano I e il Vaticano II e, per quanto riguarda l'Italia, trovò una definizione nella nitida stesura dell'articolo 7 della Costituzione, che: "consacra il dualismo come principio costituzionale" (p. 144). Quindi: "Riconoscere la sovranità della Chiesa nell'ordine spirituale significa riconoscere la sua libertà non più (a differenza del passato) come area lasciata dallo Stato alla Chiesa, ma che lo Stato in certo senso considera propria, bensì come attributo originario sul quale lo Stato non pone alcuna preclusione" (p. 145).

Oggi il tema è tornato a coinvolgere in profondità la Chiesa cattolica nel momento in cui l'attuale pontefice – dopo che

per secoli la diplomazia della Santa Sede lottò per cercare di regolare le relazioni con gli Stati in conformità con la legge di Dio e con le tradizioni cattoliche delle Nazioni e per strappare il riconoscimento del carattere di società perfetta – aspira ad essere una autorità esclusivamente spirituale e ad intervenire con frequenza su tematiche più sociali che religiose. Egli si spoglia di ogni segno esteriore e rifiuta quell'apparato esterno legato all'ufficio temporale, che per secoli sorresse il governo pontificio. Tuttavia, così facendo, finisce con l'indebolire lo spazio d'azione del successore, che potrebbe non essere così carismatico come l'attuale vescovo di Roma e quindi trovarsi in difficoltà perché privato delle rappresentazioni del suo potere assoluto.

In questo contesto mi chiedo quali siano attualmente le linee dello *ius ecclesiasticum externum* e quali potranno essere in futuro le sorti delle norme canoniche che regolano i rapporti con gli Stati. Infatti, nel lungo periodo la situazione oggi intrapresa potrebbe portare ad uno Stato senza sovrano, cioè a condizioni opposte a quelle che furono previste dalla legge delle Guarentigie, che riconosceva al pontefice attributi sovrani nell'atto stesso in cui lo considerava privo del potere temporale. Per inciso aggiungo che il riconoscimento della personalità giuridica internazionale fu il nucleo della questione romana e fu il principale nodo rispetto al possibile ristabilimento di una certa territorialità dell'ex Stato della Chiesa.

Indubbiamente, oltre ad essere sotto i nostri occhi non solo un generale ripensamento della sovranità statuale, non possiamo tacere di fronte alle trasformazioni – al momento più formali che sostanziali – che papa Francesco sembra voler perseguire anche visivamente e che inducono a chiederci se siamo in presenza di un ulteriore momento della metamorfosi della personalità internazionale della Santa Sede. Ciò non è improbabile perché – come osserva il Curatore del volume – quello della sovranità: "non è infatti questione per la quale possa darsi una 'soluzione' nel senso proprio del termine, o che possa almeno godere della quiete di una ricostruzione descrittiva sostanzialmente condivisa" (p. 11).

Per non allontanarci dall'opera in recensione ritorno ai diversi incontri scientifici che ne furono all'origine e che ebbero per oggetto la sovranità della Chiesa in rapporto con l'ordine internazionale e con l'ordine costituzionale; la sovranità della Chiesa e gli enti ecclesiastici; la sovranità della Chiesa e il matrimonio, ma aggiungo che non è possibile in questa sede soffermarsi sul contributo dei singoli relatori. Osservo soltanto che sono tutti altamente qualificati nel loro ambito di specializzazione siano essi degli ecclesiastici protagonisti della vita istituzionale della Chiesa come autorevoli giuristi laici, scelti non soltanto tra gli studiosi del diritto ecclesiastico e canonico. Ricordiamo i nomi degli autori dei contributi: Jean-Louis Tauran; Paolo Mengozzi; Giovanni Lajolo; Ugo De Siervo; Manlio Miele; Carlo Roberto Maria Redaelli; Venerando Marano; Giuseppe Dalla Torre; Francesco Coccopalmerio; Emanuela Giacobbe.

Il Curatore, ordinando i testi delle relazioni per la pubblicazione, ha identificato due categorie: quella giuridica della sovranità in riferimento alla Chiesa cattolica quale soggetto di diritto e quella che si riferisce alla dimensione relazionale e dinamica di tale sovranità. La prima categoria può articolarsi in una serie di punti: a) il significato giuridico del temine *sovranità*; b) la titolarità; c) la fonte; d) la natura della sovranità della Chiesa.

La seconda categoria risulta affrontata come segue: a) le modalità concrete di esercizio della sovranità da parte della Chiesa; b) la sovranità della Chiesa nell'ordinamento italiano; c) l'esame di specifiche materie e problematiche.

Come si è anticipato questa raccolta

è completata da un contributo non meno pregevole dei precedenti di Ombretta Fumagalli Carulli, nel quale è affrontata la questione della sovranità della Chiesa cattolica, oggetto di contrastate valutazioni nella realtà italiana. Contributo che in qualche modo rappresenta la chiave di volta dell'intera opera.

Il saggio riproduce il testo della relazione tenuta in Roma il 14 gennaio 2014, presso l'Arcisodalizio della Curia Romana e consente, a trent'anni dalla firma dell'Accordo di Villa Madama, "di raffrontare le attese di allora e la realtà di oggi". Questo perché ci sono: "materie sulle quali siamo giunti ad una situazione poco prevedibile nel 1984. La prima è l'8 per mille e la seconda il matrimonio. Entrambe materie "miste", di competenza sia dell'ordine spirituale che dell'ordine temporale, con una differenza: che nel caso dell'8 per mille è in gioco solo indirettamente l'ordine spirituale" (p. 152).

In quest'ultimo caso gli: "effetti di quest'importante riforma, gradualmente nel corso degli anni Novanta sino ad oggi, hanno, infatti, prodotto un gettito inimmaginabile trenta anni fa" (p. 153). Per cui: "A fronte della grave situazione economica, in cui versa l'Italia, oggi allo stremo delle sue forze e bisognosa più che mai di ogni pur modesta risorsa, sarebbe un gesto certamente significativo che la Chiesa italiana (non l'anticlericale di turno) ne proponesse una serena e aperta riflessione" (Id).

Quindi nello spirito della reciproca collaborazione tra la Chiesa e lo Stato e: " nell'ottica indicata da Papa Francesco dei rapporti tra povertà della Chiesa e beni temporali" (Id), si fa strada la proposta di una revisione, sebbene: "Rinunziare, dunque, al meccanismo dell'8 per mille sarebbe certamente eccessivo. La parte economica dell'Accordo di revisione si è dovuta fare a carico sia dei mancati proventi conseguenti all'antica legislazione eversiva, sia della soppressione canonistica del precedente sistema beneficiale e della congrua per alcune categorie di sacerdoti (parroci, Vescovi, canonici). Insomma, ci sono costi reali cui fare fronte. Ma una disponibilità della Chiesa cattolica a tollerare – con scambio di Note Verbali o in sede di revisione *ex* art. 49 legge n. 222 del 1985 – una temporanea riduzione dell'entità del contributo o dare ancora maggiore impulso ai progetti più direttamente incidenti nel "bene del Paese" strettamente inteso, potrebbe essere di esempio anche ad altre confessioni che godono della stessa opportunità"(Id).

Un fenomeno contrario – sempre per la Fumagalli Carulli – si è invece verificato nella vicenda matrimoniale, laddove assistiamo non ad una: "espansione di quanto pattuito, bensì una restrizione inattesa dalla Chiesa" (p. 155). Quindi: "Il dovere di lealtà concordataria dovrebbe indurre lo Stato ad ottemperare gli impegni assunti"(p. 156).

In conclusione è dunque condivisibile l'opinione espressa dal Curatore, secondo la quale: "il valore di queste pagine sta nel concorso di più e autorevoli voci, di personalità e di studiosi: i differenti rapporti consentono infatti al lettore di porre in luce una molteplicità di punti focali, di cogliere un'eterogeneità di sfumature, di spingere il proprio confronto con il tema ad un'ampiezza tale che difficilmente una visione monocorde potrebbe consentire" (p. 11).

Giovanni B. Varnier

GIUSEPPE RIVETTI, *Stato Città del Vaticano. Normativa antiriciclaggio. Armonizzazione del diritto vaticano alle direttive UE in materia di riciclaggio e finanziamanto del terrorismo*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. XIV-199.

1. L'intensa attività legislativa vaticana, avviata sotto il pontificato di Benedetto XVI e proseguita dal successore Francesco, ha ridestato l'interesse della dottrina, non solo ecclesiasticistica, ver-

so le problematiche interordinamentali generate dal multiforme fenomeno della globalizzazione.

La monografia di Giuseppe Rivetti analizza, da diversi angoli visuali, la recente normativa introdotta nello Stato della Città del Vaticano in materia di contrasto del riciclaggio dei proventi di attività criminose e del finanziamento del terrorismo.

Si tratta di una tematica che *prima facie* appare connessa al rispetto di obblighi internazionali cogenti, cui lo Stato Città del Vaticano non poteva certamente sottrarsi.

Sarebbe tuttavia riduttivo ravvisare nel fiorire di una siffatta legislazione una condotta statuale semplicemente ossequiosa di quanto imposto a livello di comunità internazionale.

L'Autore a tal proposito rileva come la nuova normativa sia corrispondente alla natura della Sede Apostolica e trovi le sue fondamenta proprio in quei principi della dottrina sociale della Chiesa che da sempre propugna e propaga valori fondamentali come la giustizia, l'onestà, la convivenza civile pacifica, la trasparenza, il bene comune, l'equità nei rapporti commerciali e via dicendo.

In un tale scenario, marcato dalla mondializzazione dei processi e delle relazioni economiche, la centralità della persona impone che la Santa Sede, e lo Stato Città del Vaticano (quale entità strumentale alla libertà ed all'indipendenza della Sede Apostolica), non debbano restare indifferenti alle congiunture sociali ed economiche ma, anzi, debbano arrecare un validissimo contributo recuperando e mettendo in rilievo quella prospettiva antropologica in cui l'economia non deve generare indifferenza ed esclusione.

Di quanto sinora affermato l'Autore anticipa, nelle «*Considerazioni preliminari*», gli ampi scenari offerti nel primo capitolo, quest'ultimo dedicato in gran parte alla «*Globalizzazione e dottrina sociale. Normativa antiriciclaggio*». Viene proposta, sempre nel primo capitolo, una efficace sintesi della normativa internazionale e delle direttive comunitarie nel campo della prevenzione e del contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, ricostruendo in maniera cristallina la progressiva evoluzione delle diposizioni adottate.

2. In siffatto scenario si colloca armonicamente la normativa vaticana per la prevenzione ed il contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, normativa che è diffusamente approfondita ed analizzata nel secondo capitolo intitolato «*Normativa vaticana. Profili sistematici e comparazione giuridica*».

Si tratta del nucleo più consistente del volume, in cui viene individuata l'origine "normativa" della predetta legislazione nel preciso obbligo giuridico assunto in esecuzione della Convenzione monetaria del 17 dicembre 2009 tra l'Unione Europea e lo Stato della Città del Vaticano, essendosi quest'ultimo impegnato ad uniformare la propria legislazione agli standard europei, mediante il recepimento diretto o la realizzazione di azioni equivalenti, al fine di attuare le norme dell'Unione Europea in materia.

L'Autore, passa in rassegna, con l'acribia degna di un filologo, i provvedimenti che si sono succeduti dal 2010 ad oggi, segnalando le continue revisioni e le novelle legislative effettuate altresì su impulso delle indicazioni del Comitato di esperti per la valutazione delle misure di lotta contro il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo (Moneyval) ed in ottemperanza alle raccomandazioni del Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale (GAFI).

L'utilizzo della comparazione giuridica, alla base del metodo usato da Rivetti nel secondo capitolo, consente al lettore di percepire le analogie e le differenze tra la normativa vaticana e quella italiana, specie con riguardo alla disciplina antiriciclaggio.

3. All'esposizione dei contenuti delle

leggi vaticane, di cui vengono evidenziati i punti critici, segue quella dei soggetti interessati da rilevanti operazioni economiche, settore nel quale l'attenzione si focalizza sull'Istituto per le Opere di Religione (IOR), soffermandosi altresì su alcune ipotesi e situazioni peculiari della realtà vaticana e canonica contemplate dalla normativa. Si delinea dunque la «*Nuova architettura economico-finanziaria dello Stato Città del Vaticano*» su cui è incentrato il terzo capitolo. Le tematiche affrontate spaziano dalla configurazione e dalle funzioni espletate dall' Autorità di Informazione Finanziaria alla *new governance* finanziaria, dalla eretta Segreteria per l'Economia al mutato ruolo assegnato all'Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica (A.P.S.A.).

4. Nel quarto e ultimo capitolo, dedicato all'«*Ordinamento giuridico vaticano. Specialità della giurisdizione*» l'Autore mostra come la normativa vaticana sia connotata da un'insopprimibile peculiarità, vale a dire il legame che sussiste *in interiore* tra l'ordinamento vaticano e quello canonico, non senza dimenticare che l'ingresso, nell'ordinamento vaticano, di categorie giuridiche ed economiche proprie dei sistemi statuali, non sopprime l'interpretazione delle medesime alla luce della funzione servente e della natura strumentale della Città del Vaticano rispetto alla Sede Apostolica.

L'estensione del diritto e della giurisdizione vaticana ad alcune persone fisiche e giuridiche canoniche, avviata da alcuni *Motu Proprio*, hanno rinsaldato e rinvigorito i legami tra ordinamento canonico e ordinamento vaticano, non senza mutare lo scenario che inizialmente dominava i rapporti. Ai primordi dello Stato enclave il diritto vaticano rinveniva in quello canonico la sua fonte principale ovvero la prima fonte normativa e il primo criterio di riferimento interpretativo, mentre il diritto vaticano in alcun modo riguardava soggetti gravitanti *in iure canonico*. Oggi invece questa impenetrabilità totale del diritto canonico ad opera del diritto vaticano non trova più corrispondenza nella realtà ordinamentale ecclesiale.

Un dignitoso spazio è riservato nella monografia all'ordinamento giudiziario dello Stato della Città del Vaticano. Rivetti ne tratteggia la fisionomia, l'organizzazione, i caratteri atipici rispetto a quelli secolari non senza riferimenti alla giustizia canonica.

Il capitolo si chiude con una panoramica sulle leggi della Pontificia Commissione per lo Stato della Città del Vaticano promulgate in data 11 luglio 2013. Si tratta di una legislazione che ha rivisto incisivamente il diritto penale vaticano sostanziale e processuale.

Tale panoramica costituisce uno dei pregi del volume giacché l'Autore finisce per fornire un quadro esaustivo e pressoché completo dell'ordinamento giuridico vaticano, pur essendo la monografia dedicata alla normativa antiriciclaggio.

A ciò si aggiungano lo stile lineare ed accurato ed i puntuali richiami normativi e dottrinali che arricchiscono le note a piè di pagina.

Ciò che tuttavia contraddistingue di gran lunga la monografia di Giuseppe Rivetti consiste, ad avviso di chi scrive, nell'approccio metodologico con cui l'Autore ha affrontato una materia che a prima vista può sembrare arida, ricca di tecnicismi ed ancorata ad una visione del diritto meramente gius-positivistica.

L'Autore infatti non perde mai di vista, nel fluire della lucida argomentazione giuridica, che il diritto vaticano trova la sua linfa vitale nel diritto canonico e nel magistero cattolico. Parimenti Giuseppe Rivetti rimane ben consapevole che lo Stato della Città del Vaticano "*constitutum est causa Sanctae Sedis*", vale a dire a salvaguardia e garanzia della sovranità e dell'autonomia della Santa Sede e della Chiesa cattolica.

Matteo Carnì

JEAN-PIERRE SCHOUPPE, *La dimension institutionnelle de la liberté de religion dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Pedone, Paris, 2015

In questo formidabile libro, Prix René Cassin 2014, si scoprono ricche miniere di dottrina pressoché in ogni pagina, ove l'Autore analizza con grande acribia la tematica della libertà di religione presso la CEDU sotto un'angolazione innovativa e ricca di spunti.

Nel primo capitolo si ripercorrono le tracce dell'evoluzione storico-giuridica del diritto fondamentale alla libertà di religione, ricordando *in primis* la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, con le sue lacune, ma subito dopo facendo una dettagliatissima e precisissima panoramica a partire dagli imperatori Augusto e Costantino, poi il *Dictatus Papae*, lo scisma d'Oriente, la nascita del Protestantesimo con la sua concezione dei rapporti fra Chiesa e Stato, Enrico VIII, la Pace di Augusta (con i per così dire propedeutici trattati di Norimberga e di Passau), Gand, Münster, Osnabrück, i regimi giurisdizionalisti, Napoleone, e via via fino ad un primo accenno alla *Dignitatis Humanae*.

L'Autore non dimentica, in questo primo capitolo, nemmeno i punti di vista d'Ebraismo ed Islam, con le loro differenze, sul diritto naturale e sulla libertà di religione.

V'è poi un'ampia sezione dedicata alle innovazioni del Concilio Vaticano II in materia di libertà religiosa, risalendo alla *Pacem in terris*, studiando a fondo la *Dignitatis Humanae*, ed illustrando alcune chiavi per un'ermeneutica di quest'importantissimo documento conciliare e degli sviluppi che ne siano poi derivati.

Il secondo capitolo è dedicato al progressivo riconoscimento della libertà dei gruppi religiosi nei documenti e trattati internazionali, e si apre, infatti, partendo dal Trattato di Berlino del 1878 per arrivare, ricordati meticolosamente quello di Londra e quello polacco, alla Carta di San Francisco ed alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, e poi al Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, con i problemi connessi alla ricerca di formule di compromesso relative al suo art. 18.

Dopo aver tratteggiato la progressiva evoluzione storico-contenutistica dei documenti ONU, dal rapporto Krishnaswami alla Dichiarazione del 1981, al progetto di Convenzione internazionale per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione religiosa, l'Autore passa ad illustrare quelli europei: Helsinki, Vienna, la CEDU, ed i più recenti lavori dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa.

Un'attenzione tutta particolare è riservata al Trattato sull'Unione europea ed al suo articolo 6, come pure al Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea ed al suo art. 17, con un'esaurientissima disamina di tutte le implicazioni connesse; non è dimenticato nemmeno il diritto comunitario secondario, né la Corte di Giustizia.

Il terzo capitolo sviscera l'art. 9 CEDU, la sua portata, le sue connessioni, le sue chiavi interpretativo-applicative, per passare poi all'obiezione di coscienza individuale (sino all'ultimo *affaire Bayatyan*), giungendo alla dimensione collettiva della libertà di religione, dinanzi alla quale si chiede: diritti collettivi o diritti delle collettività?, e concludendo, infine, con un'accorta disamina del problema dell'obiezione di coscienza istituzionale.

Il quarto ed il quinto capitolo sono per così dire una *Summa summarum* delle sentenze della CEDU a suffragio, conforto e dimostrazione di quanto esposto nei capitoli precedenti: il quarto più incentrato sulla giurisprudenza relativa all'esistenza dei gruppi religiosi, il quinto, vastissimo e ricchissimo, alla loro autonomia, nei vari aspetti della libertà

d'organizzazione, di quella patrimoniale, di quella educativa, delle loro relazioni 'ad extra', sino a giungere ad una preziosa teoria-quadro sulla libertà di religione istituzionale nel sistema europeo dei diritti fondamentali.

Chiunque desideri studiare il tema della libertà di religione alla luce della giurisprudenza CEDU non potrà non riconoscere a questo libro la sua indiscutibile importanza, e tributargli il giusto e dovuto plauso che gli è dovuto e che merita.

Stefano Testa Bappenheim

COLLANA

Diritto e Religioni

diretta da Mario Tedeschi

MARTUCCI SABRINA, RIFLESSIONI PRELIMINARI SU TOLLERANZA, DISSENSO E ATTUAZIONE DELLA LIBERTÀ RELIGIOSA, 2006, pp. 72, euro 10,00

BELLINI PIERO, PER UNA SISTEMAZIONE CANONISTICA DELLE RELAZIONI TRA DIRITTO DELLA CHIESA E DIRITTO DELLO STATO, 2006, pp. 256, euro 20,00

TOLONE SALVATORE, DIRITTO PRIVATO GLOBALE, OBJECTIVE PLURALISM E LIBERTA' DI RELIGIONE, 2006, pp. 176, euro 15,00

MARIO TEDESCHI, COMUNITÀ E SOGGETTIVITÀ, 2006, pp. 624, euro 40,00

LEZIROLI GIUSEPPE, LA CHIESA E L'EUROPA, 2007, pp. 448, euro 35,00

TESTA BAPPENHEIM STEFANO, IL DANNO DA UCCISIONE DI RELIGIOSO, NEGLI ORDINAMENTI FRANCESE, TEDESCO ED ITALIANO, 2008, pp. 608, euro 40,00

TEDESCHI MARIO, RELIGIONE E RIVOLUZIONE NEL MEZZOGIORNO PREUNITARIO: CARLO PISACANE, 2007, pp. 128, euro 12,00

TEDESCHI MARIO, LA TRADIZIONE DOTTRINALE DEL DIRITTO ECCLESIATICO, 207, pp. 136, euro 12,00

VINCENZO AHMAD, ISLAMICA. CRISI E RINNOVAMENTO DI UNA CIVILTA', 2008, pp. 184, euro 15,00

GUARINO ANTONIO, LE CHIESE E GLI ORDINAMENTI GIURIDICI, 2008, pp. 124, euro 16,00

CIOTOLA CLAUDIA, I MINISTRI DI CULTO IN ITALIA, 2009, pp. 208, euro 18,00

LEZIROLI GIUSEPPE, ATTI DEL CONVEGNO DI FERRARA SUL TEMA LA CARTA E LA CORTE. LA TUTELA PENALE DEL FATTO RELIGIOSO FRA NORMATIVA COSTITUZIONALE E DIRITTO VIVENTE, 2009, pp. 320, euro 15,00

RAFFAELE COPPOLA, A QUARANT'ANNI DAL VOLUME DI FRANCESCO ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO "LA CHIESA COME ORDINAMENTO SACRAMENTALE, 2012, pp. 132, euro 16,00

TEDESCHI MARIO, RILEGGERE I MAESTRI, 2011, pp. 344, euro 25,00

TEDESCHI MARIO, IL RIFORMISMO LEGISLATIVO IN DIRITTO ECCLESIASTICO E CANONICO, 2011, pp. 472, euro 30,00

LEZIROLI GIUSEPPE, ATTI DEL CONVEGNO SUL TEMA "LA CHIESA IN ITALIA: OGGI" 16/17 OTTOBRE 2009, 2011, pp. 256, euro 20,00

MAI LAURA, PER UNA RILETTURA DEL CONCETTO DI TOLLERANZA, 2011, pp. 144, euro 20,00

TEDESCHI MARIO, QUASI UN BILANCIO, 2011, pp. 272, euro 20,00

AA.VV., SCRITTI IN ONORE DI FRANCO BOLOGNINI, 2011, pp. 560, euro 35,00

VECCHI FABIO, CONTROVERSIE GIURISDIZIONALI NEL PORTOGALLO DEL PRIMO QUARTO DEL XVII SECOLO, 2012, pp. 672, euro 40,00

CATALANO GAETANO, CONTROVERSIE GIURISDIZIONALI TRA CHIESA E STATO NELL'ETA' DI GREGORIO XIII E FILIPPO II (1578-1581), 2012, pp. 314, euro 30,00

BARBERINI GIOVANNI, IL CONTRIBUTO DELLA DOTTRINA CATTOLICA PER L'ELABORAZIONE DEI PRINCIPI DI DIRITTO INTERNAZIONALE, 2012, pp. 80, euro 15,00

LO IACONO PIETRO, CHIESA, STATO E POPOLO NEL MEZZOGIORNO DEI LUMI, 2012, pp. 408, euro 25,00

ANTONIO GUARINO, PATRIMONI "DESTINATI" E ORDINAMENTO ITALIANO, 2012, pp. 88, euro 16,00

D'ARIENZO MARIA, IL CONCETTO GIURIDICO DI RESPONSABILITÀ. RILEVANZA E FUNZIONE NEL DIRITTO CANONICO, 2012, pp. 208, euro 18,00

TEDESCHI MARIO, RILEGGERE I MAESTRI 2, 2012, pp. 176, euro 25,00

D'ARIENZO MARIA, L'OBBLIGO DI RIPARAZIONE DEL DANNO IN DIRITTO CANONICO. PERCORSI DI RICERCA, 2013, pp. 112, euro 12,00

BILOTTI DOMENICO, APPROCCI CRITICI AL PLURALISMO CONFESSIONALE, 2013, pp. 156, euro 18,00

TEDESCHI MARIO, IMPEGNO CIVILE, 2014, pp. 408, euro 25,00

BILOTTI DOMENICO, DIRITTO E POTERE NEI RAPPORTI TRA LE GIURISDIZIONI CIVILI E LE AUTONOMIE CONFESSIONALI, 2015, pp. 440, euro 25,00

ISSN 1970-5301