



diritto & religioni

Semestrale
Anno XIII - n. 2-2018
luglio-dicembre

ISSN 1970-5301

26



LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno XIII – n. 2-2018
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttori
Mario Tedeschi – Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Albisetti, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, R. Coppola, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, A. Fuccillo, M. Jasonni, G. Leziroli, S. Laricca, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, G.B. Varnier, M. Ventura, A. Zanotti, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale
Diritto canonico
Diritti confessionali

Diritto ecclesiastico
Sociologia delle religioni e teologia
Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci
A. Bettetini, G. Lo Castro
M. d'Arienzo, V. Fronzoni,
A. Vincenzo
M. Jasonni,
M. Pascali
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile

*Giurisprudenza e legislazione costituzionale
e comunitaria*

Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria

RESPONSABILI

G. Bianco, R. Rolli
M. Ferrante, P. Stefani
L. Barbieri, Raffaele Santoro,
Roberta Santoro

G. Chiara, R. Pascali, C.M. Pettinato
S. Testa Bappenheim
V. Maiello
A. Guarino, F. Vecchi

Parte III

SETTORI

*Lecture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche*

RESPONSABILI

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 chiedi 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. Angelo Abignente – Prof. Andrea Bettetini – Prof.ssa Geraldina Boni – Prof. Salvatore Bordonali – Prof. Mario Caterini – Prof. Antonio Giuseppe Maria Chizzoniti – Prof. Orazio Condorelli – Prof. Pierluigi Consorti – Prof. Raffaele Coppola – Prof. Giuseppe D’Angelo – Prof. Pasquale De Sena – Prof. Saverio Di Bella – Prof. Francesco Di Donato – Prof. Olivier Echappè – Prof. Nicola Fiorita – Prof. Antonio Fuccillo – Prof.ssa Chiara Ghedini – Prof. Federico Aznar Gil – Prof. Ivàn Ibàn – Prof. Pietro Lo Iacono – Prof. Carlo Longobardo – Prof. Dario Luongo – Prof. Ferdinando Menga – Prof.ssa Chiara Minelli – Prof. Agustín Motilla – Prof. Vincenzo Pacillo – Prof. Salvatore Prisco – Prof. Federico Maria Putaturo Donati – Prof. Francesco Rossi – Prof.ssa Annamaria Salomone – Prof. Pier Francesco Savona – Prof. Lorenzo Sinisi – Prof. Patrick Valdrini – Prof. Gian Battista Varnier – Prof.ssa Carmela Ventrella – Prof. Marco Ventura – Prof. Ilaria Zuanazzi.

Direzione:

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

Redazione:

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

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

Napoli 80134 – Dipartimento di Giurisprudenza Università 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 88R010308880000000381403 Monte dei Paschi di Siena

– assegno bancario non trasferibile intestato a Luigi Pellegrini Editore.

– carta di credito sul sito www.pellegrinieditore.com/node/361

Gli abbonamenti decorrono dal gennaio di ciascun anno. Chi si abbona durante l'anno riceve i numeri arretrati. Gli abbonamenti non disdetti entro il 31 dicembre si intendono rinnovati per l'anno successivo. Decorso tale termine, si spediscono solo contro rimessa dell'importo.

Per cambio di indirizzo allegare alla comunicazione la targhetta-indirizzo dell'ultimo numero ricevuto.

Tutti i diritti di riproduzione e traduzione sono riservati.

La collaborazione è aperta a tutti gli studiosi, ma la Direzione si riserva a suo insindacabile giudizio la pubblicazione degli articoli inviati.

Gli autori degli articoli ammessi alla pubblicazione, non avranno diritto a compenso per la collaborazione. Possono ordinare estratti a pagamento.

Manoscritti e fotografie, anche se non pubblicati, non saranno restituiti.

Autorizzazione presso il Tribunale di Cosenza.

Iscrizione R.O.C. N. 316 del 29/08/01

ISSN 1970-5301

INDICE

Diritto canonico

PATRICK VALDRINI

*A proposito del Chirografo di Papa Francesco del 28 settembre 2013
che istituisce il «Consiglio di Cardinali»* 15

FABIO Vecchi

*«Oeconomicae et Pecuniariae Quaestiones»: vademecum di
suggerimenti al legislatore temporale per un ritrovato disciplinamento
etico dei mercati finanziari* 25

Diritto Ecclesiastico

GIUSEPPE D'ANGELO

*Prospettive evolutive del diritto ecclesiastico e dinamica della legalità
costituzionale tra questioni di principio e riforme "di settore"* 50

NICOLA FIORITA, MAURA RANIERI

*I rapporti di lavoro negli enti religiosi civilmente riconosciuti alla luce
della riforma del Terzo settore* 83

RITA MAZZA

*L'impatto della securitization dei diritti umani sul riconoscimento
delle organizzazioni religiose e sull'attività di proselitismo nel
quadro della tutela internazionale della libertà di religione* 102

STEFANO TESTA BAPPENHEIM

*Separatismo amichevole e Separatismo proattivo: prospettiva
costituzionale tedesca ed indiana comparate* 128

Diritti Confessionali

MARIA D'ARIENZO

*Linguaggi liturgici e identità religiose nella Riforma Protestante.
La musica nel rito luterano e calvinista* 143

Storia delle istituzioni religiose e dei rapporti tra Diritto e Religioni

PIETRO LO IACONO

*Il giurisdizionalismo borbonico e la «nuova scienza economica»:
prevenzione e repressione della manomorta ecclesiastica* 166

ROSARIO PATALANO

*Giovanni Botero e la cultura economica della Controriforma
cattolica* 193

Argomenti, dibattiti, cronache

ALESSANDRO ALBISETTI

Ricordando Nicola Bassi 207

FRANCESCA DI LELLA	
<i>Minori stranieri non accompagnati: strumenti privatistici per la tutela delle identità culturali</i>	209
PAOLA B. HELZEL	
<i>Alcune considerazioni sull'eticità della separazione tra diritto e morale</i>	234
PIERO MARINO	
<i>Legami: Logos e Diritto al tempo della secolarizzazione. Sul dialogo Ratzinger-Habermas</i>	252

Parte II

Giurisprudenza e legislazione amministrativa	
- <i>Presentazione</i>	277
- <i>Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 luglio 2018, n. 4634</i> (ora di religione)	279
con nota di	
MARCO CROCE,	
<i>Un overruling del Consiglio di Stato in materia di ora di religione?</i>	282
- <i>Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sez. II di Milano, 3 agosto 2018 n. 1939</i> (edilizia e urbanistica – questione di legittimità costituzionale dell'art 72 commi 1 e 2 della L.R. della Lombardia n. 12/2005)	291
- <i>Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sez. II di Milano, 8 ottobre 2018 n. 2227</i> (edilizia e urbanistica – questione di legittimità costituzionale dell'art 72 comma 5 della L.R. della Lombardia n. 12/2005)	300
- <i>Consiglio di Stato, Sez. IV, 12 ottobre 2018, n. 5896</i> (pensioni – perseguitati politici e razziali)	303
- <i>Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, Sez. I, 28 dicembre 2018 n. 1218</i> (libertà religiosa – ordinamento militare – Partecipazione obbligatoria a cerimonia religiosa in orario di servizio)	
con NOTA REDAZIONALE	307
Giurisprudenza e legislazione Canonica	
- <i>Presentazione</i>	311
- <i>Tribunale Ecclesiastico Regionale Pugliese - Sentenza, 19 marzo 2014</i>	312
- <i>Tribunale Ecclesiastico Beneventano di Appello - Sentenza – 29 marzo 2017, con nota di</i>	

ALESSIO SARAIS,	
<i>Una sindrome post-traumatica, sviluppata a seguito di un incidente stradale, a cui si associano fenomeni di epilessia e perturbamento del carattere, può incidere sulle capacità cognitive e volitive del nubendo, determinando la nullità del vincolo matrimoniale ai sensi del can. 1095 CIC, nn. 2 e 3.</i>	318
- Tribunale Ecclesiastico Regionale Pugliese – Decreto con nota di	325
PAOLO STEFANI	
<i>Brevi note a Tribunale Ecclesiastico Regionale Pugliese, coram Cota. Evoluzione della disciplina canonica sul passaggio dalla via giudiziale del procedimento di nullità matrimoniale a quella amministrativa per la dispensa, in presenza di un fondato dubbio circa la inconsumazione del matrimonio.</i>	331
Giurisprudenza Rotale	
- Tribunale Apostolico della Rota Romana, <i>Decretum</i> , 18 gennaio 2017, <i>coram</i> Salvatori Ponente (...), con nota di	333
MARIO FERRANTE,	
<i>Sulla configurabilità di un divieto di bis in idem tra il can. 1095, 2 e 3, e diritto di appello avverso il decreto collegiale con valore di sentenza definitiva pronunciato expeditissime.</i>	337
Giurisprudenza e legislazione Costituzionale e Comunitaria	
-Presentazione	353
<i>Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza 18 settembre 2018. Affaire Lachiri c. Belgique</i> (Rifiuto di togliere il velo in un'aula giudiziaria – Asserita violazione dell'art. 759 Codice giudiziario belga: non sussistenza, in quanto non è giustificato in una società democratica limitare l'esercizio del diritto di manifestare la propria religione in capo ad una libera cittadina, applicando estensivamente una norma destinata ai (soli) dipendenti pubblici)	355
<i>Corte di Giustizia di Lussemburgo, Sentenza nella causa C-25/17, Tietosuojavaltuutettu/Jehovan todistajat – uskonnollinen yhdyksunta</i> (Attività di predicazione porta a porta dei membri della comunità dei testimoni di Geova - Asserito inserimento nel novero delle eccezioni previste dal diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali: esclusione, in quanto il diritto fondamentale alla libertà di coscienza e di religione, sancito all'articolo 10, paragrafo 1, della CEDU, non ha l'effetto di conferire a tale attività un carattere esclusivamente personale e domestico - Trattamento di dati personali effettuato	

<p>in modo non automatizzato – Nozione di archivio – Responsabilità della comunità religiosa, congiuntamente ai suoi membri predicatori, in ordine al trattamento dei dati personali effettuato da questi ultimi nell’ambito di un’attività di predicazione porta a porta: sussistenza)</p>	360
<p>- <i>Corte di Giustizia di Lussemburgo, Sentenza 06 novembre 2018, causa C-622-623/16</i> (ICI - Aiuti di Stato – Recupero - Concorrenza – Enti ecclesiastici – Annullamento della decisione della Commissione del 2012 e della sentenza del Tribunale UE del 2016, che avevano sancito l’impossibilità di recupero dell’aiuto nei confronti degli enti non commerciali a causa di difficoltà organizzative – Qualifica di tali circostanze come mere «difficoltà interne» all’Italia, esclusivamente ad essa imputabili, non idonee a giustificare l’emanazione di una decisione di non recupero)</p>	361
<p>- <i>Corte costituzionale, Ordinanza 16 novembre 2018, n. 207</i> (Rinvio - Istigazione o aiuto al suicidio - Trattazione della questione di legittimità costituzionale dell’art. 580 c.p. sollevata nell’ambito della cd. “vicenda Cappato”: rinvio all’udienza pubblica del 24 settembre 2019, per consentire al Parlamento di intervenire, compiendo il bilanciamento tra valori rilevanti sul piano costituzionale)</p>	362
Giurisprudenza e legislazione civile	
<p>- <i>Presentazione</i></p>	371
<p>- RASSEGNA ANNUALE DI GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE</p>	
<p>PAOLO DI MARZIO,</p>	
<p><i>Famiglia, matrimonio e tutela dei soggetti deboli, in Cassazione, nel 2017</i></p>	372
<p>- <i>Corte di Cassazione, Sezione Sesta Civile, Sentenza 15 maggio 2018, n. 11808</i> (Nullità matrimonio canonico, sentenza ecclesiastica, delibazione, convivenza prolungata)</p>	405
<p>con nota di</p>	
<p>MARCO CANONICO,</p>	
<p><i>La tendenza omosessuale del coniuge non preclude la realizzazione di una piena comunione di vita matrimoniale?</i></p>	406
<p>- <i>Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile, Sentenza 12 settembre 2018, n. 11808</i> (Nullità matrimonio canonico, vizio del consenso, simulazione, delibazione della sentenza ecclesiastica, conoscenza o conoscibilità della riserva mentale)</p>	422
<p>- <i>Corte di Appello di Torino, Sentenza 7 novembre 2018</i> (INPS, concessione assegno di maternità, discriminazione razziale)</p>	423
<p>- <i>Tribunale di Firenze, Ordinanza 15 ottobre 2018</i></p>	

(Status di rifugiato, riconoscimento, persecuzioni per motivi religiosi ed etnici) con nota di	424
FABIO BALSAMO, <i>Trascrizione tardiva del matrimonio canonico e accertamento dell'integrità del consenso. Brevi note a margine della sentenza della Cassazione civile, sez. I, 12/03/2018, n. 5894</i>	425
Giurisprudenza e legislazione internazionale	
- <i>Presentazione</i>	433
ORGANIZZAZIONI DI TENDENZA	
<i>Bundesarbeitsgericht, 25 ottobre 2018, n. 8/azr/501-14 (Germania)</i> (Organizzazioni di tendenza – Chiesa evangelica – Rapporti di lavoro)	433
ISLAM	
<i>Bundesverwaltungsgericht, 20 dicembre 2018, n. 6/b/9418 (Germania)</i> (Organizzazione – Confederazione – Autorità religiosa centrale)	434
<i>Cour d'Appel du Québec, 3 ottobre 2018, n. 500/9/26443/168 (Canada)</i> (Velo islamico – Hijab – Simboli religiosi)	434
LAICITÀ DELLO STATO	
<i>CAA di Nantes, 19 ottobre 2018, n. 17NT03030 (Francia)</i> (Laïcité – Halal)	435
SENTIMENTO RELIGIOSO	
<i>Supreme Court, Criminal Jurisdiction, 31 agosto 2018, n. 44/2018 (India)</i> (Legge sulla blasfemia – Pena di morte - Premeditazione)	436
<i>Legge sull'abolizione del reato d'offesa al sentimento religioso, 13 dicembre 2018 (Canada)</i> (Legge sulla blasfemia – Libertà di parola)	436
<i>Supreme Court of Pakistan, 31 ottobre 2018, Asia Bibi vs the State et alii, n. 39-I/2015 (Pakistan)</i> (Legge sulla blasfemia – Pena di morte)	436
LIBERTÀ RELIGIOSA	
<i>United Kingdom Employment Tribunal, 4 agosto 2018, McEleny vs H.M. Ministry of Defence (Scozia)</i> (Convinzioni politiche – Concetto di fede religiosa)	437
<i>Tribunale distrettuale di Zheleznodorozhny, 6 febbraio 2019 (Federazione russa)</i> (Testimoni di Geova – Proselitismo)	437
<i>VG Osnabrück, 28 agosto 2018, n. 3/b/51.18 (Germania)</i> (Chiesa evangelica – Pellegrinaggi)	437
CHIESA CATTOLICA	
<i>Supreme Court of Pakistan, 16 gennaio 2019, n. 32642-P/2018 (Pakistan)</i> (Matrimonio canonico – Trascrizione)	438
<i>U.S. Supreme Court, 19 febbraio 2019, n. 18.548/2/192019 (Stati Uniti)</i>	

(Ordine religioso – Culto cattolico)	438
<i>FINANZIAMENTO DELLE CHIESE</i>	
<i>OVG Lüneburg, 23 agosto 2018, n. 9/la/120.17 (Germania)</i>	
(Tassa ecclesiastica – Matrimonio mixta religio)	438
<i>EBRAISMO</i>	
<i>U.S. District Court Eastern District, Arkansas Times vs M. Waldrip et alii, 23 gennaio 2019, n. 4/18/cv/914/bsm (Stati Uniti)</i>	
(Israele – Discriminazione religiosa)	439
Giurisprudenza e legislazione penale	
- <i>Presentazione</i>	440
- <i>Corte di Cassazione, Sez. pen. II, sentenza 8 agosto 2018, n. 38208</i>	
(La struttura dell'associazione terroristica)	448
- <i>Corte di Cassazione, Sez. pen. I, sentenza 6 giugno 2018, n. 25535</i>	
(Circostanza aggravante dei futili motivi)	448
- <i>Corte di Cassazione, Sez. pen. III, sentenza 14 novembre 2018, n. 51479</i>	
(Attendibilità della deposizione della donna musulmana ad un esponente della P.G. di sesso maschile)	448
- <i>Corte di Cassazione, Sez. pen. V, sentenza 12 dicembre 2017, n. 55418</i>	
(Apologia di terrorismo)	449
con nota di	
PAOLO CIRILLO,	
<i>Apologia della jihad islamica sul web: tra diritto penale costituzionalmente orientato e diritto penale del “nemico”</i>	450
- <i>Corte di Cassazione, Sez. pen. III, sentenza 29 gennaio 2018, n. 29613</i>	
(Reato culturalmente orientato)	466
con nota di	
VALERIA FEO,	
<i>L'elemento religioso culturale nel reato di violenza sessuale aggravata. L'interpretazione di Cass. Pen. 29 gennaio 2018 n. 29613</i>	467
Giurisprudenza e legislazione tributaria	
<i>Presentazione</i>	489
<i>Commissione tributaria regionale Abruzzo, Sezione VII, sentenza 21 settembre 2018, n. 871 (Ici su immobili religiosi)</i>	491
<i>Commissione tributaria regionale Lazio, Sezione XVI, sentenza 8 gennaio 2019, n. 16</i>	
(Ici e Imu su immobili religiosi)	495
<i>Commissione tributaria regionale Umbria, Sezione I, sentenza 10 dicembre 2018, n. 475</i>	
(Ires su redditi di enti ecclesiastici)	499
<i>Commissione tributaria regionale Umbria, Sezione I, sentenza 24 ottobre 2018, n. 397</i>	

(Accatastamento immobili adibiti al culto)	501
<i>Cassazione civile, Sezione VI, ordinanza 19 dicembre 2018, n. 32789</i>	
(Tarsu su immobili religiosi)	504
con nota di	
GIUSEPPE RIVETTI,	
<i>Tributi locali e Trattato del Laterano. Il valore programmatico delle esenzioni tributarie</i>	507

Parte III

Lecture

DIEGO EDIGATI, ELIO TAVILLA (a cura di), <i>Giurisdizionalismi. Le politiche ecclesiastiche negli Stati minori della Penisola italiana in età moderna, (Spiritualia et Temporalia. Diritto e istituzioni fra potere religioso e potere secolare negli antichi Stati italiani, 3)</i> , Aracne, Roma, 2018, pp. 1-236 (G. B. Varnier)	519
MATTEO LUGLI, MARCELLO TOSCANO (a cura di), <i>Il matrimonio tra diritto ecclesiastico e diritto canonico</i> , Giuffrè Editore, Milano, 2018, pp. VIII-263 (Università degli Studi di Milano, Facoltà di Giurisprudenza. Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze Giuridiche “Cesare Beccaria”) (G.B. Varnier)	p. 521
PEDRO JUAN VILADRICH, <i>Il consenso matrimoniale</i> , Edusc, Roma, 2019, pp. 1-496 (F. Zanchini di Castiglionchio)	524

A proposito del Chirografo di Papa Francesco del 28 settembre 2013 che istituisce il «Consiglio di Cardinali»

PATRICK VALDRINI

1. Una nuova istituzione di aiuto al Romano Pontefice

Con il chirografo del 28 settembre 2013, papa Francesco istituiva un “Consiglio di cardinali”¹ avente la finalità di aiutarlo nel governo della Chiesa universale e di preparare un progetto di revisione della Costituzione apostolica *Pastor Bonus* sulla Curia romana². Prima della sua creazione ufficiale, un comunicato della Segreteria di Stato ne aveva preannunciato la costituzione precisando che l’organo sarebbe stato composto da più cardinali di cui, nell’immediato, venivano indicati i nomi³. Cinque mesi più tardi, il Chirogra-

¹ *Acta Apostolicae Sedis* (AAS), 105, 2013, pp. 875-876. Il testo del Chirografo è allegato alla fine del nostro articolo. Per una sintetica, ricostruzione storica del chirografo pontificio, può essere utile riportare quanto descritto da ÉMILE KOUVEGLO, *Commento al Chirografo di erezione della Fondazione Gravissimum educationis*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 130, 2015, p. 634: «Etimologicamente, il termine *Chirografo* viene dal greco χειρόγραφον (*cheirographon*) e dal latino *chirographum*, e significa, in senso generico, ogni documento scritto e/o firmato di pugno dal proprio autore (autografo), o da un terzo (allografo) con la sottoscrizione dello stesso interessato. Nel diritto greco e romano, il termine ha assunto prevalentemente un significato piuttosto privatistico relativo ai contratti privati. L’uso privatistico si riscontra ancora in tanti ordinamenti attuali. Gli si è riconosciuto però un uso ugualmente pubblicistico laddove indicò (forse tardivamente) documenti sovrani muniti di firma autografa. Nell’ambito ecclesiastico, la prassi del chirografo pontificio risalirebbe al secolo XVI. Assumendo in particolare il significato etimologico, il chirografo pontificio è un documento in forma semplice, privo di formalità e di solennità cancelleresche, firmato dal Papa col suo nome, forma di documento che viene usato a scelta del Papa in diversi campi».

² C. A. *Pastor Bonus* in AAS, 80, 1988, pp. 841-930.

³ *Comunicato della Segreteria di Stato* del 13 aprile 2013: «Il Santo Padre Francesco, riprendendo un suggerimento emerso nel corso delle Congregazioni Generali precedenti il Conclave, ha costituito un gruppo di Cardinali per consigliarlo nel governo della Chiesa universale e per studiare un progetto di revisione della Costituzione Apostolica *Pastor bonus* sulla Curia Romana. Tale gruppo è costituito da: Card. Giuseppe Bertello, Presidente del Governatorato dello Stato della Città del Vaticano, Card. Francisco Javier Errázuriz Ossa, Arcivescovo emerito di Santiago de Chile (Cile), Card. Oswald Gracias, Arcivescovo di Bombay (India), Card. Reinhard Marx, Arcivescovo di München und Freising (Germania), Card. Laurent Monsengwo Pasinya, Arcivescovo di Kinshasa (Repubblica Democratica del

fo ufficializzava l'annuncio stabilendo che i membri del Consiglio potevano essere interpellati «sia come Consiglio, sia singolarmente» sulle questioni che il Romano Pontefice reputasse degne di attenzione. Il compito era riservato alla volontà del Papa al quale era rimessa la possibilità di stabilire «nel modo che sembrerà più adeguato» il numero dei membri del nuovo istituto.

Secondo il testo ufficiale, l'iniziativa pontificia traduceva in concreto un suggerimento delle Congregazioni generali dei cardinali che avevano preceduto il conclave di elezione di Francesco, durante il quale era stata sottolineata la opportunità di istituire un «ristretto gruppo di membri dell'episcopato provenienti dalle diverse parti del mondo, che il Santo Padre possa consultare... su questioni particolari». Scrive Francesco: «Dopo la mia elezione al Soglio romano ho avuto l'opportunità di riflettere a più riprese su questo argomento, considerando che una tale iniziativa sarebbe un aiuto importante per compiere il ministero pastorale di Successore di Pietro che i miei fratelli cardinali hanno voluto affidarmi».

Ne consegue che, alle istituzioni attuali che esercitano l'autorità suprema – il Papa e il Collegio dei Vescovi – e a quelle che vi partecipano in funzione di aiuto al Romano Pontefice – il Sinodo dei Vescovi, il Collegio dei Cardinali e la Curia romana – si aggiunge un nuovo organismo, non inserito ufficialmente nel Codice di diritto canonico, dal titolo non stabile poiché, aprendo implicitamente alla possibilità di cambiarne il nome, Francesco dichiara di istituire «un Consiglio di Cardinali.»

Le istituzioni sopra menzionate aiutano il Romano Pontefice che, in qualità di Primate universale, possiede un potere di governo sulla Chiesa intera. Esse non possono essere considerate come strumenti di aiuto del Collegio dei Vescovi che, di converso, per esercitare la propria potestà, si riunisce in Concilio Ecumenico o «mediante l'azione congiunta dei Vescovi sparsi nel mondo, se essa come tale è indetta o liberamente recepita dal Romano Pontefice, così che si realizzi un vero atto collegiale»⁴. Mentre il Concilio Vaticano II valorizzava la sacramentalità dell'episcopato inaugurando un nuovo modo di considerare la funzione dei Vescovi rispetto ai secoli i precedenti e malgrado le precisazioni date durante le sessioni di preparazione della Costituzione apostolica

Congo), Card. Sean Patrick O'Malley, O.F.M. Cap., Arcivescovo di Boston (U.S.A.), Card. George Pell, Arcivescovo di Sydney (Australia), Card. Oscar Andrés Rodríguez Maradiaga, S.D.B., Arcivescovo di Tegucigalpa (Honduras), con funzione di coordinatore, S.E. Mons. Marcello Semeraro, Vescovo di Albano, con funzione di segretario. La prima riunione collettiva del gruppo è stata fissata per i giorni 1 – 3 ottobre 2013; Sua Santità è tuttavia sin d'ora in contatto con i menzionati Cardinali». (vedere *Il Regno-doc.*, 8, 2013, p. 207).

⁴ Can. 337

*Lumen gentium*⁵, alcuni Padri conciliari avevano proposto che il Collegio episcopale beneficiasse della forma istituzionale di un consiglio ristretto. Già il canonista belga William Onclin aveva preparato un progetto di istituzione rappresentativa del Collegio, alla stregua di *consilium episcoporum centrale*⁶. Di fronte al carattere molto controverso dei dibattiti, Papa Paolo VI decise di non seguire l'orientamento conciliare creando il Sinodo dei Vescovi, non come strumento di aiuto al Collegio dei Vescovi, ma di *auxilium* al solo Romano Pontefice⁷. I termini e le espressioni impiegate da Paolo VI nel *Motu proprio* istitutivo e il fatto che questa nuova istituzione venisse menzionata nel Decreto *Christus Dominus* sull'incarico pastorale dei Vescovi e non nella Costituzione *Lumen gentium* nel punto in cui essa tratta il tema della collegialità, sono indice della volontà del Pontefice supremo di evitare una confusione tra il Sinodo dei Vescovi e un'istituzione rappresentante il Collegio episcopale. Questo orientamento è stato confermato dai lavori di redazione del nuovo Codice di diritto canonico che abbandona la terminologia impiegata nel *Motu proprio*. Il can. 342 del vigente Codice di diritto canonico descrive il Sinodo dei Vescovi come «un'assemblea di Vescovi i quali, scelti dalle diverse regioni dell'orbe, si riuniscono in tempi determinati per favorire una stretta unione fra il Romano Pontefice e i Vescovi stessi, e per prestare aiuto con i loro consigli al Romano Pontefice nella salvaguardia e nell'incremento della fede e dei costumi, nell'osservanza e nel consolidamento della disciplina ecclesiastica e inoltre per studiare i problemi riguardanti l'attività della Chiesa nel mondo»⁸. Tale formulazione impedisce che la nuova istituzione possa apparire come un modello in scala ridotta di Concilio esercente i diritti del Collegio episcopale in unione col Romano Pontefice⁹.

La creazione del Sinodo dei Vescovi, nonostante le aspettative suscitate, non ha affatto risolto lo squilibrio di esercizio delle funzioni dei due soggetti

⁵ Cfr. GÉRARD PHILIPS, *L'Église et son mystère au IIème Concile du Vatican*, t. I et II, Desclée, Paris, 1967-1968, pp. 277-316 et *La Costituzione dogmatica "Lumen gentium"* in *Ephemerides Theologicae Lovanienses*, 42, 1966, pp. 5-39.

⁶ Dibattiti e testo di ONCLIN in ANTONINO INDELICATO, *Il Sinodo dei vescovi. La collegialità sospesa 1965-1985*, Il Mulino, Bologna, 2008, pp. 40-41.

⁷ M.P. *Apostolica sollicitudo*, in AAS 57, 1965, pp. 775-780. ANTONINO INDELICATO, *Ibid.*, pp. 51-63.

⁸ Can. 342. GIAN PIERO MILANO, *Il Sinodo dei vescovi: natura, funzioni, rappresentatività*, in *L'année canonique, (VIIème Congrès International de droit canonique)*, Paris UNESCO, 21-28 sept. 1990, vol. hors série, I, 1992, pp. 167-182. ANTONIO VIANA, *Sinodo de obispos*, in INSTITUTO MARTIN DE AZPILCUETA FACULTAD DE DERECHO CANONICO UNIVERSIDAD DE NAVARRA, *Diccionario general de Derecho canónico*, VII, Editorial Aranzadi, Cezur Menor, 2012, pp. 345-350.

⁹ PATRICK VALDRINI, ÉMILE KOUVEGLO, *Leçons de droit canonique. Communautés, personnes, gouvernement*, Salvator, Paris, 2017, pp. 194-196. Vedere PETER SYKORA, *Il concetto giuridico di rappresentanza e la costituzione gerarchica della Chiesa*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2016, pp. 269-271.

dell'autorità suprema. Nei fatti, risulta molto difficile attuare la previsione legislativa inerente al Collegio dei Vescovi. Da una parte, la riunione di tutti i membri del Collegio in Concilio, e in particolare di un numero di vescovi che dal Concilio Vaticano II è raddoppiato, dall'altra, la difficoltà di creazione di una procedura che possa condurre alla promulgazione di un atto collegiale dei Vescovi sparsi nel mondo con la garanzia di una proficua preparazione, hanno reso impraticabile l'esercizio del potere collegiale attribuito all'insieme di tutti i vescovi. Come conseguenza di questo stato di cose, l'organizzazione d'aiuto al primo soggetto dell'Autorità suprema della Chiesa, il Romano Pontefice, è l'unica a essere efficace e a potersi realizzare¹⁰. Dalla fine del Concilio Vaticano II, solo i Sinodi dei Vescovi, il Collegio dei Cardinali e la Curia romana hanno partecipato, ciascuno a suo modo, all'esercizio dei poteri magisteriali e giurisdizionali sulla Chiesa universale, creando uno "squilibrio" tra le istituzioni che esercitano l'autorità suprema. Squilibrio, di cui i membri delle Congregazioni generali che hanno preceduto l'ultimo conclave sono stati coscienti. È indubbiamente questa situazione ad essere implicitamente rievocata dal Chirografo di Francesco quando accoglie il suggerimento di istituire un ristretto gruppo di membri dell'episcopato proveniente dalle diverse parti del mondo. Prima dell'elezione di Giovanni Paolo II, i cardinali riuniti in Congregazioni generali avevano espresso già un auspicio simile, ma, all'epoca, proponevano la creazione di un gruppo di Cardinali e non di membri del Collegio episcopale¹¹.

2. *Il Consiglio di Cardinali e le istituzioni di aiuto al Romano Pontefice.*

Come appare con chiarezza alla fine del Chirografo, che descrive la funzione del Consiglio di Cardinali come una «ulteriore espressione della comunione episcopale e dell'aiuto al *munus petrinum* che l'episcopato sparso per il mondo può offrire», il nuovo Consiglio si aggiungerà al Sinodo dei Vescovi di recente costituzione, la cui funzione, come precisato, è quella di permettere ai Vescovi di partecipare all'incarico primaziale del Romano Pontefice. La nuova istituzione ha una natura complessa, probabilmente voluta tale dal Papa

¹⁰ Cfr. PATRICK VALDRINI, *Il Sinodo dei vescovi nel pontificato di Papa Francesco. Riflessioni di un canonista*, in OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, ANNA SAMMASSIMO (a cura di), *Famiglia e matrimonio di fronte al Sinodo. Il punto di vista dei giuristi*, Vita e Pensiero, Milano, 2015, pp. 477-489.

¹¹ LAURA PETTINAROLI, «Venerables fratres»: *recherches sur le consistoire et les allocutions consistoriales (XIX^e-XX^e siècles)*, in FRANÇOIS JANKOWIAK, LAURA PETTINAROLI (eds.), *Les cardinaux entre cour et curie. Une Élite romaine (1775-2015)*, École française de Rome, Rome, 2017, p. 178.

per evitare lo stallo della sua possibile evoluzione. Il fatto che sia stata creata con un chirografo rafforza questa interpretazione¹². La nuova istituzione è espressione della comunione dei Vescovi in quanto successori degli Apostoli ed ha un carattere permanente che l'avvicina al Collegio dei Cardinali e alla Curia romana. Tuttavia, questo Consiglio non è né una rappresentazione del Collegio dei Vescovi, né un'emanazione del Collegio dei Cardinali. Composto di Cardinali, sebbene non sia espressione del Collegio dei Cardinali – il Papa efficacemente lo definisce “Consiglio di Cardinali”¹³ – non può essere considerato un mini-concistoro. Esso non è neanche un organismo della Curia romana, benché Francesco lo abbia creato con la finalità di aiuto “nel governo della Chiesa universale”, che, nei fatti, è la funzione propria dell'insieme dei dicasteri della Curia romana¹⁴. Tale organo, infine, come riunione di Vescovi, condivide col Sinodo il carattere di istituzione permanente benché, mentre questo ultimo si riunisce in forma ordinaria ogni due anni e raramente in assemblee speciali o straordinarie¹⁵, il Consiglio di Cardinali non possiede alcun carattere solenne. La sua previsione è un modo per rendere più agevole e concreto l'aiuto apportato dai Vescovi al Pontefice, aiuto che, peraltro, gli offre anche il Sinodo e, secondo le modalità espresse da Paolo VI, la Curia romana nel suo complesso¹⁶.

La riflessione circa il funzionamento concreto del nuovo Consiglio sin dal momento della sua creazione è molto istruttiva. A dimostrarlo sono due articoli del Segretario generale dell'organo che riportano informazioni interessanti

¹² Il carattere personale, anche se formale, di un chirografo consente che il Papa cambi facilmente l'istituzione, tanto più che non esiste un altro testo giuridico come degli statuti. Un cambiamento è preannunciato nel comunicato del 10 settembre 2018 in *Il Bollettino. Sala stampa della Santa Sede*: «Il Consiglio di Cardinali, nella prima riunione della sua ventiseiesima sessione, disponendosi a consegnare al Santo Padre la proposta circa la riforma della Curia Romana elaborata nei primi cinque anni di attività, in vista della prosecuzione ha ritenuto di chiedere al Papa una riflessione sul lavoro, la struttura e la composizione dello stesso Consiglio, tenendo pure conto della avanzata età di alcuni membri». Nel 27 ottobre 2018 il papa ha nominato un Segretario aggiunto del Consiglio di cardinali.

¹³ La maggior parte dei comunicati in *Il Bollettino. Sala stampa della Santa Sede* riportano l'espressione: “Consiglio dei cardinali” e non “Consiglio di cardinali”, che è quella usata da Francesco nel Chirografo.

¹⁴ Cfr. PATRICK VALDRINI, *La Curie romaine. Permanence dans le service et évolution dans le temps*, in ERIC BESSON (dir.), *Les évolutions du gouvernement central de l'Église. Ecclesia semper renovanda*. Colloque des 23-25 novembre 2016 à l'occasion de XX ans du *Studium de droit canonique* de Lyon, Les Presses Universitaires, Institut Catholique de Toulouse, Toulouse, 2017, pp. 45-58.

¹⁵ ÉMILE KOUVEGLO, *IL SINODO DEI VESCOVI NELLA VITA E NEL DIRITTO DELLA CHIESA. TRA “COLLEGIALITÀ EPISCOPALE” E “SINODALITÀ”*, in *Apollinaris*, 85, 2015, pp. 631-658.

¹⁶ Era una delle finalità volute dalla Cost. apost. *Regimini Ecclesiae Universae* di Paolo VI. Vedere NICOLÒ DEL RE, *La Curia romana. Lineamenti storico-giuridici*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1998, p. 54

sul metodo di lavoro e il numero delle sue riunioni¹⁷. Tra il 2013, data di creazione del Consiglio, e l'inizio dell'anno 2018, i membri della nuova istituzione si sono riuniti 22 volte, e hanno partecipato a 129 riunioni con la presenza costante del Romano Pontefice. I lavori hanno portato essenzialmente alla revisione della Costituzione apostolica *Pastor Bonus* i cui i risultati si sono concretizzati con la pubblicazione dei *Motu proprio* inerenti l'economia¹⁸, la comunicazione¹⁹ ed inoltre con la riduzione dei Pontifici Consigli. Questi ultimi, creati con la riforma della Curia romana di Paolo VI e accresciuti numericamente con Giovanni-Paolo II e Benedetto XVI, sono stati ridotti da Francesco con l'accorpamento dei due Pontifici Consigli per i laici e per la famiglia e gli altri quattro Consigli ovvero: il Pontificio Consiglio *Giustizia e Pace*, il Pontificio Consiglio *Cor Unum*, il Pontificio Consiglio della *Pastorale dei Migranti e Itineranti*, ed il Pontificio Consiglio della *Pastorale per gli operatori sanitari*²⁰. La riforma, a detta del Segretario, proseguirà successivamente e, in linea ipotetica, riguarderà gli altri dicasteri i cui prefetti sono stati sentiti e consultati nelle riunioni durante le quali sono stati loro sottoposti i criteri informativi della riforma.

Questo metodo s'ispira ai principi, espressi dallo stesso Papa, di gradualità, di innovazione e di esemplificazione. Ma le informazioni del Segretario sono specialmente preziose quando menzionano la consultazione regolare e collegiale del Consiglio da parte del Papa sulle questioni che non riguardano direttamente la revisione della Costituzione apostolica *Pastor Bonus*. Ricor-

¹⁷ MARCELLO SEMERARO, *La riforma di papa Francesco*, in *Il Regno-Attualità*, 14, 2016, pp. 433-441 e *In atto. Il Segretario del C9 fa il punto sul percorso compiuto e i prossimi traguardi*, in *Il Regno-Attualità*, 2, 2018, pp. 1-7.

¹⁸ PAPA FRANCESCO, *Statuto del Consiglio per l'Economia, Statuto della Segreteria per l'Economia, Statuto dell'Ufficio del Revisore Generale* (Motu proprio *Fidelis dispensator et prudens*, del 24 febbraio 2014), in *Monitor Ecclesiasticus*, 131, 2015, pp. 259-276; GIUSEPPE DALLA TORRE, CRISTIAN BEGUS, CINTHIA PINOTTI, *Sui nuovi organismi economici della Santa Sede. Considerazioni generali*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 131, 2015, pp. 277-288; PAPA FRANCESCO, *Lettera Apostolica in forma di motu proprio I beni temporali* (4 luglio 2016), in *Monitor Ecclesiasticus*, 131, 2016, pp. 185-188. Cfr. inoltre OLIVIER ÉCHAPPÉ, *Encore sur les nouveaux Organismes économiques du Saint-Siège. A propos du Motu proprio I beni temporali du pape François* (4 juillet 2016)", in *Monitor Ecclesiasticus*, 131, 2016, pp. 189-191.

¹⁹ Papa Francesco, *L'attuale contesto comunicativo" per l'Istituzione della Segreteria per la Comunicazione*, in *L'osservatore romano*, 27 giugno 2015, p.

²⁰ PAPA FRANCESCO, *Lettera Apostolica in forma di motu proprio Sedula Mater con cui si istituisce Dicastero per i Laici, la Famiglia e la Vita* (15 agosto (2016), *Monitor Ecclesiasticus*, 131, 2016, pp. 149-153; PAPA FRANCESCO, *Lettera Apostolica in forma di motu proprio Humanam progressionem con cui si istituisce il Dicastero per il Servizio dello Sviluppo Umano Integrale* (17 agosto 2016), in *Monitor Ecclesiasticus*, 131, 2016, 155-159. In merito, cfr. PATRICK VALDRINI, *Commento ai due Motu proprio che istituiscono due nuovi Dicasteri della Curia romana*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 131, 2016, pp. 161-169.

dando che il Chirografo affida anche al Consiglio la funzione di aiutare il Papa nel governo della Chiesa universale, egli dichiara che, nelle riunioni, il Consiglio è convocato regolarmente dal Papa sulle questioni che si rivelano “ degne di attenzione”²¹.

In particolare, il Segretario cita due esempi di lavori che hanno avuto una traduzione istituzionale: in primo luogo, la modifica del can. 838 del Codice del 1983 sull’edizione dei libri liturgici in lingue vernacolari promulgate dal *Motu proprio Magnum principium* del 3 settembre 2017²². In secondo luogo, le questioni concernenti la protezione dei minorenni contro le violenze sessuali che ha occupato il Consiglio durante tutto l’anno 2018 ed è stato oggetto della pubblicazione nel 2016 del *Motu proprio Come una madre amorevole* relativo all’eventuale negligenza dei Vescovi diocesani e dei Superiori religiosi nell’esercizio dei loro incarichi²³. Queste considerazioni di metodo portano a interrogarsi sull’ampiezza del cambiamento che condurrà o meno a inserire il Consiglio di Cardinali nel Codice di diritto canonico tra le istituzioni che aiutano il Romano pontefice ad esercitare l’autorità suprema sulla Chiesa. Innanzitutto, sebbene la riflessione riguardi soltanto alcuni anni del pontificato di Francesco e non un periodo di tempo più lungo, con l’affidamento dell’incarico ad un gruppo di Cardinali della revisione della Costituzione *Pastor Bonus*, Francesco ha apportato nel panorama istituzionale della Chiesa una profonda innovazione. I Papi che hanno promulgato le due ultime Costituzioni, in effetti, hanno creato delle commissioni *ad hoc* composte di membri della Curia romana, di Vescovi e di periti²⁴. Quando sarà pubblicata

²¹ L’autore dell’articolo aggiunge: “Cosa che effettivamente Francesco fa” (*In atto...*, op. cit., p. 3).

²² M.P. *Magnum principium*, in *L’osservatore romano*, 10 settembre 2017, pp. 4-5.

²³ PAPA FRANCESCO, *Lettera Apostolica in forma di motu proprio Come una madre amorevole* (4 giugno 2016), in *Monitor Ecclesiasticus*, 131, 2016, 171-173. ROBERT W. OLIVER, *Commento alla Lettera apostolica in forma di motu proprio Come una madre amorevole* del Papa Francesco, in *Monitor Ecclesiasticus*, 131, 2016, 175-183.

²⁴ GIOVANNI PAOLO II descrive la procedura in *Pastor Bonus*, n. 6: “Chiamato dall’inscrutabile disegno della Provvidenza all’ufficio di pastore della Chiesa universale, fin dall’inizio del pontificato è stato mio impegno non soltanto chiedere l’avviso dei dicasteri su di una questione tanto importante, ma consultare anche l’intero collegio dei Cardinali. Questi si dedicarono a tale studio durante due Concistori generali, e presentarono i loro pareri circa la via e il metodo da seguire nell’ordinamento della Curia romana. Era necessario interrogare per primi i Cardinali in un tema di così grande rilievo: essi infatti sono uniti da un vincolo strettissimo e specialissimo col romano Pontefice, che essi «assistono... sia agendo collegialmente quando sono convocati insieme per trattare le questioni di maggiore importanza, sia come singoli, cioè nei diversi uffici ricoperti prestandogli la loro opera nella cura soprattutto quotidiana della Chiesa universale». Un’ampia consultazione fu ancora compiuta, com’era giusto, presso i dicasteri della Curia romana. Il risultato di questa consultazione generale fu lo «Schema della legge particolare sulla Curia romana», alla cui preparazione lavorò per due anni una commissione di prelati sotto la presidenza di un Cardinale; lo schema fu ancora sottoposto all’esame dei singoli Cardinali, dei Patriarchi delle Chiese Orientali, delle conferenze episcopali per il tramite dei rispettivi presidenti,

la Costituzione apostolica annunciata, la decisione di riformare la Curia romana col Consiglio di Cardinali sarà condotta con la “buona violenza” che il Papa ha rivendicato²⁵ e, nello specifico, affidandone il compito a persone esterne all’istituzione curiale, ovvero a dei Cardinali ma soprattutto a dei Pastori delle diocesi. Quale sarà lo sviluppo del Consiglio di Cardinali negli anni futuri quando avrà come unico incarico quello di aiuto al governo del Romano Pontefice?

Se il Consiglio dovesse essere mantenuto e ricevesse una conferma effettiva della sua funzione, la questione del suo ruolo accanto alle quattro istituzioni esistenti nel Codice di diritto canonico del 1983 e quello delle Chiese orientali dovrebbe essere affrontata in modo esplicito. Ricordiamo che l’ordine di presentazione del Sinodo dei Vescovi e del Collegio dei Cardinali ha suscitato numerosi dibattiti durante la revisione del Codice dopo il Concilio Vaticano II. Il fatto di porre il Sinodo dei Vescovi come prima istituzione di aiuto al governo del Romano Pontefice segnava la fine del carattere esclusivo dell’aiuto portato dai Cardinali e dai Concistori²⁶. I due Codici davano anche alla Curia romana il suo vero ruolo, in effetti tradizionale, di istituzione al servizio del Papa e non del Collegio, come alcuni avrebbero voluto che fosse²⁷. Ma dove collocare il Consiglio di Cardinali che, come abbiamo detto, è un Consiglio che permette all’episcopato di partecipare al *munus petrinum* del Romano Pontefice? Sarebbe un abbozzo di un Consiglio permanente di Vescovi intorno al Papa che si ispira alle istituzioni di diritto orientale e alle tradizioni che questo ultimo ha promosso²⁸? Lo squilibrio delle istituzioni summenzionate, che il Codice presenta nella parte dedicata all’esercizio dell’autorità suprema sulla Chiesa intera, proviene dall’assenza di una

e dei dicasteri della Curia, e discusso nella plenaria dei Cardinali del 1985. Quanto alle conferenze episcopali, era necessario prendere una conoscenza veramente universale delle necessità delle Chiese locali e delle attese e dei desideri che, in questo campo, si rivolgono alla Curia romana; l’occasione diretta di una tale consultazione fu opportunamente offerta dal Sinodo straordinario dei Vescovi del 1985, già sopra ricordato. Finalmente una Commissione cardinalizia, appositamente istituita a questo fine, dopo aver tenuto conto delle osservazioni e dei suggerimenti emersi dalle precedenti consultazioni, e sentito anche il parere di alcuni privati, ha preparato una legge particolare per la Curia romana, che rispondesse convenientemente al nuovo Codice di Diritto Canonico.

²⁵ MARCELLO SEMERARO, *In atto...*, op. cit., p. 4.

²⁶ *Communicationes*, 25, 1993, p. 52.

²⁷ Cfr. PATRICK VALDRINI, *La question de la représentation du collège épiscopal en droit canonique, in Primacy and Synodality. Deepening Insights, 23th International Congress Debrecen (Hungary) September 3-8. 2017*, in *Kanon*, XXV, 2019 (in corso di stampa).

²⁸ Cf. DIMITRIOS SALACHAS, *La sinodalità nel Codice dei canonici delle Chiese orientali e confronti con il Codice di diritto canonico della Chiesa latina*, in LORENZO BALDISSERI (ed.), *A cinquant’anni dall’Apostolica sollicitudo. Il Sinodo dei Vescovi al servizio di una Chiesa sinodale*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2016, pp. 55-92.

rappresentazione del Collegio dei Vescovi quale emanazione del Collegio stesso. Il Consiglio di Cardinali è un rimedio contro questo sbilanciamento funzionale, ma il rafforzamento delle pratiche di sinodalità voluto da Papa Francesco, e in particolare, della sua promozione dell'azione delle Conferenze dei Vescovi, che reca come conseguenza una revisione della distinzione rigida tra collegialità effettiva e collegialità affettiva²⁹, potrebbe coincidere con la volontà del Papa di creare un'istituzione che, senza avere un rapporto istituzionale diretto con il Collegio episcopale in quanto tale, possa evolvere verso un'altra natura tanto teologica che ecclesiologica che in questo momento è prematuro attribuirgli.

CHIROGRAFO
CON IL QUALE VIENE ISTITUITO UN CONSIGLIO DI CARDINALI
PER AIUTARE IL SANTO PADRE NEL GOVERNO DELLA CHIESA
UNIVERSALE E PER STUDIARE UN PROGETTO DI REVISIONE
DELLA COSTITUZIONE APOSTOLICA "PASTOR BONUS"
SULLA CURIA ROMANA

Tra i suggerimenti emersi nel corso delle Congregazioni Generali di Cardinali precedenti al Conclave, figurava la convenienza di istituire un ristretto gruppo di Membri dell'Episcopato, provenienti dalle diverse parti del mondo, che il Santo Padre potesse consultare, singolarmente o in forma collettiva, su questioni particolari. Una volta eletto alla Sede romana, ho avuto occasione di riflettere più volte su questo argomento, ritenendo che una tale iniziativa sarebbe stata di notevole aiuto per svolgere il ministero pastorale di Successore di Pietro che i fratelli Cardinali avevano voluto affidarmi.

Per questo motivo, il 13 aprile scorso ho annunciato la costituzione del menzionato gruppo, indicando, in pari tempo, i nominativi di coloro che erano stati chiamati a farne parte. Ora, dopo matura riflessione, ritengo opportuno che tale gruppo, mediante il presente Chirografo, sia istituito come un «Consiglio di Cardinali», con il compito di aiutarmi nel governo della Chiesa universale e di studiare un progetto di revisione della Costituzione Apostolica *Pastor bonus* sulla Curia Romana. Esso sarà composto dalle medesime persone precedentemente indicate, le quali potranno essere interpellate, sia come Consiglio sia singolarmente, sulle questioni che di volta in volta riterrò degne

²⁹ HERVÉ LEGRAND, *Les évêques, les Églises locales et l'Église entière. Évolutions institutionnelles depuis Vatican II et chantiers actuels de recherche*, in HERVÉ LEGRAND, CRISTOPH THÉOBALD, *Le Ministère des évêques au concile Vatican II et depuis*, Cerf, Paris, 2001, p. 224-225.

Patrick Valdrini

di attenzione. Detto Consiglio, che rispetto al numero dei componenti mi riservo di configurare nel modo che risulterà più adeguato, sarà un'ulteriore espressione della comunione episcopale e dell'ausilio al *munus petrinum* che l'Episcopato sparso per il mondo può offrire.

Dato a Roma, presso San Pietro il 28 settembre dell'anno 2013, primo di Pontificato.

FRANCESCO

«*Oeconomicae et Pecuniariae Quaestiones*»:
*vademecum di suggerimenti al legislatore temporale
per un ritrovato disciplinamento etico dei mercati
finanziari*

FABIO VECCHI

*1. Introduzione. L'evangelizzazione dell' «homo oeconomicus» nell'imperio
della «teoria dei giochi»*

Il 17 maggio 2018 la Congregazione per la Dottrina della Fede e il Dicastero per il Servizio dello Sviluppo Umano Integrale hanno pubblicato, dietro approvazione di papa Francesco, il documento dal titolo: «*Oeconomicae et Pecuniariae Quaestiones*». *Considerazioni per un discernimento etico circa alcuni aspetti dell'attuale sistema economico-finanziario*¹. I punti focali del documento, che ruota lungo l'asse della condotta etica nella pratica finanziaria (non nella sua condanna senza appello)², possono riassumersi nel fermo richiamo al valore delle scelte individuali consapevoli (perché basate su conoscenze tecniche) e responsabili (perché fondate su un agire etico) nel consumo e nel risparmio; nella necessaria trasparenza del sistema bancario e finanziario (con l'introduzione di strumenti di informazione condivisi e la creazione di organismi istituzionali a tutela del consumatore); nel rilancio di un modello tradizionale di banca volto al sostegno dell'economia reale (microcredito; credito cooperativo e, in genere, mercato locale) e in aperto contrasto con le «zone grigie» e i «paradisi fiscali» (mercati *off-shore*) e con la chiara distinzione tra banche commerciali e banche d'affari; nel richiamo deciso agli strumenti del diritto e alla necessaria regolamentazione normativa che, nell'attuazione della principale funzione ordinante sua propria, sia in grado di esprimere senza riserve anche la

¹ Il documento (in seguito, più brevemente, *OPQ*) è stato presentato in quella data presso la Sala stampa della Santa Sede dal cardinale Peter Kodwo Appiah Turkson e da mons. Luis Francisco Ladaria Ferrer, ricoprenti rispettivamente l'incarico di prefetti nei due dicasteri pontifici.

² VALERIA FALCE, *Metodo e verità nel diritto dell'economia. Appunti sui rapporti tra etica pubblica e «buoni» regolatori*, in AA.VV., *Verità e metodo in giurisprudenza. Scritti dedicati al Cardinale Agostino Vallini in occasione del 25° Anniversario della consacrazione episcopale* (a cura di Giuseppe Dalla Torre e Cesare Mirabelli), Città del Vaticano, LEV, 2014, pp. 251 ss., spec. p. 262.

sua forza sanzionatoria verso le diffuse operazioni illegali e criminose che infettano il sistema e danneggiano il mercato reale e l'onesta economia della «città».

Gli osservatori sono concordi nel sottolineare l'inedito stile con cui la Curia ha inteso sferrare un attacco frontale nei confronti della finanza speculativa. Altrettanto inusuale il ricorso ad uno specifico arsenale di strumenti tecnici giuridico-economici con i quali la Chiesa promuove il suo apostolato verso l'*homo oeconomicus*.

Non c'è dubbio che, con questo documento, si attui un consolidamento della dottrina sociale con il suo ingresso in una nuova fase di aggiornamento: una prospettiva moderna della Chiesa docente, avviata con Leone XIII, alla ricerca di una «terza via», tra liberalismo e socialismo; rafforzata dal magistero apostolico del Novecento sino al Vaticano II; intiepidita, infine, dal ripiegamento wojtyliano sul piano intimistico della pratica finanziaria, che ne riconduceva i confini esclusivamente entro il foro interno della coscienza individuale.

Con Benedetto XVI, e soprattutto con Francesco, ci si inoltra nel terreno della rivendicazione della responsabilità della coscienza, non solo nella presa d'atto che in essa risiede il *locus* della responsabilità personale morale.

Su queste basi, si vorrà qui perlustrare il significato del documento *OPQ*, ponendone in risalto alcuni aspetti problematici (segnatamente il ruolo della legge nelle dinamiche economiche della finanza globale e monopolista, in relazione al complesso di «asimmetrie» generate dallo stato patologico dello stesso; il richiamo alla «sanità» del sistema economico finanziario in rapporto con il fine del bene comune) intesi, a parere di chi scrive, come generale chiave di volta interpretativa.

Di questi profili, centrale appare l'indicazione ad un recupero delle dinamiche di relazione (le stesse che fondano la positività del diritto) in vista di una «antropologia relazionale» di tipo etico. La scommessa di *OPQ*, in altre parole, è una sfida affinché l'attività dell'*homo oeconomicus* venga ricondotta sui binari di un'etica economico-finanziaria rispondente all'amministrazione del buon padre di famiglia³ e alla riappropriazione della dimensione autentica dell'*homo viator*, sempre possibile anche in un libero mercato lasciato senza regole. È il perenne tema del libero arbitrio e dell'antitesi morale tra opzioni di responsabilità: tra logica del profitto e scelte solidali che proiettino lo sguardo oltre l'efficientismo dei risultati⁴.

A ben vedere, la Chiesa ripropone, con l'argomento etico, il tema della responsabilità morale dell'agire individuale, declinandolo sulla vasta gamma

³ CRISTIAN BEGUS, *Diritto patrimoniale canonico*, Lateran University Press, CdV, 2007, p. 154.

⁴ MARIANTONIETTA FIORE, *L'agire economico tra efficienza ed equità: un breve excursus teorico*, in *Quaderno n.17/2007*, dipartimento di Scienze Economiche, Matematiche e Statistiche, Foggia, p. 1.

delle degenerazioni storiche. I totalitarismi del «Secolo breve» giustificavano i crimini commessi sull'assunto di una corrispondenza «etica» tra l'agire soggettivo ed i codici positivi: i nuovi totalitarismi finanziari non poggiano su parametri di differente natura. Gli attori della «teoria dei giocatori» conformano il proprio agire su motivi esclusivamente utilitaristici, anch'essi, agli antipodi con la legge naturale e la verità trascendente⁵.

Anche in questo contesto si conferma l'attualità della lotta per l'affermazione dello Stato di diritto su quello di natura o, se si ammette la concorrenzialità tra parametri teologici e giuridici, della *caritas* sull'egoismo e l'abuso, così ammonendo severamente che il modello etico nella «città» è un conquista quotidiana, dagli esiti mai scontati, sulla tirannia del profitto.

2. *Le fonti di riferimento: i documenti apostolici e il magistero pontificio*

La più immediata fonte di riferimento di *OPQ* per una riforma dei soggetti gestori delle ricchezze va individuata nel documento del Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace dal titolo «*Nota per una riforma del sistema finanziario e monetario internazionale nella prospettiva di un'autorità pubblica a competenza universale*», pubblicato il 25 ottobre 2011 sulle pagine de *L'Osservatore Romano*⁶. Con esso il dicastero della Curia apostolica affronta di petto, con toni inusuali, questioni di natura economica e finanziaria globalizzate adottando una logica sistematica e di metodo di tipo economico-giuridico non esauribile su parametri di ordine ecclesiologico-pastorale. In analogia ad *OPQ*, la *Nota* si propone di indicare suggerimenti «ai responsabili della terra» affinché da quelle riflessioni essi sappiano cogliere utili proposte di «discernimento e di nuova progettualità» che la crisi economico-finanziaria globale del 2008 ha reso impellenti⁷.

Mentre, tuttavia, la *Nota* espone una valutazione di sistema, di ordine teorico, proponendo soluzioni di sintesi⁸, *OPQ* si sviluppa su un piano di tipo

⁵ GIUSEPPE DALLA TORRE, *La città sul monte*, AVE, Roma, 1996, p. 170.

⁶ *L'Osservatore Romano*, 25 ottobre 2011, pp. 8-12.

⁷ La *Nota* richiama il *Leaders' Statement* adottato al *Summit* di Pittsburgh il 24-25 settembre 2009 in occasione del quale i rappresentanti del G20 concordavano nella sussistente comune responsabilità dell'economia globale sottolineata dalla crisi: «The economic crisis demonstrates the importance of ushering in a new era of sustainable global economic activity grounded in responsibility» (*Nota*, Prefazione, cpv. 5). Nella Dichiarazione finale di Pittsburgh si proponeva una «riforma dell'architettura globale [dell'economia e della finanza che consentisse di] definire le politiche e le misure comuni per generare uno sviluppo globale solido, sostenibile e bilanciato» (*Nota*, 4.9).

⁸ Solo in un passaggio la *Nota* propone alcune soluzioni specifiche atte ad avverare una finanza etica,

analitico, con proposte mirate. Lo scopo prioritario non è la destrutturazione dell'architettura del sistema e, con essa, l'identificazione di organi di controllo a competenza universalistica, ma la promozione di strumenti giuridici attinti dalla contrattualistica civile, volti alla regolamentazione dei mercati finanziari, ed operanti in ogni ordinamento giuridico domestico. Per la prima volta, con tanto inusitata decisione, la Chiesa impiega lo strumento «temporale» del diritto civile e penale per indicare direttive etiche all'uomo.

La questione delle distorsioni economiche, secondo la *Nota*, potrebbe trovare soluzione ricorrendo a strumenti di riforma radicale. Questi provvedimenti verrebbero ad incidere sui tradizionali assetti interstatali westfalici, ritenuti ormai «surreali ed anacronistici», perché basati sul dogma dello Stato di natura e sulla lotta di stampo leibniziano per il predominio di posizioni. La tesi, in altri termini, è quella del superamento dell'anarchia dello Stato di natura per approdare al maturo Stato di diritto, ossia verso un: «nuovo modello di società internazionale più coesa, poliarchica, rispettosa delle identità di ciascun popolo, entro la molteplice ricchezza di un'unica umanità. Un tale passaggio, peraltro già timidamente in corso, assicurerebbe ai cittadini di tutti i Paesi - qualunque ne sia la dimensione o la forza- pace e sicurezza, sviluppo, mercati liberi, stabili e trasparenti» (*Nota*, Conclusioni, 5). Allo stesso tempo, quel modello sarebbe in grado di ovviare alla creazione di formule sociali fittizie, fondate solo su «un'autorità di facciata» ed orientate alla conservazione di radicati egoismi e divisioni. Quanto esposto, non sarebbe altro che la rappresentazione aggiornata del conflitto biblico tra due umanità opposte nello «spirito della Torre di Babele, in antitesi con lo Spirito di Pentecoste» (*Nota*, Conclusioni, 12, 13).

La *Nota* mette in evidenza le responsabilità degli attori del settore bancario nella cui attività «(...) si riscontra sempre una combinazione di errori tecnici e di responsabilità morali» (*Nota*, 1.1).

Una volta esaurita la prolungata prosperità postbellica enfaticamente descritta dagli economisti come «i Trenta gloriosi»⁹, al progressivo sviluppo dell'economia mondiale è subentrato un periodo contrassegnato dall'espansione abnorme del credito. Ciò ha alimentato una serie di fenomeni asimmetrici (ravvisabili immediatamente nel progressivo scollamento tra prodotti finanziari

individuando: 1. misure di tassazione delle transazioni finanziarie; 2. forme di ricapitalizzazione delle banche «anche con fondi pubblici condizionando il sostegno a comportamenti «virtuosi» e finalizzati a sviluppare l'economia reale»; 3. definizione normativa dei cd. «mercati ombra», così da offrire maggior risalto all'attività di credito ordinario e di *Investment Banking* (*Nota*, 4.15).

⁹ Così è chiamata la fase di andamento di crescita costante dell'occupazione e della produzione nei Paesi OCSE nel periodo tra il 1946 al 1974.

ed economia reale) che assumevano volta per volta le forme di una spirale inflazionistica (*Nota*, 1.3) o di bolle speculative (di cui, la più recente e nota, di natura immobiliare, del 2008), alternate a ricorrenti crisi dei prezzi petroliferi.

La *Nota* osservava la lungimiranza dei rilievi con cui Paolo VI, nella Enciclica *Populorum progressio* (nn.76 ss.), censurava le miopie del liberismo economico¹⁰, per il rapporto di sviluppo progressivo inverso, tra crescita del benessere economico globale (misurabile nella diffusione delle cd. *capabilities*) ed aumento delle diseguaglianze economiche negli ultimi quarant'anni (*Nota*, 1.15 e 1.16)¹¹.

Preso atto dell'assai scarsa attitudine del modello politico economico imperante nel sostenere misure di equa distribuzione della ricchezza, il Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace individua tre fattori causali, ritenuti di indole «ideologica», delle distorsioni dello sviluppo capitalistico: 1. il liberalismo economico non regolato, in quanto forma di «apriorismo economico»¹²; 2. l'ideologia utilitaristica¹³; 3. l'ideologia della tecnocrazia¹⁴.

¹⁰ Salvo, poi, operare attività di investimento dei capitali vaticani in Paesi che non ponessero speciali restrizioni alla libera circolazione dei flussi di ricchezza. Cfr. PIER VIRGINIO AIMONE BRAIDA, *Le Finanze del Papa*, Quaderni di Ius Missionale, Urbaniana University Press, CdV, 2016, p. 147 e pp. 148 e 152.

¹¹ Per «*capabilities*» (*Nota*, 1.12) si intende, con un concetto economico-filosofico, il complesso di potenzialità dell'individuo, sia intellettive che culturali, «di aspirazione», e quindi progettuali, con cui si dispone del proprio benessere. Si tratterebbe in altri termini, del complesso di abilità e potenzialità organizzative inscritte in ogni singola persona di fare o essere quello che si desidera fare o essere: una prospettiva antropologica, di dignità dell'individuo, attraverso il recupero della sua centralità e delle sue progettualità.

¹² Si tratta di «un'ideologia economica che stabilisce *a priori* le leggi del funzionamento del mercato e dello sviluppo economico, senza confrontarsi con la realtà (...)» (*Nota*, 1.18). Sul punto, GIOVANNI PAOLO II, *Centesimus annus*, n. 40, che, pur riconoscendo i pregi di un sistema di libero mercato per sovvenire ai bisogni della collettività, metteva in guardia sulla imprescindibile centralità della coscienza individuale, specialmente del politico, nello stabilire un rapporto virtuoso tra mezzi e fini, tra *humanitas* e profitto. Queste osservazioni collidono con l'affermazione diffusa della neutralità incosciente dei mercati. I mercati e le teorie economiche non sarebbero realtà neutrali, per la loro capacità intrinseca di indurre varianti ai comportamenti dell'uomo e, quindi, di essere, essi stessi, strumento di modificazione degli assetti sociali. Per puntuali riflessioni sul tema dell'emancipazione dell'economia dall'etica, cfr. STEFANO ZAMAGNI, *Economia ed etica. Saggi sul fondamento etico del discorso economico*, AVE, Roma, 1994, pp. 19 ss.

¹³ È «l'impostazione teorico-pratica per cui: "l'utile personale conduce al bene della comunità"» (*Nota*, 1.20).

¹⁴ Fattore enucleato da Benedetto XVI nell'Enciclica *Caritas in veritate*, n.45, prendendo le mosse dall'assunto che l'autentica economia pone a base fondante un'«etica amica della persona». La crisi morale ed ideologica dei modelli economico-finanziari recenti attinge quindi anche alle assottigliature delle scienze applicate alla tecnologia. Questo fattore rappresenta un *novum* nelle riflessioni magisteriali, pur avendo come riferimento ultimo lo schema evangelico del primato antropologico: del primato dell'essere su quello dell'avere (*Nota*, 2.3). L'autonoma considerazione dell'ideologia tecnocratica come elemento distorsivo dell'economia si può dunque leggere come equivalente fattore distorsivo del libero arbitrio nella scelta sul fine del bene, ma anche come annullamento del libero arbitrio, come atto di scelta volitiva in cui l'uomo esprime il suo primato creaturale. In tal senso la

È bene sottolineare che *OPQ* si astiene, invece, dal rielaborare le osservazioni proposte dalla *Nota* in ordine al vagheggiato progetto dell'istituzione di un'«Autorità pubblica mondiale»: soggetto munito di non meglio precisate competenze funzionali, sebbene autorevole testimone morale a supporto di un agire etico dei centri di interesse economico-finanziario operante in un contesto globalizzato¹⁵.

Occorre anche precisare, come sarà meglio evidenziato più oltre, che *OPQ* rinvia in numerosissime occasioni ad una rappresentazione unitaria e universale, talvolta dal sapore organicistico, del sistema finanziario. Tale prospettiva universalistica va però letta come aspirazione ad un modello sovranazionale consensuale di sistemi normativi nazionali concertati (*OPQ*, n. 21.4) e con il fine di provvedere alla «sanità» dell'insieme, intendendosi per «sanità» lo scopo ultimo cui deve orientarsi il complesso delle istituzioni politiche, giuridiche ed economiche, comprese le condotte virtuose e responsabili dei singoli consumatori¹⁶.

Una tra le caratteristiche più pregevoli di *OPQ* risiede infatti nell'intenzione di indirizzare quei suggerimenti tanto alle istituzioni costituite quanto ai singoli individui prendendo le mosse da questi ultimi, perché il rilancio

componente ideologica si concretizza nell'«assolutizzazione della tecnica che “tende a produrre un'incapacità di percepire ciò che non si spiega con la semplice materia” ed a minimizzare il valore delle scelte dell'individuo umano concreto che opera nel sistema economico-finanziario, riducendole a mere variabili tecniche» (*Nota*, 2.2).

¹⁵ L'idea di un'«Autorità pubblica mondiale» con lo scopo di servire per il bene comune, espressa da Giovanni XXIII nell'Enciclica *Pacem in terris* (nn.70-74), ha esercitato un indiscutibile fascino su Benedetto XVI (cfr. *Caritas in veritate*, n.67) che, nel riproporla a quasi cinquant'anni di distanza, ne aggiornava i compiti estendendoli alle nuove emergenze sul governo dei flussi migratori e alla tutela dell'ambiente.

¹⁶ La scelta in *OPQ* di sorvolare sul progetto di un'«Autorità pubblica mondiale» -tanto appassionatamente caldeggiato dai due citati Pontefici- va, a parere di chi scrive, salutata positivamente. Il soggetto sovranazionale di controllo nasce sull'ispirazione emotiva di una proiezione degli schematismi ecclesiali propri del Concilio Vaticano II (l'universalità della Chiesa e la sua funzione di guida morale sul mondo contemporaneo, disancorata da ogni dialettica temporalista legata ad interessi di parte o da opzioni positiviste conseguenti al modello di *societas iuridice perfecta*) al mondo temporale. Si tratta di un progetto di improbabile praticabilità, ma non minori eccessi di astrazione soffre la proposta intesa alla creazione di un organismo sovranazionale provvisto di potestà di ordine e controllo a livello mondiale, privo di poteri coattivi e capace di sanzionare le condotte illecite di singoli Stati o di centri di interesse spesso «invisibili» o operanti in contesti «opachi».

Occorre tuttavia anche segnalare il realismo con cui la *Nota* ammette il «lungo cammino» per la realizzazione di una siffatta autorità pubblica a competenza universale. Ipotesi confermata dall'indicazione dell'ONU come ipotetico modello di riferimento (*Nota*, 3.13). Viceversa, nell'impellente necessità di regolare il sistema economico finanziario mondiale, appare apprezzabile la messa a punto da parte del legislatore di un soggetto istituzionale munito di funzioni di controllo mirate, ossia intese ad ovviare le condizioni favorevoli conflitti di interessi: in particolare, è meritevole di interesse l'idea a sostegno di una riforma del sistema delle agenzie di *rating* e la proposta di far convergere gli sforzi comuni per un annullamento dei meccanismi distorsivi generati dai sistemi di supervisione finanziaria statale.

etico non ha confini e poggia su una consapevolezza etica diffusa. Indubbiamente, occorre prendere atto del fisiologico mutare dei contesti umani, e che l'etica antropocentrica cristiana nasce e si adatta meglio a contesti compresi entro gli steccati della responsabilità individuale, dando luogo a modelli etici personali, di micro-economia (perfettamente armonizzabili con il «*particulare*» dell'*aequitas* canonica e della precettistica della morale cristiana). Per altro verso, la globalizzazione macro-economica impone un adattamento nei modelli consolidati di buona condotta individuale: nuovi criteri di responsabilizzazione dell'agire scavalcano d'un salto l'etica personalista, reclamando ulteriori estensioni (al genere umano e alla natura) ed impensati dinamismi (preannunciati un'«etica di processo»)¹⁷.

Un principio fondamentale della *Nota* è, poi, quello della sussidiarietà (*Nota*, 3.9 e ss.), largamente meditato da *OPQ* che, tuttavia, lo disarticola, per isolarlo dal modello dell'Autorità pubblica mondiale che ne faceva il principio operativo (*Nota*, 3.11)¹⁸.

Ancora, *OPQ* fa propria la «pratica del multiculturalismo» circa i piani di sviluppo sostenibile. La «sanità del sistema finanziario» -al netto dell'attivazione di un'Autorità pubblica mondiale *super partes* a livello globale-, non può infatti prescindere da un modello politico-istituzionale che non sia espressione di «preesistenti interdipendenze e cooperazioni»: sotto questo aspetto il parametro suggerito incrocia la questione della *governance* con quella dello *shared government* (*Nota*, 3.14).

La *Nota* si occupa anche del sistema finanziario e monetario a livello globale (Capo 4, *Verso una riforma*). Anche in questo caso *OPQ* coglie nella *Nota* gli strumenti operativi specifici – il danaro, e il suo impiego virtuoso nelle negoziazioni –, registrando le possibili asimmetrie generate da operazioni di scambio di tipo speculativo (*OPQ*, 15.2), mentre esclude dalla sua analisi la questione dell'istituzioni di organi di controllo con competenze tendenzial-

¹⁷ MARIANTONIETTA FIORE, *L'agire economico* cit., p. 4; HANS JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Biblioteca Einaudi, Torino, 1990.

¹⁸ Secondo la costruzione di Benedetto XVI, peraltro affascinante e provvista di coerenza logica, il principio di sussidiarietà avrebbe assolto ad una duplice funzione: di collante del sistema di interrelazioni, in quanto: «(...) il principio di sussidiarietà deve regolare le relazioni tra Stato e comunità locali, tra Istituzioni pubbliche e Istituzioni private, non escluse quelle monetarie e finanziarie. Così, su un ulteriore livello, deve reggere le relazioni tra una eventuale futura Autorità pubblica mondiale e le istituzioni regionali e nazionali» (*Nota*, 3.10); di riequilibrio democratico, non ideologico, del sistema, in quanto in grado di: «(...) evitare il pericolo dell'isolamento burocratico dell'Autorità centrale, che rischierebbe di essere delegittimata da un distacco troppo grande dalle realtà sulle quali si fonda, e potrebbe facilmente cadere in tentazioni paternalistiche, tecnocratiche, o egemoniche» (*Nota*, 3.12). In argomento, si confronti anche *Caritas in veritate*, nn. 57 e 67.

mente «universali»¹⁹.

Il Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace, realisticamente, avverte che la creazione di un modello di Autorità pubblica a competenza universale sostenuto da istituzioni locali (preesistenti) può sussistere solo a condizione di «(...) una riflessione sul piano economico e finanziario, ma anche e prima di tutto, sul piano politico, in vista della costituzione di istituzioni pubbliche corrispettive che garantiscano l'unità e la coerenza delle decisioni comuni» (Nota, 4.12). Occorre in altri termini «(...) recuperare il primato dello spirituale e dell'etica e, con essi, il primato della politica -responsabile del bene comune- sull'economia e la finanza (...) di rispondere alle esigenze del bene comune e della fratellanza universale, trascendendo ogni forma di piatto economicismo e di mercantilismo performativo» (Nota, 4.14).

Questo approccio culturale richiederebbe un'opportuna formazione negli operatori finanziari, da coltivare fin dai banchi dell'università, per la promozione di professionisti guidati nella loro attività dalla «*praxis* e dalla *poiésis*» (Nota, 4.17)²⁰.

Il secondo documento di riferimento di *OPQ* è il testo elaborato nel 2009 dalla Commissione Teologica Internazionale «*Alla ricerca di un'etica universale: nuovo sguardo sulla legge naturale*». Di questo testo, risulta particolarmente aderente alle riflessioni qui esposte il Capo IV («*La legge naturale e la città*»), laddove il ragionare sull'ordine politico della società permette di «entrare nello spazio regolato dal diritto» (*Alla ricerca*, n. 83).

Mentre con la *Nota* si è dato forma ad un complesso di propositi applicativi, concentrati su ipotesi pratiche (l'individuazione di strutture organizzative con competenze di controllo etico sul giusto ed equo governo dell'economia della «città»), in questo documento, logicamente precedente, si va diretti al cuore dei principi fondanti della Chiesa visibile nel suo interagire con la «cit-

¹⁹ La *Nota* lamenta la carenza di strutture in grado di guidare *governance* e *government*. Tale situazione di rischio sarebbe venuta in essere a causa di due eventi: 1. La crisi delle istituzioni di Bretton Woods (specialmente il venir meno della funzione di controllo assegnata al Fondo Monetario Internazionale), con l'effetto che «(...) non si dispone più di quel "bene pubblico universale" che è la stabilità del sistema monetario mondiale» (Nota, 4.3); 2. La crescita esponenziale del mercato finanziario globale (sostenuta dall'abbattimento del sistema dei controlli sui mercati e dalle politiche di *deregulation*, nonché dai progressi delle tecniche informatiche applicate agli scambi finanziari globalizzati) non commisurata ad un'equivalente crescita di modelli giuridico-normativi condivisi (Nota, 4.4). Ne segue l'auspicio della creazione di un modello accentrato di organismi controllori: una «Banca Centrale Mondiale» che regoli il flusso degli scambi monetari a livello planetario, raccordata ad organismi equivalenti, ma a competenze ridotte su scala regionale, come, ad es., la Banca Centrale Europea.

²⁰ Anche nella dimensione strettamente ecclesiale, sottolinea la «necessità di un'adeguata specializzazione professionale» in quanti gestiscono sotto un profilo economico e giuridico i beni appartenenti al patrimonio della Chiesa, CARLOS J. ERRÁZURIZ, *Corso fondamentale sul diritto della Chiesa*, II, Giuffrè, PUSC, Milano, 2017, p. 465.

tà». Esso rappresenta la base delle «"traiettorie" dell'intima relazione della Chiesa con il mondo»²¹, le quali attingono la prima ispirazione in quell'«ordine etico radicato nella sapienza di Dio (...) indispensabile fondamento per edificare una degna comunità degli uomini regolata da leggi improntate a reale giustizia» (*OPQ*, 3.1) e che impongono alla Chiesa la realizzazione di un «bene comune» quale «sacramento universale di salvezza» (*OPQ*, 2).

Il documento della Commissione Teologica Internazionale, dunque, esamina primariamente il termine di «bene comune» generalmente inteso come «l'insieme di beni da perseguire e valori da difendere che gli esseri umani hanno in comune» (*Alla ricerca*, n. 85) affinché vengano dissolti equivoci e malintesi di contenuto²².

OPQ contiene alcuni passaggi lapidari circa l'incidenza della legge naturale sull'agire sociale dell'uomo nella «città» e sui quali appare opportuno soffermarsi. In particolare la «regola d'oro» della gratuità evangelica come basilare precetto di convivenza nelle relazioni umane (*OPQ*, 11.3) ha un riscontro nei rilievi del documento della Commissione Teologica Internazionale laddove si afferma che «la legge naturale appare come l'orizzonte normativo nel quale l'ordine politico è chiamato a muoversi». La legge naturale, insomma, è il fondamento della «città» virtuosa.

Una società veramente «umana» è quella che predispose le condizioni favorevoli «alla realizzazione (nell'uomo) nelle sue inclinazioni naturali» (*Alla ricerca*, n. 86): inclinazioni che, in una società realmente uniformata all'ordine naturale, rispondono ad una tavola di valori – libertà, virtù, giustizia e solidarietà (*Alla ricerca*, n. 87) –, cardini del bene comune.

Il testo si inoltra, in seguito, sui momenti di intersezione e passaggio dalla legge naturale e astratta alla sua proiezione concreta di diritto naturale: dalla categoria antropologica, alla categoria giuridica e politica (ed economica) poste a governo della «città» (*Alla ricerca*, n. 88)²³.

²¹ Cfr. *Gaudium et spes*, n.1, che impiega come assunto fondante della presenza della Chiesa nel contesto umano la sussistenza di una relazione profonda: una «intima unione con l'intera famiglia umana».

²² Il valore fondante di «bene comune» si sviluppa su più livelli: 1. quello basilico, espressione delle «condizioni che consentono alla persona di essere sempre più persona umana» e visibile nei suoi aspetti esteriori di economia, sicurezza, giustizia sociale, ecc.; 2. quello di «bene comune» che «finalizza l'ordine politico e la stessa città».

²³ Val la pena di richiamare in sintesi alcuni passaggi intesi ad offrire una definizione (e non una semplice nozione) del diritto naturale, concepito quale: «(...) misura inerente all'accordo tra i membri della società. È la regola e la misura immanente dei rapporti umani interpersonali e sociali» (n. 88); in quanto momento logicamente successivo alla legge naturale, e all'esigenza di giustizia che le deriva: «Il diritto naturale è l'ancoraggio delle leggi umane alla legge naturale» senza elevarsi a criterio di decisione su cosa sia giusto (n. 89), perché il diritto naturale «non è mai una misura fissata una volta per tutte. È il risultato di una valutazione delle situazioni mutevoli in cui vivono gli uomini. Enuncia

La discesa lungo la scala gerarchica delle fonti illustra il successivo mutarsi del diritto naturale in diritto positivo che, in grado ancora più intenso del precedente livello, prescrive con valenza di atto determinativo le concrete relazioni tra uomini, con norme obbliganti in coscienza e capaci di sanzione (*Alla ricerca*, n. 91).

Il diritto positivo, in tutte le sue espressioni disciplinanti (rispetto della vita; libertà religiosa o di pensiero; diritto di partecipare alla vita della collettività, ecc.) fa risaltare «(...) la struttura stessa degli esseri umani e delle loro relazioni umanizzanti» (*Alla ricerca*, n. 92).

OPQ fonda l'analisi dell'agire economico virtuoso su principi di relazione. L'idea di «bene comune», più precisamente, poggia su differenziati ordini di relazione, sia individuali che a più complessa articolazione -ossia «macro-relazioni»-, abbraccianti i rapporti sociali, economici e politici ed attraverso i quali l'uomo, nel quadro di una più generale «antropologia di relazione» (*OPQ*, 10), imbastisce i vincoli tra consimili nella «città».

OPQ nelle prime considerazioni di fondo, trattando dell'*homo oeconomicus*, fa riferimento all'incrocio tra un'«indole relazionale e di razionalità», volta alla ricerca di un legittimo profitto (*OPQ*, 9 e 10). Questi rilievi si innessono sui motivi espressi nel documento della Commissione Teologica Internazionale, sulla necessaria presenza del trascendente nell'orizzonte della politica, salvo accettare il tragico avveramento di sistemi di «potere dell'uomo sull'uomo» (*Alla ricerca*, n. 97). Per questo, occorre «(...) rivalutare oggi il ruolo della ragione in politica, conferendo così una nuova pertinenza ai discorsi aristotelico-tomistici sulla legge naturale. La politica, cioè l'organizzazione della città e l'elaborazione dei suoi progetti collettivi, deriva dall'ordine naturale e deve attuare un dibattito razionale aperto alla trascendenza» (*Alla ricerca*, n. 98)²⁴. Il documento implicitamente allude ad un'ideologia avvezza al mimetismo, che può anche vestire i panni esteriori dell'economia finanziaria: l'intercambiabilità delle forme è strumentale alla prevaricazione ogni qual volta l'uomo intenda operare uno scollamento irrazionale tra le pubbliche istituzioni e la legge naturale. La legge naturale è, in altri termini, un ideale riferimento etico-istituzionale di ordine terreno per il governante. Infatti la «legge naturale che è la base dell'ordine sociale e politico esige un'adesione non di

il giudizio della ragione pratica che stima ciò che è giusto. Il diritto naturale, espressione giuridica della legge naturale nell'ordine politico, appare così come la misura delle giuste relazioni tra i membri della comunità» (n. 90).

²⁴ Lo stretto legame tra la responsabilità consapevole della condotta personale e l'attività politica è delineato nitidamente nel *Discorso di Benedetto XVI al Bundestag berlinese*, il 22 settembre 2011. Vedi *Rivista "N"*, N. Editore, Roma, 2 (2011), pp. 16 ss. Cfr. anche Id., *Caritas in veritate*, n.28.

fede ma di ragione» e grazie alla sua *ratio*, immunizza lo Stato dalle lusinghe ideologiche; d'altra parte, essa «(...) contiene l'idea dello Stato di diritto, che si struttura secondo il principio di sussidiarietà, rispettando le persone e i corpi intermedi e regolando le loro interazioni» (*Alla ricerca*, n.98-99).

Quanto al magistero pontificio, le posizioni etico-sociali della Chiesa in materia economica, com'è noto, sono ricorrenti, a far data dalla *Rerum novarum* di Leone XIII (1891)²⁵. In ossequio ad un atteggiamento di cautela, tuttavia, il magistero sociale si è debitamente tenuto a distanza da analisi sistematiche e mirate sui temi e sugli attori finanziari²⁶. Anche per questo, *OPQ* rappresenta un *novum* assoluto nel quadro delle iniziative magisteriali della Chiesa tra Benedetto XVI e Francesco²⁷.

3. La «sanità del sistema economico-finanziario», metafora di una «salvezza» terrena dell'«homo oeconomicus»

La formula «sanità del sistema economico-finanziario» ricorre innumerevoli volte in *OPQ*, sia astrattamente e singolarmente intesa, sia articolata entro un contesto complesso raffigurante, volta per volta, modelli economici o singoli strumenti finanziari.

L'impiego di questa espressione non attiene solo ad esigenze di precisione semantica, ma risponde ad una chiara epistemologia interpretativa del documento nella sua interezza. Esso collima con una metafora etica in cui la «sanità del sistema» materializza il punto di incontro tra la prospettiva di salvezza dell'etica cristiana applicata all'economia e le logiche utilitaristiche di sopravvivenza che sovrintendono al comportamento degli attori economici della «teoria dei giochi» e alle relazioni di ordine strategico che ne legano azione e reazione nel cd. «dilemma del prigioniero»²⁸.

²⁵ Per una rapida sintesi: *Quadragesimo anno* (1931); *Mater et magistra* (1961); *Gaudium et spes* (1965); *Populorum progressio* (1967); *Laborem exercens* (1981); *Sollicitudo rei socialis* (1987); *Centesimus annus* (1991).

²⁶ *Etica e finanza. Contributo alla riflessione*, Quaderno n. 42, Ufficio Nazionale CEI per i problemi sociali e del lavoro, San Paolo, Milano, 2004, p. 38.

²⁷ Ampie e costanti sono, infatti, i riferimenti al magistero di questi pontefici: *Caritas in veritate*; *Evangelii gaudium*; *Laudato si'*. Cfr. MARTIN SCHLAG, *Aspetti etici dei mercati finanziari nell'Enciclica Caritas in veritate*, in *Idee per il libero mercato*, n.71 (31 ottobre 2007), pp. 1-7, in sito on-line: www.brunoleoni.it.

²⁸ Sulla «teoria dei giochi», esposta nel 1944 da John Von Neumann e Oskar Morgenstern, esiste una vasta letteratura: segno dell'importanza del valore descrittivo assegnato ai comportamenti degli operatori economici. Anche il grande pensatore-filosofo ed economista Amartya Kumar Sen se ne è occupato, specialmente in *Etica ed economia*, Laterza, Bari, 2002.

Per questa potenziale bipolarità di valore, la formula della «sanità del sistema economico-finanziario» assolve perfettamente allo scopo di suggerimento applicativo per una buona pratica etica. In questo scritto si intende puntualizzare come detta «sanità» viene presentata e declinata in forma analitica e sistematica in *OPQ*.

Sotto un profilo sistematico il documento guarda alla «sanità dei mercati» intesa in senso lato come stato di salute dell'organismo sistema-mercato: in prospettiva organicistica la sanità del sistema dipende non solo dalle condizioni generali della globalizzazione e dalla capacità di coordinamento sovranazionale nell'attività di certificazione dei prodotti finanziari «a prevenire effetti collaterali negativi e (...) evitare inquinamenti» (*OPQ*, 19.3), ma anche «dalla sanità delle singole azioni» (*OPQ*, 19.1).

Le politiche economico-finanziarie possono, oltre alla responsabilità dei singoli, concorrere alla creazione di un sistema di «soggetti e strumenti sani», in un contesto di pluralità, in grado di realizzare un sistema di sana «biodiversità economica e finanziaria» (*OPQ*, 20.1). L'ecosistema dei mercati che viene alla luce richiede un chiaro oggetto di regolamentazione che, per la sua sanità, presume la «massima informazione possibile» a fruizione dei singoli risparmiatori: questi, infatti, debbono essere messi al corrente della natura dell'impiego, se a fini speculativi o meno, dei capitali investiti (*OPQ*, 22.2)²⁹.

È evidente la frattura ideale che contrappone le due prospettive dell'agire economico: la cristiana, solidaristica e altruistica, e quella dei «giocatori», utilitaristica ed opportunistica. L'interdipendenza delle decisioni di gioco è gestita nelle due condizioni operative, in modi antitetici. Nella prospettiva dei «giocatori», la scelta cui vengono sottoposti dal giudice i due giocatori, arrestati sotto l'accusa di un crimine commesso da entrambi, è di confessare il reato, nella previsione di vedersi irrogata una pena minimale, nell'ipotesi di una confessione resa da entrambi i sospettati. L'intesa strategica ha quindi l'effetto di ovviare all'eventualità di punizioni dalle pene elevate (l'alternativa consisteva nella confessione di uno solo, con un forte squilibrio nelle pene irrogate, ma che non avrebbe avvantaggiato nessuno dei due giocatori).

²⁹ Attualmente gli istituti di credito includono prassi informative verso i loro clienti, i quali vengono messi al corrente sul livello di rischio dei prodotti finanziari in commercio. Da alcuni anni gli istituti di credito sottopongono all'attenzione della clientela specifiche pratiche informative come, ad es., la cd. «valutazione periodica della coerenza del portafoglio». Si tratta di quadri preventivi sulla rappresentazione del rischio incombente sia sui singoli prodotti finanziari che sul portafoglio. È utile osservare che in tali informative la banca avverte la clientela, segnalando i «rischi di concentrazione» (per emittente; per valuta; per prodotti a complessità molto elevata) che potrebbero pregiudicare la stabilità del patrimonio. In particolare, per i prodotti finanziari a complessità molto elevata (es. prodotto finanziari strutturati negoziati in *trading venues*) è l'istituto di credito che si impegna (o dovrebbe) ad esercitare meccanismi di tutela del cliente-investitore, attraverso un rafforzamento dei cd. presidi di valutazione dell'adeguatezza e conformando l'attività di investimento alla tipologia di clientela (clientela al dettaglio).

Siffatte pratiche, pur necessarie in un contesto di informazione responsabile, non sono certo sufficienti a garantire l'effettiva corrispondenza ai criteri di una condotta etica, che resta affidata alla discrezionalità degli operatori economici.

Il fattore informativo è ormai una condizione essenziale per la realizzazione di un'economia finanziaria sana³⁰. Questa esigenza rappresenta oggi il più importante puntello da opporre al potere debordante dei sistemi della cd. finanza *off-shore* di cui *OPQ* si occupa approfonditamente, per declinare anche in chiave culturale il principio di un'economia «sana».

Le pratiche finanziarie *off-shore*, fondate su intenti speculativi, si dimostrano un canale privilegiato per favorire fenomeni di elusione fiscale, evasione, riciclaggio di danaro di provenienza illecita e si pongono, così, in contrapposizione frontale con un modello di «cultura economica sana» (*OPQ*, 30.4). Dette attività sono direttamente correlate con un *deficit* di trasparenza e, nel perseguimento di scopi unicamente speculativi, impediscono il «sano sviluppo» dell'economia (*OPQ*, 31.4). Nei casi più gravi, quando tali attività criminose riescano nell'intento congiunturale di sfuggire alle maglie della legalità e di operare sulle leggi dei grandi numeri economici, questo fenomeno patologico contribuisce non poco alla dilatazione del debito pubblico nazionale, attraverso il dirottamento di ingenti capitali nei cd. paradisi fiscali³¹, con ciò minando alla base la «sanità del sistema economico internazionale» (*OPQ*, 32.4).

Nessun segmento del tessuto economico può dirsi immune da responsabilità: non il singolo risparmiatore, non gli Stati con le loro economie ciclopiche, neppure i corpi intermedi dell'attività economica produttiva. Il rischio di un pregiudizio alla sanità economica coinvolge infatti, in pari misura, anche il sistema dell'impresa, «vero copro sociale intermedio, con una propria cultura e prassi» (*OPQ*, 23.1), ma con effetti devastanti per l'economia. Le logiche del profitto e quelle della produttività rappresentano due modelli culturali, destinati a collidere senza speranza di un compromesso accettabile (è questo un terreno estraneo alla «teoria dei giochi») qualora venga sacrificato il «bene comune».

Se, infatti, da un lato, la sanità economica dell'azienda è sganciata dalla logica di profitto degli azionisti (*shareholders*), dall'altro lato, ogni prospettiva di lucro che sacrifichi il «bene comune» comporta una progressiva penalizzazione ed inquinamento delle cultura «della sanità di ogni sistema economico-sociale» (*OPQ*, 23.3 e 23.4).

³⁰ La conoscenza dei dati è una condizione universale per la buona amministrazione di ogni struttura organizzata. Attualmente gli enti ecclesiastici tendono a favorire una «cultura organizzativa» fondata sulla conoscenza dei dati. Ciò, allo scopo di ottimizzare i sistemi di controllo e favorire la buona amministrazione dei beni della Chiesa (cfr. can. 1284 CIC). A proposito dell'applicazione dei modelli di *accountability*, *compliance* e *auditing* all'amministrazione degli enti ecclesiastici, iniziative di studio, nel contesto del diritto patrimoniale canonico, sono promosse dal gruppo CASE (Corresponsabilità, Amministrazione e Sostegno Economico alla Chiesa) della PUSC-Facoltà di Diritto Canonico.

³¹ MICHELE CARBONE -MICHELE BOSCO - LUIGI PETESE, *La geografia dei paradisi fiscali*, Milano, IP-SOA, 2014, pp. 51 ss.

OPQ scandaglia il sottobosco della finanza per circoscrivere gli strumenti responsabili dell'inquinamento dei mercati e del pregiudizio alla «sanità del sistema economico-finanziario». Vengono così individuati i titoli di credito tossici, causa di una «creazione fittizia di valore», resi ancor più letali da scorrette pratiche di diffusione sui mercati (cd. cartolarizzazione dei mutui *subprime*) (*OPQ*, 25.1).

Le condotte finanziarie antietiche si inoltrano su sentieri «creativi» con un progressivo aumento del rischio di futuri pregiudizi. I «derivati» (e le specifiche tipologie delle *securization* e delle cartolarizzazioni di cartolarizzazioni), sono additati come potenziali strumenti di distorsione del valore reale del prodotto finanziario e causa di intossicazione della «sanità del mercati» con la creazione di pericolose bolle speculative (*OPQ*, 26.2 e 26.3). Esse producono vere e proprie forme di «cannibalismo economico» con effetti nocivi alla «sana funzionalità del sistema» (*OPQ*, 26.7). A deprimere ulteriormente lo stato di salute del sistema è, infine, la pratica dei cartelli di connivenza, intesi a manipolare e distorcere il *fixing* dei tassi di interesse e di cambio (*OPQ*, 27.3).

Il percorso analitico di *OPQ* traccia cause patologiche ed effetti in pregiudizio del bene comune e della sanità dell'agire economico su scala individuale e generale. La metafora della «salvezza» dei mercati come «salvezza» dell'*homo oeconomicus*, in grado di recuperare il valore della solidarietà e dell'onestà della condotta sociale, e dunque recuperato al primigenio *status* etico di *viator*, transita attraverso il recupero di un'etica di relazione. *OPQ* getta le basi di questo orientamento ed avverte che, se non esiste un modello economico universalmente valido, la necessità di un'etica si impone trasversalmente alle diverse realtà dei mercati finanziari (*OPQ*, 7 e 8). La prospettiva per cui «(...) ogni azione umana – anche in ambito economico – implica comunque una comprensione dell'uomo e del mondo» sollecita nell'*homo oeconomicus* la riscoperta di una parallela dimensione antropologica in modo che la ricerca dell'ottimizzazione dei profitti e dell'utile individuale si armonizzi con la più profonda indole «relazionale e razionale» che spinge l'uomo nella sua attività economica (*OPQ*, 9)³².

Il cuore della natura «pastorale», il momento di evangelizzazione, la Rivelazione cristiana diretta tanto all'analista di Wall Street, quanto allo speculatore abituale o al semplice investitore, sta nella proposta volta alla rigenerazione di una antropologia di relazione, in grado di riflettere i medesimi legami affettivi che legano insieme le membra ed i segmenti della *communio* della

³² Cfr. ALBERT O. HIRSCHMAN, *L'economia politica come scienza morale e sociale*, Liguori, Napoli, 1981.

Chiesa (*OPQ*, 10.1)³³. Non solo, infatti, l'indole relazionale permette all'uomo di opporre resistenze «ad ogni riduzione reificante delle sue esigenze di fondo» e sostituire alla logica dello scambio quella del dono, in un sinallagma contrattuale senza contropartita, ma lo induce ad intravedere il mondo dell'economia non più come un luogo di antagonismi, ma di alleanze.

L'«antropologia relazionale» diviene il trampolino di una strategia etica che poggia su fini etici, ossia su profitti legittimi in una logica di redistribuzione diffusa del benessere³⁴.

Queste posizioni, che richiamano il perenne insegnamento della Dottrina Sociale della Chiesa ed il magistero di indole economico-sociale esposto con coerenza dai pontificati del Novecento, trovano notevolissimi punti di contatto con le proposizioni etiche della letteratura scientifica laica. I maggiori esponenti teorici dell'economia distributiva e «contrattualista», tra cui vanno certamente ascritti economisti del calibro di Amartya Sen³⁵ e John Rawls³⁶, si palesano aperti sostenitori della prospettiva etica in economia quale condizione preventiva ad interrelazioni umane universali.

Occorre tuttavia sottolineare che «l'antropologia di relazione» sostenuta in *OPQ* supera le angosce individualiste in cui il disfacimento dello Stato di natura ha proiettato irrimediabilmente l'*homo oeconomicus*. La relazione voluta dalla Chiesa è e resta all'interno delle regole della «teoria dei giochi», in cui è l'uomo agostiniano a restare padrone del suo agire attraverso un libero arbitrio che non gli viene mai negato e sul quale, semmai, egli è chiamato a rispondere con la sua personale responsabilità.

OPQ, dunque, richiama alla riscoperta etica e guarda ai codici di comportamento, ma con un affidamento alla legge scritta che, realisticamente, sarebbe illusorio ritenere esauriente ed assoluto.

³³ Per AMARTYA SEN, *Razionalità, economia e società*, in (a cura di G. Crepaldi e R. Papini) *Etica e democrazia economica*, Atti del seminario di Studio CEI e Istituto Internazionale "J. Maritain", Roma 17-18 Febbraio 1989, Marietti, Genova, 1991, è l'abbandono della «camicia di forza della razionalità economica ristretta», in vista di un ritorno dei rapporti umani allo spirito dell'anteceduta. Cfr. MARIANTONIETTA FIORE, *L'agire economico* cit., p. 8.

³⁴ Un profitto legittimo, infatti, è sempre riconducibile a modelli politici solidaristici a sostegno del bene comune: «Nessun profitto è infatti legittimo quando vengono meno l'orizzonte della promozione integrale della persona umana, della destinazione universale dei beni e dell'opzione preferenziale per i poveri» (*OPQ*, 10.3).

³⁵ Il quale A. sostiene la centralità dei diritti umani fondamentali come condizione per lo sviluppo dell'economia e dei principi essenziali di dignità giuridica dell'individuo.

³⁶ È nota la dottrina sull'eguaglianza democratica espressa da Rawls. Il modello proposto si fonda su un bilanciamento tra fattori che integrano col principio di parità formale dei diritti, quello di eguaglianza liberale, per modo che il principio di efficienza si componga con quello di differenza. Così, JOHN RAWLS, *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1971, pp. 40 ss.

4. *Le asimmetrie di sistema e i codici di comportamento*

L'incapienza dei codici positivi ad abbracciare con una lettura normativa comprensiva regole di comportamento etico non esclude – preso atto delle molteplici «asimmetrie» del sistema economico-finanziario – il valore eminentemente pratico delle tavole deontologiche e di proposte, pur nella consapevolezza che non potranno mai formalizzare soluzioni assolute e definitive³⁷.

L'ipotesi, per certi aspetti paradossale, di un'etica della finanza, alimenta la prospettiva di una deontologia sganciata da statuti di riferimento, perché in grado di superare le norme formali³⁸. *OPQ* segnala la presenza stratiforme di «asimmetrie» del sistema economico che si sviluppano lungo la dimensione materiale dei mercati, dei valori codificati e non, delle regole giuridiche ed economiche.

La più vistosa asimmetria funzionale che riguarda i mercati consiste nella già segnalata loro incapacità all'autoregolamentazione (*OPQ*, 13.2)³⁹. Anche più articolata l'asimmetria materiale dei mercati. Questa si esprime nelle pratiche, di per sé lecite ma immorali – perché fondate sull'ignoranza del contraente-investitore –, di promozione di strumenti finanziari potenzialmente pericolosi; nell'esistenza stessa di un universo di prodotti finanziari complessi – solitamente cabale indecifrabili – e tali da configurare il sistema economico per sua natura, ad «asimmetria intrinseca» (*OPQ*, 14.2 e 14.3). Questa asimmetria ne presuppone un'ulteriore, di tipo conoscitivo. L'informazione è potere: se non è gestita eticamente e non è condivisa, contribuisce all'ipertrofia del demone del dominio tecnico: «(...) la concentrazione asimmetrica di informazioni e potere tende a rafforzare i soggetti economici più forti, creando egemonie capaci di influenzare unilateralmente non solo i mercati ma anche gli stessi sistemi politici e normativi» (*OPQ*, 21.5).

La finanziarizzazione dell'impresa è essa stessa generatrice di asimmetrie, nel momento in cui il reddito da capitale insidia e soppianta quello da lavoro, deprimendo la dignità del lavoro retribuito, del danaro e dell'uomo, per ridurlo a un «mero mezzo di scambio all'interno di relazioni sociali rese asimmetriche» (*OPQ*, 15.2). Quando poi la pratica finanziaria delle negoziazioni ad

³⁷ GIUSEPPE RIVETTI, *Enti senza scopo di lucro*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 237-238. L'A. mette in guardia dall'illusione di formulare un'etica della finanza in grado di assurgere a toccasana dei problemi etici *tout-court* della finanza, posta l'indole squisitamente culturale di ciò che possa intendersi come funzione etica nelle istituzioni finanziarie.

³⁸ *Finanza internazionale ed agire morale. Contributo alla riflessione*, Quaderno n.43, Ufficio Nazionale CEI per i problemi sociali e del lavoro, San Paolo, Milano, 2004, pp. 20-25.

³⁹ BENEDETTO XVI, *Caritas in veritate*, n. 35, in AAS 101(2009), pp. 670 ss.; FRANCESCO, Esort. ap. *Evangelii gaudium*, n. 204, in AAS 105 (2013), pp. 1105 ss.

alta frequenza (*high frequency trading*) si orienta verso fini esclusivamente speculativi, il pregiudizio alla dignità del rapporto di lavoro si estende al paradigma del giusto profitto. L'*homo oeconomicus* perde la sua razionalità, sacrificata all'azzardo speculativo: si genera così un'asimmetria tra lucro ingiusto e turbativa al benessere collettivo (*OPQ*, 17.1).

Questo fascio di asimmetrie riassume una condizione patologica organizzativa. Nella finanza internazionale dà luogo nella cd. «zona grigia»⁴⁰, alle speculazioni «fine a sé stesse» che non comportano creazione di ricchezza ma, tutt'al più, un trasferimento della ricchezza già esistente in forma rapida e massiccia sostenuta, e spesso accompagnata, da finalità non regolamentate dal diritto, antietiche, se non addirittura illecite e criminose⁴¹ ed amplificate dall'ipertrofia dimensionale della globalità⁴².

Il modello economico finanziario si palesa per la natura autoreferenziale, neutra, incapace di autoregolarsi e di autocritica: un sistema «autistico», indifferente alle relazioni intersoggettive, privo di codici di riferimento e di regole morali. Non solo: un organismo impermeabile sostanzialmente proiettato al rifiuto di elementi di riflessione che non appartengano alle logiche dell'agire economico.

Le teorie economiche prevalenti illustrano tali modalità miopi e chiuse del cd. «pensiero unico» di cui la rappresentazione antropomorfa dell'*homo oeconomicus* è la sintesi perfetta⁴³. *OPQ* suggerisce l'adozione di codici di comportamento ispirati a regole di trasparenza e di onestà nella condotta e alla solidarietà e all'altruismo dei fini ultimi del proprio agire. Si tratta di codici «deboli»: la fragilità (o la forza?) delle leggi morali risiede nel difetto di adeguati strumenti di coercizione con efficacia deterrente. Anche i codici formali delle leggi positive della «città», tuttavia, scontano il limite dell'intangibilità del foro interno, del tribunale della coscienza. L'antagonismo tra «spirito della Torre di Babele e Spirito di Pentecoste» non trova un superamento se non nel medesimo terreno di confronto che è l'ordine dello spirito. Le regole di comportamento codificate possono contribuire all'avveramento di una correttezza formale dei mercati e delle finanze, ma la condotta individuale richiede il sostegno di «un ordine universale ontologicamente fondato»⁴⁴.

⁴⁰ Si intende il «sistema bancario ombra» costituito da una rete di istituti finanziari non bancari che favoriscono l'impiego di strumenti finanziari non regolati.

⁴¹ *Finanza internazionale ed agire morale* cit., pp. 76 ss.

⁴² PAOLO GROSSI, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, in *Quaderni Fiorentini*, 29 (2000), Giuffrè, Milano, pp. 551 ss.

⁴³ *Etica e finanza*, cit. pp. 23 ss.

⁴⁴ *Etica e finanza*, cit. p. 33.

Il precetto fondante, si è detto, si conforma a quella «regola d'oro» che riassume in un passo del Vangelo l'essenza del diritto naturale⁴⁵: regola che non contraddice ma, semmai, integra il momento di intervento del diritto nell'agire economico e la sua forza ordinante.

5. *L'intervento ordinante del diritto sulla «de-regulation» dei mercati finanziari e sugli attori economici visibili ed invisibili*

Gli estensori del testo di *OPQ* impiegano gli strumenti del diritto con una frequenza ed incisività raramente riscontrabili in altri documenti ufficiali della Sede Apostolica che trattino di temi sociali. Qui la Chiesa riveste la missione di apostolato con panni legali, perché condanna senza appello la speculazione e i gravi illeciti compiuti da un sistema economico infetto dalla mancata separazione tra banche commerciali e d'affari.

L'atto d'accusa sferrato dai Dicasteri apostolici contempla anche i vuoti normativi circa i sistemi di controllo che i mercati *off-shore* e i meccanismi del *shadowbanking system* rendono sempre più indispensabili. Ciò che *OPQ*, in prospettiva giuridica, intende sostenere è, da un lato, un deciso riallineamento dei modelli finanziari bancari all'antico regime, così come enunciato al principio dello scorso secolo dal *Banking Act*,⁴⁶ della banca tradizionale di tipo commerciale e non speculativo, impostata sulla minor redditività ma anche al minor rischio; dall'altro, è la riconduzione al dominio regolatore del diritto del sistema finanziario nel suo complesso, sia attraverso l'istituzione di soggetti di controllo affidabili e terzi⁴⁷, sia di efficaci strumenti di controllo⁴⁸.

⁴⁵ *OPQ*, 11.3.

⁴⁶ Negli anni Trenta del Novecento, l'*Emergency Banking Act*, con lo scopo di tamponare gli effetti devastanti sull'economia americana della grande crisi del '29, sancì la separazione tra banche commerciali e di investimento.

⁴⁷ Si è già accennato all'ipotesi dell'istituzione di una Autorità pubblica mondiale, per la quale *OPQ* ha preferito altre e più praticabili soluzioni, da individuare nella creazione di Comitati etici interni alle banche (*OPQ* 24.3 e 28.2). Del resto, anche volendone ricondurre l'azione al più circoscritto livello di operatività nazionale, i supervisor finanziari (agenzie di *rating*) configurano modelli deboli, perché non esenti da conflitti di interessi, volti a consolidare o, quantomeno, tollerare zone grigie.

⁴⁸ È il caso dei modelli di condivisione dei dati informativi. In argomento, cfr. FABIO VECCHI, *La progressiva armonizzazione della legislazione finanziaria vaticana in materia di contrasto all'evasione fiscale internazionale. Il FATCA-IGA (Foreign Account Tax Compliance Act – Intergovernmental Agreement, 10 giugno 2015) tra Santa Sede/Stato Città del Vaticano e Stati Uniti d'America*, in *Diritto e Religioni*, 21/1 (2016), L. Pellegrini ed., Cosenza, pp. 206-300. È tuttavia singolare osservare che, mentre l'esigenza di istituire modelli di informazione condivisi è riconosciuta negli ordinamenti civili – e la Santa Sede, in qualità di soggetto statale sovrano, aspira ad esserne partecipe –, il diritto fondamentale di informazione non è a tutt'oggi formalizzato dal diritto canonico. Sul tema, JEAN-

La già evidenziata condizione «autistica» dei mercati, intesa come «refrattarietà morale» e come cecità a percepire il potenziale danno derivante da politiche economiche avventate, azzardate o irresponsabili, unita all'incapacità di autoregolamentazione, rende urgente l'intervento ordinante del diritto e, quindi, di un'azione politica illuminata, perché tesa al bene comune della «città».

In sintesi, il fine del bene collettivo facente capo al consorzio civile si integra con (e dipende dal) bene pubblico della supervisione⁴⁹.

La prospettiva giuridica di *OPQ*, inoltre, mette in luce senza giri di parole la centralità del principio trasversale e universalmente valido su singoli individui ed enti di responsabilità morale indiretta, già posto in luce dal magistero pontificio di Benedetto XVI e di Francesco⁵⁰. Un principio che, tuttavia, non si esaurisce entro i parametri della giuridicità, ma si estende in ampiezza, e in natura, per elevarsi su un piano di paradigmi metagiuridici, nel considerare la ricchezza monetaria in prospettiva di strumentalità; nell'inserirli in un «circolo relazionale» complesso, in cui i rapporti umani recuperati reclamano un criterio di giustizia moralmente neutrale. È una morale indiretta ed universale: coinvolge tutti⁵¹.

L'impianto giuridico di *OPQ* prende le mosse dai diritti e doveri fondamentali dell'uomo e si ispira ad un ordine etico meta-temporale nei cui confronti gli ordinamenti giuridici umani debbono attingere il fondamento di giustizia (*OPQ*, 3.1). In senso analogico, la ragione, rettamente orientata su principi etici, alimenta positivamente «gli ambiti in cui vigono le leggi della politica e dell'economia» (*OPQ*, 4.1).

Proposta la fondazione etica del futuribile modello economico-finanziario, *OPQ* si concentra sui due attori economici principali ed immediatamente visibili nella produzione e circolazione della ricchezza: i mercati e le banche. Di

PIERRE SCHOUPE, *I diritti fondamentali dei fedeli in rapporto alla partecipazione al governo dei beni temporali*, in *Ius Ecclesiae*, Serra Ed., Pisa-Roma, 26 (2014), pp. 114 ss.

⁴⁹ JOSEPH STIGLITZ, in proposito, afferma: «(...) Il settore finanziario ha ripetutamente mostrato che, senza regolamentazione, semplicemente non è in grado di essere responsabile della gestione di soldi altrui in modo prudente, senza mettere a repentaglio l'intera economia. E i depositanti comuni, i piccoli investitori e coloro che risparmiano per la loro pensione semplicemente non sono in grado di esercitare autonomamente un'adeguata supervisione. Questa costituisce un bene essenzialmente pubblico. Tutti beneficiamo da istituzioni finanziarie ben regolate. Le nostre istituzioni finanziarie hanno fallito, ma in parte hanno semplicemente fatto quello che fanno le imprese del settore privato, hanno massimizzato il benessere dei loro *manager*». Per alcune ulteriori riflessioni sulla necessità di forme di controllo e supervisione dell'economia finanziaria, <https://www.mediapart.fr/journal/international/050918/joseph-stiglitz-l-europe-est-au-bord-de-l-abime>.

⁵⁰ Cfr. BENEDETTO XVI, *Caritas in veritate*; FRANCESCO, *Evangelii gaudium* e *Laudato si'*. Sul punto, UGO BIGGERI, *La finanza diventi etica: coraggioso documento del Vaticano*, in <https://www.bancaetica.it/blog/finanza-diventi-etica-coraggioso-documento-del-vaticano>.

⁵¹ MARIANTONIETTA FIORE, *L'agire economico* cit., p. 8.

questi soggetti vengono analizzati i comportamenti «asimmetrici» dai quali emerge un terzo co-protagonista invitato di pietra, meno visibile, ma altamente pericoloso: la finanza *off-shore*.

Quanto ai mercati, la necessità di disciplinamento normativo, sia con regole di condotta che di correzione, è dettata dall'incapacità delle stesse ad autoregolarsi e dalle potenziali asimmetrie di cui possono essere causa prima (*OPQ*, 13.2)⁵².

Dato che i mercati materializzano lo spazio naturale in cui si generano ed incrociano egoismi e sopraffazioni, occorre annullare (o, per lo meno, governare) le asimmetrie, anche giuridiche, cui danno luogo: *OPQ* suggerisce in proposito, il superamento del principio classico del *caveat emptor*⁵³. La funzione ordinante e correttiva del diritto può ben intervenire ancora sulla dimensione informativa dei mercati, a livello nazionale e internazionale: «(...) i mercati abbisognano di solidi e robusti orientamenti, sia macro-prudenziali che normativi, il più possibile condivisi ed uniformi» (*OPQ*, 21.3)⁵⁴.

L'attuazione di tale sistema normativo ad aggiornamento costante e sovranazionale va necessariamente concertata tra singole autorità nazionali (*OPQ*, 21.4). Ciò, tenuto conto che il sistema delle informazioni condivise rappresenta un universo parallelo a quello economico finanziario e che la dimensione della disponibilità dei dati si piega a non minori asimmetrie, e che entrambi tali fenomenologie incidono negativamente sulla costruzione unitaria del bene comune (*OPQ*, 21.5)⁵⁵. Le proposte giuridiche di *OPQ* relativamente all'attore bancario possono riassumersi nell'auspicata istituzione di Comitati etici da affiancare ai Consigli di Amministrazione presenti negli istituti di credito (*OPQ*, 24.3), in modo tale che l'azione di controllo da questi operata pos-

⁵² *OPQ*, 13.2: «(I mercati) non sanno né produrre quei presupposti che ne consentono il regolare svolgimento (coesione sociale, onestà, fiducia, sicurezza, leggi...), né correggere quegli effetti e quelle externalità che risultano nocivi alla società umana (disuguaglianze, asimmetrie, degrado ambientale, insicurezza sociale, frodi...)».

⁵³ *OPQ*, 14.3: «Tale principio, in base al quale incomberebbe anzitutto sul compratore la responsabilità di accertare la qualità del bene acquisito, presuppone infatti una parità nella capacità di tutelare i propri interessi da parte dei contraenti. La qual cosa di fatto oggi in molti casi non esiste, sia per l'evidente rapporto gerarchico che viene ad instaurarsi in alcuni tipi di contratti (ad esempio fra mutuante e mutuatario), sia per la complessa strutturazione di numerose offerte finanziarie».

⁵⁴ Sulla necessità di consolidare un sistema di informazione condivisa, estesa e di rete, FABIO VECCHI, *La progressiva armonizzazione* cit.; ID., *Sperimentazioni in materia di compliance finanziaria e voluntary disclosure nella convenzione fiscale italo-vaticana del 1° aprile 2015*, in *Anuario de Derecho Canónico*, Universidad Católica de Valencia "S. Vicente Mártir", Valencia, 6 (2017), pp. 49-87.

⁵⁵ «(...) laddove è stata praticata una massiva *deregulation* è risultato evidente che gli spazi di vuoto normativo e istituzionale rappresentano luoghi favorevoli non solo all'azzardo morale e alla malversazione ma anche al sorgere di esuberanze irrazionali dei mercati – a cui seguono dapprima bolle speculative e, poi, repentini e rovinosi crolli – e di crisi sistemiche» (*OPQ*, 21.5).

sa garantire la corretta pratica bancaria e la conformità con le norme vigenti (OPQ, 28.2)⁵⁶; sarebbe poi auspicabile introdurre linee-guida sulle operazioni giuridicamente lecite, quali fonti normative interne degli istituti di credito, con dignità di statuti etico-giuridici volti a regolamentare la condotta professionale della banca (OPQ, 28.3)⁵⁷; in terzo luogo, quale fonte normativa di carattere generale, valevole nell'ordinamento giuridico bancario e finanziario, sarebbe assai opportuna la previsione di una clausola generale di illegittimità capace di contemplare le multiformi modalità di raggiro e scorrettezza negoziale (OPQ, 28.4)⁵⁸.

A tali suggerimenti si aggiungono ulteriori rimedi giuridici di respiro internazionale aventi ad oggetto la finanza *off-shore*: la maggiore (e possibilmente integrale) trasparenza dell'attività finanziaria; l'obbligo di rendicontazione pubblica; il corredo della previsione di azioni penali incisive verso gli Stati «disonesti» (OPQ, 31.6).

È evidente che la *ratio* che governa le proposte giuridiche di questo *vademecum* di suggerimenti è la funzione ordinante dalla legge sull'economia e che, in ossequio alla naturale limpidezza del diritto, quel decalogo di buone norme sia finalizzato all'eliminazione di ogni cono d'ombra che intossichi la buona pratica finanziaria ed il corretto operare del credito. Per le banche, tale precetto si traduce nella necessità di tutela del risparmio. Il che richiede «cultura etica» e disciplina legale: «la delicata gestione del risparmio, oltre ad una debita regolazione giuridica, esige anche paradigmi culturali adeguati (...)» (OPQ, 24.2). Tale disciplinamento normativo si articola nella previsione di sanzioni giuridiche a tutto campo, in grado di prevenire le prassi elusive dei controlli attuate attraverso la *compliance* bancaria (OPQ, 28.1) o di sanzionare le distorsioni nell'uso dei titoli di credito (OPQ, 25.2) o di opporsi a strumenti giuridici che, come nel caso dei derivati, o delle ulteriori multiformi tipologie di prodotti finanziari poggianti su contratti aleatori, contribuiscono alla distorsione dei mercati.

OPQ sottolinea l'importanza di fare emergere dalle nebulosità in cui opera

⁵⁶ Tali organismi «(...) operanti a fianco dei Consigli di amministrazione, costituirebbero un naturale interlocutore di coloro che debbono garantire, nel concreto operare della banca, la conformità dei comportamenti alle ragioni delle normative in essere» (OPQ, 28.2).

⁵⁷ Si tratterebbe insomma di dare luogo a strumenti che consentono «(...) di agevolare un giudizio di rispondenza, così che si possa discernere quali, fra le operazioni tecnicamente realizzabili sotto il profilo giuridico, siano nei fatti anche legittime e praticabili dal punto di vista etico (questione che si pone, ad esempio, in modo molto rilevante per le pratiche di elusione fiscale). In modo che si passi da un ossequio formale ad uno sostanziale nel rispetto delle regole» (OPQ, 28.3).

⁵⁸ Tale strumento giuridico, in altri termini, renderebbe possibile dichiarare «(...) illegittimi, con conseguente responsabilizzazione patrimoniale di tutti i soggetti a cui questi sono imputabili, quegli atti il cui fine sia prevalentemente l'aggiramento delle normative vigenti» (OPQ, 28.4).

naturalmente la finanza *off-shore*, il terzo operatore «invisibile», in grado, con le sue politiche criminose (elusione, evasione, riciclaggio di danaro sporco «frutto di proventi illeciti» *OPQ*, 30.5), di rendere palesi i limiti di operatività dei modelli normativi internazionali di prevenzione e contrasto alla criminalità finanziaria⁵⁹.

Il citato documento declina, infine, un quarto soggetto operante nel teatro economico: un attore di maggiore visibilità organizzativa, ma altrettanto capzioso nella capacità di interferire negli scenari finanziari. Si tratta del sistema amministrativo pubblico e delle sue pregiudizievoli inerzie e letargie d'apparato. Di questo profilo *OPQ* tratta solo in via incidentale, invocandone «sagge riforme strutturali» (*OPQ*, 32.2 e 32.3): un tema che, per la sua complessità e per le molteplici implicazioni con il sistema politico, avrebbe meritato ben più ampi spazi di riflessione.

6. Nuovi sentieri ecclesiologici di intervento «in mundo»

Esaminati i contenuti, le ragioni e gli strumenti operativi segnalati da *OPQ*, sembra opportuno proporre qualche breve riflessione sugli elementi preordinanti che hanno indotto la Chiesa ad estendere la sua missione di «*Mater et magistra*» al profilo «mercantile» della condotta umana, sulla scorta del magistero di *Gaudium et spes*, n. 76, nell'età della finanza libera e «creativa»⁶⁰.

Con *OPQ*, infatti, la Chiesa prosegue lungo il solco di un insegnamento etico-sociale varato nell'età conciliare e divaricato progressivamente negli anni a seguire, sulla spinta di un'impellente proposta morale verso i nuovi, e spesso raccapriccianti, fenomeni di pirateria del mercato finanziario⁶¹.

Si pongono qui due ordini di osservazioni: la messa a fuoco dell'oggetto etico, in quanto «scopo» nelle consuetudini del mercato e le modalità strategico-propositive della Chiesa nel XXI secolo. Si è già precedentemente osservato come la consapevolezza del primato etico corrisponda alla composizione del conflitto biblico tra «spirito della Torre di Babele e Spirito di Pentecoste» (*Nota. Conclusioni*, nn. 12 e 13) e che il bene della «città» terrena transiti necessariamente attraverso l'indiscutibile centralità della legge naturale (*Alla ricerca*, n. 88).

⁵⁹ «Non si è tuttavia riusciti finora ad imporre accordi e normative adeguatamente efficaci in tal senso; gli schemi normativi proposti in materia anche da autorevoli organizzazioni internazionali sono anzi stati spesso inapplicati o resi inefficaci (...)» (*OPQ*, 31.5).

⁶⁰ GIUSEPPE DALLA TORRE, *La città sul monte* cit., pp.167 ss.

⁶¹ *Etica e finanza*, cit, p. 6.

L'evangelizzazione dell'*homo oeconomicus* – con tale formula intendendosi tanto i centri giuridici di interesse (banche, organizzazioni finanziarie, agenzie di *rating* ecc.), quanto il singolo individuo nel ruolo dell'investitore (*shareholder*) –, richiede la presa d'atto che piano morale e giuridico non sono separati ma, semmai, coesistono entro lo stesso vincolo consortile della *caritas*⁶² e si inseriscono in una medesima traiettoria esistenziale, per cui *simul stabunt et simul cadent*. La solidità dell'impianto etico, tuttavia, assicura pari stabilità tanto alle strutture politiche di democrazia quanto al sistema economico e alle sue leggi funzionali⁶³.

Quanto alle modalità strategiche di attuazione «*in mundo*» dell'etica cristiana in economia, occorre avvertire che le proposte di tutela dei mercati, le quali si traducono in una preordinata aspettativa di salvezza dell'*homo oeconomicus*, attingono alla sapienza incorrotta delle Scritture, nella consapevolezza che «è più facile per un cammello passare attraverso la cruna di un ago che per un ricco entrare nel regno di Dio» (Mt., 19, 24)⁶⁴.

Ad edulcorare il realismo evangelico subentra, d'altra parte, la trasversale valenza della «*salus animarum*» (can. 1752 CIC) quale comandamento che interpella la Chiesa ad una operosa ed incessante missione di salvezza universale: una missione che è «presenza» come tale sempre pronta all'ascolto dell'*homo oeconomicus*, sia quando questi agisca mosso da scopi individualistici sia quando agisca ispirato da più nobili intenzioni di ideale solidarismo, essendo la Chiesa «chiamata a stimolare in tutti indistintamente “la volontà a partecipare all'ingente sforzo con il quale [gli uomini] cercano di migliorare le proprie condizioni di vita» (*Gaudium et spes*, n. 34)⁶⁵. In fondo, questa «strategia» non esprime altro che una delle «”traiettorie” dell'intima relazione della Chiesa con il mondo»⁶⁶.

OPQ, dunque, al cospetto e nel confronto con le dinamiche speculative e le logiche di miope tornaconto finanziario, così ben illustrate dalla «teoria dei giocatori», si colloca nel solco del forte rinnovamento dell'ecclesiologia conciliare che si sviluppa lungo il crinale della presenza attiva della Chiesa nel mondo contemporaneo (*Lumen gentium*, n. 48), attraverso un uso tecnico

⁶² JAVIER OTADUJ, «*Caridad*», in *Diccionario General de Derecho Canónico-DGDC* (J. OTADUY – A. VIANA – J. SEDANO) Istituto Martín de Azpilcueta – Facoltà Dir. Canonico, Università di Navarra, I, Thomson Reuters/Aranzadi ed., Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 863 ss.

⁶³ Ricorda Dalla Torre la dottrina etica economica protestante di Max Weber, secondo cui la stabilità di un sistema economico basato sul libero mercato sussiste a condizione della presenza di un'etica forte. Così, GIUSEPPE DALLA TORRE, *La città sul monte* cit., p. 175.

⁶⁴ Cfr. Marco, 10, 25.

⁶⁵ Nota. Prefazione, n. 8.

⁶⁶ Nota. Prefazione, n. 2.

dello strumento giuridico e delle sue logiche consequenziali.

Di fronte alla previsione arrogante di modelli anti-etici, lesivi e ormai diffusivi nella divaricazione globale del bene comune, occorre un vocabolario ed una cultura tecnica aggiornati ed accompagnati ad opportuni strumenti di metodo volti a sostenere interventi preventivi: la coscienza resta un universo insondabile, non assoggettabile a meccanismi logici preordinati. Succede così che, anche nella sua voce sanzionatoria, il diritto si trasfigura in mezzo di salvezza dell'*homo oeconomicus*, attraverso un recupero della dimensione naturale che gli è propria, nel governo terreno della «città». Ma se i codici civili si confermano necessari strumenti di amministrazione e governo umano, allo stesso tempo denunciano i limiti di una giustizia tutta terrena.

In *OPQ* non ricorre mai l'espressione «Popolo di Dio»: non per questo si è in presenza di un documento «laico». La Chiesa mantiene intatte, infatti, le sue prerogative istituzionali e magisteriali e rinvia a principi base della sua Tradizione: l'eguaglianza dei suoi membri nella dignità di ogni singolo individuo, la quale dipende anche – sebbene non solo – dalla comunità dei beni di salvezza materiali, quale strumento di realizzazione dei diritti fondamentali⁶⁷. Ma, soprattutto, e nonostante tutto, rinvia all'uomo nella sua dimensione antropologica e nella perenne tensione di cui è oggetto di peccato e di riscatto, tra catene di interessi miserabili e aneliti spirituali, nella convinzione che anche nel gorgo di queste imponenti trazioni, l'uomo è creatura di Dio, è *homo viator*, sempre riconducibile ad un imperativo di responsabilità personale e di collettiva *consecratio mundi*.

7. Conclusioni

Il documento qui esaminato poggia su un postulato basilare per la Chiesa docente che si pone in «intima relazione con il mondo» (*Nota*. Prefazione, 2.2): la scommessa di una fondazione antropologica cristiana dei mercati finanziari. Il principale riscontro a questo presupposto ipotetico, non contrattabile al ribasso, è la proposta etica che si traduce anche in una regola di educazione all'impiego consapevole e responsabile della ricchezza, così da trasformare lo «sterco del diavolo» in uno strumento di servizio al bene comune della «città».

Corollario di questo modello etico-educativo rivolto, si ripete, ad ogni uomo o centro d'interesse che, nella logica della finanza, fatalmente si fa investitore, è la volontà di dare forma ad un sano rapporto di relazione: *OPQ* propone «mo-

⁶⁷ CARLO FANTAPPÌ, *Introduzione storica al diritto canonico*, Il Mulino, Bologna 2003, p. 255.

delli relazionali» diretti in prospettiva politica, giuridica ed economica, perché questi, se ben indirizzati, sono alla radice dell'onesto vivere della «città».

In termini politici occorre rammentare, infatti, la sussistenza di due differenti nessi di relazione – e di responsabilità – che legano con vincoli opachi il singolo agli amministratori della cosa pubblica⁶⁸. In termini economici, l'intercapedine che tende ad offuscare la relazione di responsabilità diretta tra singolo e strutture di gestione delle ricchezze – strutture spesso invisibili – risiede in un complesso di fattori ideologici di cui oggi il più insidioso è la tecnocrazia (*Nota. Prefazione*, n. 23): in tal senso *OPQ* avverte che una finanza etica non può prescindere dal necessario «connubio tra sapere tecnico e sapienza umana» (*OPQ*, 1).

Sotto il profilo giuridico, si tratta di rivitalizzare e porre al centro dell'attività economica la relazione fiduciaria. L'azione coercitiva delle leggi può certo costituire un prezioso deterrente al raggio e alla disonestà, ma i limiti dei codici umani sono evidenti sullo stesso terreno della prassi. Basti solo riflettere sulla potenzialità che un modello compiuto di relazioni fiduciarie avrebbe come sostitutivo delle complesse reti di dati condivisi volte a monitorare e persino prevedere le condotte degli operatori finanziari: la fiducia sostituirebbe il controllo amministrativo e l'eventuale sanzione giuridica.

Diritto ed economia condividono una comune epistemologia pratica, che si risolve nella costruzione di schemi di bilanciamento tra interessi contrapposti: in ambo i casi si tratta di comporre forze antagoniste, alla ricerca di un punto d'equilibrio che non annulla, ma computa nel bilancio, il pregiudizio, senza tuttavia soffermarsi sul *quantum* delle sofferenze inflitte. La logica della composizione dettata dalla legge naturale interviene su parametri utilitaristici ma interpella il «discernimento etico» (oltre che razionale) dell'uomo.

Per certi versi, lo «spirito della Torre di Babele» del giurista si confonde con i limiti dell'*homo oeconomicus* soggetto alle leggi dell'«ottimo paretiano»⁶⁹. In entrambi i casi, la gittata delle aspettative di arresta ad un dipresso, facendo luce sulle palesi inadeguatezze a comprendere quelle «relazioni maggiori» che includono i rapporti sociali, economici e politici. Sono gli orizzonti aperti, in ultimo, da papa Francesco in *Laudato si'* e sintetizzati in quel suggerimento per cui: «l'amore per la società e l'impegno per il bene comune sono una forma eminente di carità»⁷⁰.

⁶⁸ «Infatti, ai cittadini, in quanto elettori, rispondono direttamente i governi nazionali e indirettamente le istituzioni finanziarie internazionali, a cui presiedono uomini nominati dai governi nazionali». Così, *Finanza internazionale ed agire morale* cit., p. 87.

⁶⁹ Per «ottimo paretiano» si intende una situazione nella quale non è possibile migliorare lo *status* di un individuo senza peggiorare almeno quello di un altro soggetto.

⁷⁰ FRANCESCO, *Laudato si'*, n. 231.

Prospettive evolutive del diritto ecclesiastico e dinamica della legalità costituzionale tra questioni di principio e riforme “di settore”

GIUSEPPE D'ANGELO

1. Premessa

Come tutti i settori dell'ordinamento e delle corrispondenti scienze giuridiche anche quello deputato alla disciplina del fenomeno religioso e tradizionalmente indicato attraverso la denominazione di «Diritto ecclesiastico»¹ è tenuto a confrontarsi con le esigenze di rinnovamento (nella continuità)² alimentate da un contesto socio-culturale ed economico in continua trasformazione. Neppure esso si sottrae, quindi, alle contraddizioni e alle incertezze che caratterizzano il progressivo ridimensionamento della «"forza" originaria» della Costituzione³ come conseguenza, tra l'altro, della lamentata supremazia

¹ A scanso di equivoci, sembra opportuno precisare che questa definizione tradizionale, di necessità sintetica (cfr. FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, aggiornamento a cura di Andrea Bettetini e Gaetano Lo Castro, Zanichelli, Bologna, 2012, p. 3), viene assunta nella sua valenza formale ed immediatamente descrittiva e quindi senza nulla togliere a quella sua problematicità intrinseca che è d'altra parte destinata a riemergere nel corso di questa trattazione.

² Si ripresenta così una tensione dialettica connaturale al fenomeno giuridico (e, per vero, non solo ad esso). Invero, come si è autorevolmente osservato ««[C]ontinuità» e «discontinuità» sono caratteri tipici di ogni vicenda giuridica e, superata una soglia temporale rilevante (...) possono attingere profili istituzionali profondi, oltre che contrassegnare un'evoluzione dei contesti socio-culturali capace di rifrangersi sui contenuti e sul senso degli enunciati, al di là di ogni loro apparente invarianza»: SALVATORE BERLINGÒ, *Costituzione e riconoscimento*, in *Enti di culto e finanziamento delle confessioni religiose. L'esperienza di un ventennio*, a cura di Isabella Bolgiani, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 53.

³ «Quando i Padri costituenti hanno pesato, parola per parola, periodo per periodo, il testo della Costituzione, la immaginavano come la Legge fondamentale della Repubblica, come la (sola) Fonte della convivenza civile degli italiani, come l'unico pilastro della vita istituzionale del Paese, ma anche delle libertà e dei diritti dei cittadini (Calamandrei). ... Senonché, è accaduto, nel tempo, che la Costituzione ha progressivamente perduto quel carattere di "sacralità" (Ciampi) di cui sono connotate le Carte fondamentali di uno Stato e ha ceduto la sua "forza" originaria, per un verso, alle spinte di fonti sovranazionali e, per un altro, alle esigenze di un decisionismo governativo che non tollera più il rispetto delle procedure costituzionali»: CARLO DEODATO, *La crisi (del settantesimo anno) della Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, *Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo* (www.federalismi.it), 17 gennaio 2018.

delle ragioni dell'economia su quelle della politica⁴ e del superamento del paradigma della statualità⁵.

L'osservazione vuole rendere con immediatezza le ragioni poste alla base di questo contributo, con il quale ci si propone di indagare, in chiave problematica, stato attuale e prospettive delle relazioni che il diritto ecclesiastico instaura con la legalità costituzionale.

L'idea di fondo è che la rivalutazione, in corso, delle “nuove” proiezioni sociali e giuridiche del fattore religioso e delle istanze di tutela che, di conseguenza, esse pongono agli ordinamenti profani⁶ risponda ad obiettivi di

⁴ Nel chiedersi se sia ancora possibile una politica costituzionale, si è autorevolmente segnalato che «[O]ggi la politica appare come l'ancella dell'economia, è declassata ad amministrazione, è affidata alla tecnica. Il recupero della sua autonomia, non dirò del suo primato, non può che essere affidato alla sua capacità di tornare ad essere espressione visibile di principi democraticamente definiti, appunto quelli che si rinvengono nei documenti costituzionali, dunque espressione di un progetto che ingloba il futuro, né volubile né arbitrario (...) Nell'ultima fase storica si è determinato un passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale di diritto, connotato dal controllo di costituzionalità delle leggi e dalla istituzione di uno spazio dei diritti fondamentali. Proprio questo modello appare oggi in discussione, scosso dalla globalizzazione del mondo e dalla sua riduzione alla dimensione finanziaria»: STEFANO RODOTÀ, *Democrazia e costituzione. Perché dire no alla riforma Boschi e costruire una politica costituzionale*, Castelvecchi editore, Roma, 2016, p. 43.

⁵ «non si può negare che la costituzione, il *nòmos* moderno, è il prodotto storico di vicende che si sono svolte entro le pieghe degli Stati nazionali, cioè, per l'appunto, dentro spazi territorialmente definiti da confini all'interno dei quali i popoli erano retti o si reggevano «sovranamente». La sovranità, per conseguenza, è stata per lungo tempo il punto d'orientamento, la stella polare di ogni pensiero importante del diritto pubblico europeo, il concetto rispetto al quale gli Stati in Europa hanno potuto considerarsi affratellati da una storia e da un destino comuni. La costituzione, nel senso moderno, non fa eccezione: fuori della sovranità (concreta o astratta, non fa differenza) sarebbe impensabile. Non solo: si può aggiungere che essa è (stata) la massima espressione politica della sovranità. La giustizia costituzionale ha in sé questo di paradossale: essa è espressione della sovranità che si manifesta nella costituzione (monisticamente o pluralisticamente, non fa differenza) e, contemporaneamente, vale a depotenziarla privandola della sua onnipotenza originaria»: GUSTAVO ZAGREBELSKY, VALERIA MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I. Storia, principi, interpretazioni*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 68, cui si rimanda per ulteriori considerazioni sulla connotazione tuttora incerta degli esiti che, in punto di valore della Costituzione e, soprattutto, di giustizia costituzionale conseguono al superamento (o comunque al declino) della dimensione statale.

⁶ Come si riscontrerà in prosieguo con riferimento agli aspetti di più specifico interesse per questo contributo, l'emergere di nuove proiezioni del fattore religioso quale conseguenza tra le più significative delle trasformazioni dello scenario socio-culturale, economico e giuridico assume un valore centrale nel contesto degli studi di settore. Esso costituisce infatti profilo di indagine o di confronto preliminare che, pur con la normale varietà di accenti e profondità di analisi, accomuna pressoché ogni riflessione tematica della letteratura specialistica. Ne costituisce un sintomo più che attendibile la circostanza per cui, in sostanza, è proprio al collegamento tra diritto ecclesiastico e mutazioni di contesto che sono variamente dedicati, per distinti ma correlati profili, le occasioni di confronto confluite nei convegni nazionali dell'Associazione dei docenti di Diritto Ecclesiastico e Canonico nelle università italiane (ADEC). Basti ricordarne, attraverso i volumi che ne raccolgono gli Atti, i più recenti *Democrazie e religioni. Libertà e convivenza nell'Europa del XXI secolo*, a cura di Erminia Camassa, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016; *Le proiezioni civili delle religioni. Modelli di disciplina giuridica*, a cura di Antonio Fuccillo, Napoli. Editoriale scientifica, 2017; *Religioni, diritto e regole dell'economia*, a

trasformazione che sono ben presenti nell'orizzonte del dettato costituzionale e per tale motivo sia meritevole di venire assecondata ed implementata ai vari livelli della dinamica giuridica. La presa d'atto e la valorizzazione del carattere estensivo e del potenziale costruttivo delle credenze di fede⁷ – nonché dei nessi stringenti e condizionanti che sussistono tra religione e cultura e delle ricadute che entrambi esplicano su senso e portata di istituti giuridici solo apparentemente neutri⁸ – costituisce infatti buon viatico per la concretizzazione di fondamentali istanze libertarie legate alla centralità della persona umana e ridonda significativamente in termini di implementazione del grado di pluralismo e democraticità dell'ordinamento.

Peraltro, le prospettive evolutive che ne vengono alimentate trovano corrispondenza nella riscoperta del carattere flessibile ed in divenire della legalità costituzionale e nei processi di disvelamento normativo che ad essa si riconducono. A mio modo di vedere, si tratta di terreno di confronto che favorisce la concretizzazione delle potenzialità costruttive del diritto ecclesiastico, dal momento che le nuove dimensioni sociali e giuridiche del fatto religioso e gli interessi che ad esso fanno capo finiscono con l'influenzare la legalità costituzionale, contribuendo in particolare a rimodellare e riposizionare i principi e le regole di cui essa si compone⁹.

cura di GAETANO DAMMACCO e CARMELA VENTRELLA, Cacucci editore, Bari, 2018. Lo stesso può dirsi del recentissimo convegno nazionale ADEC, tenutosi a Pisa nell'ottobre 2018 e dedicato al tema *Costituzione, religione e cambiamenti nel diritto e nella società*, il cui volume non è ancora disponibile al momento di licenziare per la stampa questo contributo. Peraltro, in termini assolutamente generali, sembra di poter osservare che queste nuove dimensioni/proiezioni del fattore religioso ineriscono da sempre al potenziale intrinseco a quest'ultimo, sicché, da tale punto di vista, si può piuttosto discutere di una (ri)scoperta o, se si preferisce, di un disvelamento.

⁷ Intendo alludere alla circostanza per cui gli spazi di tutela rivendicati in nome della libertà religiosa vanno sempre più oltre l'ambito materiale delle attività considerate – secondo l'ottica tradizionale dell'ordinamento civile – come espressive del c.d. «fine di religione o di culto». Per tale via, la libertà religiosa aspira altresì, legittimamente, a transitare dal piano della sfera strettamente individuale-privata a quella delle più ampie relazioni sociali e giuridiche, permeando, in senso conforme, l'identità personale.

⁸ Cfr. MARIO RICCA, *Pantehon. Agenda della laicità interculturale*, Torri del Vento, Palermo, 2012, part. pp. 9 ss., ove, tra l'altro, vi si riconnettono le prospettive di studio e di ricerca ricomprese nell'alveo del diritto interculturale. Invero, si è evidenziato che quest'ultimo può essere «in certa misura inteso quale attuazione metodologica e concettuale di temi tradizionalmente indagati nell'ambito del cosiddetto "Diritto ecclesiastico"»: PIERLUIGI CONSORTI, *Conflitti, mediazione e diritto interculturale*, Pisa, Pisa University Press, 2013, p. 7, nonché, ivi citato, SALVATORE BERLINGÒ, *Diritto interculturale. Istruzioni per l'uso di un ecclesiasticista-canonista*, in *Daimon*, 8/2008, pp. 43-50. Si veda altresì, sulla «religiosità del diritto positivo», ANTONIO FUCILLO, *Esperienza giuridica e multireligiosità interculturale*, nel volume *Diritto Religioni Culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 2018, part. 79 ss.

⁹ Come si è osservato in senso più ampio «[I]l Diritto Ecclesiastico (...) – al pari di altri settori del diritto aventi finalità ordinarie identiche ma oggetti differenti – (...) è parte della legalità del nostro ordinamento. La sua presenza ed il suo sviluppo sono condizionati dall'idea di legalità ivi imperante.

Non si tratta però, in tutta evidenza, di interazione semplice e priva di problematicità.

Di qui, l'obiettivo ulteriore di questo contributo, con cui ci si propone di richiamare l'attenzione sul fatto che la doverosa valorizzazione delle più ampie istanze di libertà che si richiamano al significato sociale e giuridico del fattore religioso non è lineare e priva di ambiguità.

A tale considerazione spinge anzitutto la circostanza per cui lo stesso riferimento alla libertà religiosa è suscettibile di venire assunto secondo pluripli e talora contrastanti angoli visuali mentre la riscoperta della dimensione pubblica della religione comporta implicazioni sistematiche di non poco momento, che occorre tenere in debita considerazione. A venirne (ri)problematicizzati sono infatti profili (ancora) centrali della riflessione ecclesiasticistica quali l'indipendenza/autonomia degli ordini civile e religioso, il rapporto tra le dimensioni, rispettivamente, collettiva e individuale della libertà religiosa nonché la scelta degli strumenti più adeguati, nel corretto dosaggio tra diritto comune e diritto speciale, per l'eguale garanzia del soddisfacimento degli interessi e dei diritti religiosi.

I corrispondenti principi di rilievo costituzionale sono soggetti a tensioni interpretative non secondarie, che non mancano di trovare più concreto riscontro (un vero e proprio banco di prova) sul piano della normazione ordinaria. E' ad entrambi i versanti di questa relazione dialettica (rispettivamente quella dei principi e quella del seguito normativo) che si intende volgere lo sguardo analitico in questa sede.

Questo contributo può quindi venire idealmente suddiviso in due parti agevolmente distinguibili pur se strettamente correlate.

Nella prima parte (*grosso modo* corrispondente ai successivi tre paragrafi), ci si dedicherà ad una prima messa a punto delle relazioni che il diritto ecclesiastico intrattiene con la legalità costituzionale. Ciò soprattutto al fine di evidenziare come le prospettive evolutive che impegnano la dottrina specialistica trovino nella connotazione flessibile e dinamica della Costituzione repubblicana una sponda significativa e particolarmente fruttuosa.

La seconda parte è invece destinata ad indagare, più nello specifico, i profili di criticità connessi alle attuali prospettive evolutive del diritto ecclesiastico. Si tratta cioè di considerare se ed in che misura la "nuova" dimensione socia-

Ma la condizionano anche»: MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Diritto* cit., p. 60 nonché ivi, *sub* nota 7, laddove in particolare si osserva che «[T]acciare di gattopardismo la nostra disciplina può rappresentare una constatazione disincantata. Ma, considerarla una presenza di nicchia, per di più affetta da immobilismo, denota ingenuità. Dotata com'è di una vis espansiva e dinamica non comune contribuisce visibilmente alla costituzione e al rinnovamento della legalità».

le e pubblica della religione determini una riconsiderazione/riposizionamento dei principi costituzionali dedicati e degli equilibri che essi sono destinati a garantire nell'apprezzabile tentativo di comporre in un quadro unitario le istanze di libertà religiosa, di indipendenza/autonomia degli ordini secolare e religioso e di eguaglianza senza distinzione (tra l'altro) di religione.

A titolo esemplificativo, l'attenzione verrà focalizzata sulla dimensione collettiva della libertà religiosa ed in particolare sul tema degli enti ecclesiastici e religiosi.

Rinviano alle ragioni che verranno ulteriormente dettagliate in prosieguo, ci si può per il momento limitare a riconoscere che a spingere in tale direzione è l'evidente circostanza per cui la disposizione costituzionale dedicata (ovverosia l'art. 20 Cost.) è tra quelle che più si è giovata della più recente sensibilità per i profili innovativi della libertà religiosa. Soprattutto è sull'art. 20 Cost. che maggiormente si misurano ricchezza e densità delle implicazioni derivanti dalle sue proiezioni sociali e pubbliche.

Volendo poi cogliere sul piano della legislazione ordinaria più concreti riscontri alle succitate tensioni interpretative ed applicative, si è ritenuto di soffermare l'attenzione sulla recente riforma del Terzo settore.

Invero, di là dell'immediato e più puntuale aggancio all'art. 20 Cost., la stessa dottrina specialistica non manca di riconoscere che anche in rapporto agli enti ecclesiastici e religiosi la riforma del Terzo settore attiene ad un'area «"ad alta tensione costituzionale" che incrocia libertà, limiti e garanzie di autonomia per soggetti impegnati a curare esigenze e fini, di natura religiosoculturale, afferenti a un ordine distinto da quello civile»¹⁰. Un'area che quindi, come meglio si vedrà in seguito, rende plasticamente il senso e le difficoltà dell'attuale transizione della libertà religiosa dal piano della autonomia a quello della sussidiarietà-collaborazione.

Infine, può essere opportuno rimarcare che le considerazioni poste a conclusione di questo *iter* argomentativo non possono che assumere, più di quanto accada normalmente (e doverosamente), un carattere parziale e provvisorio.

In questo senso, l'approccio seguito in questo scritto vuole essere precipuamente problematico, dal momento che la preoccupazione prevalente è stata quella di dare corpo e sostanza alla convinzione per cui, anche nella regolamentazione del fenomeno religioso, il passaggio dalla dimensione so-

¹⁰ COSÌ PIERANGELA FLORIS, *Enti religiosi e riforma del Terzo settore: verso nuove partizioni nella disciplina degli enti religiosi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), 20/2018, p. 7, ove si riprende l'espressione utilizzata, con riferimento alla legge delega n. 106/2016 da LUCA GORI, EMANUELE ROSSI, *La legge delega n. 106 del 2016 di riforma del Terzo settore*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2/2016, p. 22

ziale e politica a quella giuridica debba di necessità accompagnarsi ad una adeguata dose di cautela ed equilibrio, in linea di continuità con quella che si ritiene essere l'essenziale (ed in certa misura autonoma) funzione garantistica (e promozionale) del diritto¹¹.

2. Il punto di partenza. Una relazione doverosa ma mutevole

Il primo passo da compiere rispetto all'itinerario di indagine prefigurato in premessa consiste quindi nell'evidenziare il carattere, ad un tempo, doveroso ma mutevole della relazione che intercorre tra diritto ecclesiastico e legalità costituzionale.

A questo fine, si può anzitutto considerare che, a fronte delle mutazioni di contesto che pongono in discussione assetti e categorizzazioni concettuali apparentemente consolidati¹², anche i cultori del diritto ecclesiastico non possono rinunciare a ritrovare nell'essenza dello stesso ordinamento e nella sua essenziale vocazione unitaria le ragioni più profonde per una plausibile reazione giuridica¹³ e, con essa, per la frapposizione di un virtuoso argine alle derive più rischiose per la tutela dei diritti e delle libertà degli individui, la coesione sociale e la pacifica convivenza tra fedi e culture diverse.

In questo senso, la Costituzione repubblicana deve potersi confermare un

¹¹ Esula pertanto dalle finalità di questo contributo l'analisi puntuale, dettagliata ed esaustiva delle implicazioni che le mutazioni di contesto e le emergenze della società multireligiosa e multiculturale producono sulla regolamentazione giuridica del fattore religioso e sugli studi relativi, valendo al riguardo, anzitutto, le precisazioni formulate *retro sub* note 6-8. Gli ulteriori riferimenti presenti nel testo e nelle note sono quindi contenuti nei limiti della ritenuta pertinenza ed utilità rispetto alle finalità di questo contributo ed ai suoi snodi argomentativi. Essi non pretendono di essere esaustivi anche se, naturalmente, sono segnalati in quanto ritenuti maggiormente significativi ai fini appena indicati. Peraltro, ho proposto un più articolato quadro analitico-ricostruttivo del "nuovo corso" della libertà religiosa e delle conseguenti tendenze degli studi ecclesiasticistici in GIUSEPPE D'ANGELO, *Libertà religiosa e diritto giurisprudenziale. L'esperienza statunitense*, Giappichelli, Torino, 2015, partt. pp. 1-16, nonché, a diversi fini e per altri profili, in ID., *Ordinamenti giuridici e interessi religiosi. Argomenti di diritto comparato e multilivello. Volume I. Il diritto ecclesiastico nel sistema CEDU*, Giappichelli, Torino, 2017, partt. pp. 3-27 e 74-79, cui pertanto mi permetto di rinviare anche per referenze bibliografiche aggiuntive a quelle che si è ritenuto di segnalare in questa sede.

¹² Con conseguenze non secondarie sulla correlata materia d'insegnamento e ricerca scientifica: cfr., AA. VV., *Vivere la transizione. La fine del monopolio delle scienze ecclesiasticistiche e la difficoltà di gestire le nuove dimensioni del fenomeno religioso*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), n. 7/2017.

¹³ Per un'utile quadro delle relazioni che intercorrono tra trasformazioni sociali in senso multireligioso e multiculturale e reazione giuridica, si vedano i contributi confluiti nel volume *Multireligiosità e reazione giuridica*, a cura di Antonio Fuccillo, Giappichelli, Torino, 2007.

punto di riferimento concreto ed attuale¹⁴, come sembra del resto suggerire il più recente protagonismo, anche nelle nostre materie, della giurisprudenza costituzionale¹⁵.

Tuttavia, per quanto possa apparire scontata in ragione della connotazione di legge fondamentale che ancora qualifica la Costituzione repubblicana, conferendole una collocazione apicale nel sistema delle fonti del diritto¹⁶ e dotandola del carattere della rigidità¹⁷, la messa a fuoco delle relazioni che intercorrono tra il diritto ecclesiastico e la legalità costituzionale rappresenta nei fatti operazione tutt'altro che agevole.

Beninteso, restano ampiamente fondati i rilievi secondo cui, da un lato, le norme della Costituzione costituiscono il tramite attraverso il quale si realizza «[L]'integrazione delle fonti del diritto ecclesiastico con quelle dell'insieme»¹⁸ e, dall'altro, in quest'ultimo è dato riconoscere il ricorrere dei connotati di un (sotto)sistema, sicché «delle sue norme si può dare una lettura *sistematica*»¹⁹.

¹⁴ Per una efficace sottolineatura (peraltro in continuità con quanto l'A. stesso aveva già affermato in tempi più risalenti) della essenzialità del «compito di ricercare l'unitarietà, la congruenza settoriale e complessiva, la coerenza interna e la ragionevole autosufficienza di un variegato complesso normativo (e dunque di favorire la certezza del diritto), in modo da consentire al giurista teorico e all'operatore pratico, alle autorità giudiziarie e alla pubblica amministrazione un'interpretazione ed un'applicazione quanto più possibile univoche, uniformi e stabili, assicurando al contempo l'operatività effettiva e diffusa della Carta repubblicana, dei suoi fini-valori e dei principi di uguaglianza, di libertà, di pluralismo in materia di religione», si veda GIUSEPPE CASUSCELLI, *Diritto ecclesiastico e attuazione costituzionale tra deformazione e proliferazione delle fonti*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), luglio 2010, p. 2, ivi ulteriori svolgimenti e gli opportuni riferimenti bibliografici.

¹⁵ Cfr. ANGELO LICASTRO, *La Corte costituzionale torna protagonista dei processi di transizione della politica ecclesiastica italiana?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), 26/2016.

¹⁶ Sulla centralità della Costituzione nel contesto del sistema delle fonti del diritto ecclesiastico e sull'importanza, formale e sostanziale, che riveste al riguardo il contributo della giurisprudenza, SARA DOMIANELLO, *L'evoluzione giurisprudenziale delle fonti del diritto ecclesiastico*, in EAD., *Giurisprudenza costituzionale e fattore religioso. Le pronunzie della Corte costituzionale in materia ecclesiastica (1957-1986)*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 7.

¹⁷ Naturalmente, non si tratta solo di questo, dal momento che questi dati formali vanno ricollegati ad una fondamentale esigenza sostanziale come conferma la circostanza per cui «[L]'esigenza e i tentativi di difesa della struttura fondamentale della vita sociale e politica che chiamiamo «costituzione» sono antichi tanto quanto le riflessioni sui problemi più importanti della convivenza tra gli esseri umani»: GUSTAVO ZAGREBELSKY, VALERIA MARCENÒ, *Giustizia cit.*, p. 12.

¹⁸ SALVATORE BERLINGÒ, *Fonti del diritto ecclesiastico*, in SALVATORE BERLINGÒ, GIUSEPPE CASUSCELLI, SARA DOMIANELLO, *Le fonti e i principi del diritto ecclesiastico*, Utet, Torino, 2000, pp. 8 ss..

¹⁹ MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Diritto ecclesiastico. Elementi. Principi scritti Principi non scritti Regole, Quaderno 1. I principi non scritti*, 2007, pp. 100 ss. Correlativamente, alla Costituzione va tuttora riconosciuto, anche in questo più specifico ambito disciplinare, il ruolo, ad un tempo, di catalizzatore delle disarmonie pregresse e rivelatore di quelle sopravvenute nonché di fattore propulsivo dei doverosi processi di riallineamento e parametro valutativo dei rispettivi esiti (cfr. GIUSEPPE CASUSCELLI, *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 libertà religiosa in*

È però altrettanto vero, come pure contestualmente si riconosce, che una più consapevole inclusione del diritto ecclesiastico nell'alveo della legalità costituzionale è rimasta a lungo condizionata dagli esiti delle scelte compromissorie dedicate, sinteticamente rappresentabili nel senso della (parziale o temporanea quanto si voglia) conservazione dell'esistente²⁰. A quelle scelte – fondamentalmente da ricondurre all'inclusione nel testo costituzionale di un esplicito riferimento ai Patti Lateranensi sottoscritti vigente il regime fascista – si imputa infatti di avere «rallentato enormemente l'attività di revisione delle categorie concettuali tradizionali» della materia²¹.

Ad oggi, peraltro, questa stessa propensione compromissoria della Costituzione²² viene assunta a motivo della rinnovata attualità delle sue indicazioni più problematiche, ovverosia – in maniera che per vero suona sottilmente provocatoria – della persistenza, negli artt. 7, comma 2, e 8, comma 3, di «un sistema chiuso, quasi perfettamente impermeabile ai tanti valori-principi che venivano enunciati nella Carta costituzionale». E' un esito, solo apparentemente paradossale, che viene valutato come del tutto in linea con la crisi della rappresentanza politica e le esigenze di un sistema politico fortemente condizionato dalla ricerca del sostegno dei c.d. poteri forti²³.

regime di pluralismo confessionale e culturale, a cura di Sara Domianello, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 34 ss.) E', in particolare, alla Costituzione che ci si affida nel momento in cui ci si preoccupa di rinvenire fondamenti e direttrici di un percorso istituzionale e giuridico che sia in grado di conciliare eguaglianza e diversità: NICOLA COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2006.

²⁰ Cfr. GAETANO CATALANO, *Sovranità dello Stato e autonomia della Chiesa nella Costituzione repubblicana. Contributo all'interpretazione sistematica dell'art. 7 della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1974; SALVATORE BORDONALI, *Problemi di dinamica concordataria*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoecheie.it), giugno 2010.

²¹ MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Diritto* cit. p. 10.

²² Oggetto a sua volta, nelle proiezioni tecnico-giuridiche, di nuove puntualizzazioni ed approfondimenti: cfr. GUSTAVO ZAGREBELSKY, VALERIA MARCENÒ, *Giustizia* cit., pp. 129 s.

²³ «Chi è legato alla visione armonica e unitaria della Costituzione» (il riferimento esplicito è a MICHELE AINIS, *Laicità e confessioni religiose*, in *Annuario 2007: Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, Atti del XXI Convegno Annuale, Napoli, 26-27 ottobre, Cedam, Padova, 2008, p. 30 ss., laddove si afferma che «L'art. 7 è un po' la madre di ogni altra antinomia costituzionale»), «può trovare una spiegazione nell'idea che gli artt. 7 e 8 rappresentano una "autorottura della Costituzione"». In realtà, il contrasto è solo apparente, perché viene riassorbito nel significato complessivo da attribuire alla Costituzione stessa (...) va constatato che quelle enunciazioni costituzionali al riguardo, che si volevano ricondurre a principi considerati superiori, per una specie di astuzia della ragione risaltano oggi modernissime e perfettamente corrispondenti al sistema politico basato non più sulla sovranità popolare bensì sul sostegno ed il controllo di forti gruppi di interessi economici, sociali, religiosi; anzi, quelle enunciazioni costituiscono il prototipo del metodo con cui il potere politico insegue e si guadagna il sostegno degli interessi forti (consensualità emersa vs. consensualità sommersa)»: ANTONIO VITALE, *Costituzione e ordinamenti confessionali. La relazione verticale*, in MARIA CRISTINA FOLLIERO, ANTONIO VITALE, *Diritto ecclesiastico. Elementi. Principi scritti Principi non scritti Regole, Quaderno*

Ed ancora, proprio un fuorviante approccio teorico-speculativo alla Costituzione è individuato in dottrina tra le cause più significative del progressivo impoverimento della riflessione ecclesiasticistica ovvero del suo «incastonarsi dentro il filone giuspositivistico più tecnicistico, segnato da pratiche d'analisi ossificate e culturalmente le più difettive»²⁴.

In definitiva, la relazione tra diritto ecclesiastico e legalità costituzionale non è così immediata, lineare ed automaticamente virtuosa²⁵ come ci si aspetterebbe (o si auspicherebbe) che fosse, dal momento che essa risulta condizionata da contraddizioni ed ambiguità che non è facile ricomporre ad un criterio ordinatore chiaro e univoco.

Ciò vale a maggior ragione oggi, in considerazione delle trasformazioni – invero significative – che vanno caratterizzando entrambi i poli di questa relazione.

2. *I principi scritti*, 2013, pp. 108 ss.

²⁴ A ciò ha condotto, in particolare, «[L]a creazione, con la nascita della Repubblica, di una calotta costituzionale posta a protezione della regolamentazione dei rapporti tra stato e fenomeni confessionali». Di conseguenza, la stessa riflessione ecclesiasticistica è risultata «spogliata dell'intima connessione con la riflessione teorico-generale su significato e sulla funzione del diritto, del diritto in generale. Una riflessione che prima del varo della Costituzione aveva invece accompagnato, potrebbe dirsi, ogni passo dell'analisi dei problemi connessi al combinarsi di esperienza confessionale/religiosa e diritto statale». Ed ancora, «(...) nonostante la curvatura pluralista che le costituzioni del dopoguerra hanno impresso all'esperienza giuridico-istituzionale della maggior parte delle democrazie contemporanee, la cultura del diritto e anche la sua pratica sono rimaste fortemente ancorate alla metodologia positivista, pur non professandone in modo ortodosso l'ideologia. Senonché il tramonto dell'ortodossia statalista, ma non delle sue implicazioni pratico-metodologiche, ha *formalmente* reso il diritto ecclesiastico orfano del suo bersaglio critico che alimentava le sue articolazioni ed elevazioni teoriche. Il tessuto normativo relativo alla disciplina del fenomeno religioso, inteso nella sua letterale corrispondenza al lemma "religione" così come ritmato nelle sue previsioni costituzionali, è divenuto quindi l'orizzonte unico, ancorché sfaccettato, del lavoro del giurista-ecclesiasticista»: MARIO RICCA, *Calligrafia giuridica, modernità e religioni. Tra passato e futuro degli studi su religione, culture e diritto, a margine di Calumet*, in AA. VV., *Vivere* cit., pp. 72 ss.

²⁵ Sulle relazioni tra diritto ecclesiastico e diritto costituzionale, quali discipline di studio ed insegnamento, MARIO TEDESCHI, *Il diritto ecclesiastico nell'alveo delle discipline pubblicistiche*, in Id., *Quasi un bilancio*, Pellegrini editore, Cosenza, 2011, part. pp. 128 ss. In particolare, ad avviso dell'A., che il diritto costituzionale «informi tutti i settori della scienza giuridica non v'è dubbio, ma che le due discipline siano del tutto differenti è un fatto che (...) appare altrettanto evidente». Atteso che «la scienza giuridica è unica (...) era anzi auspicabile che si utilizzassero schemi e principi provenienti da settori diversi. Altro però era ritenere che il diritto ecclesiastico potesse limitarsi alle norme della Costituzione che riguardano il fattore religioso, che costituisce l'oggetto principale della disciplina, perché questo ha un respiro più ampio, ed anche a livello didattico tale non è la sua tradizione» sicché non sembra possa parlarsi «di dipendenza del diritto ecclesiastico dal diritto costituzionale ma di una comune posizione nell'alveo del diritto pubblico».

3. Il carattere dinamico della legalità costituzionale e le sue forme. Applicazione, attuazione, attualizzazione

In effetti, confrontarsi con un documento giuridico e politico che, come la nostra Costituzione, ha da poco compiuto i settant'anni ma che, per vocazione naturale, pretende di (o quantomeno ci si aspetta possa) durare ancora a lungo impone di considerare che a questa aspirazione deve necessariamente accompagnarsi il carattere della dinamicità²⁶. Invero, il significato puntuale e concreto delle singole disposizioni costituzionali e la loro stessa lettura complessiva

²⁶ «Le costituzioni aspirano all'eternità ordinamentale. Sebbene anche le leggi – fatta eccezione per quelle che si qualificano dichiaratamente e volutamente temporanee – siano pensate per durare, solo la costituzione ambisce a prescrivere le regole del gioco di un ordinamento che vivrà come tale solo perché e fino a che quelle regole, dettate da quella costituzione, nella sua specifica identità sostanziale, dureranno. Così descritta, si tratta di un'ambizione che è logicamente destinata ad essere sempre soddisfatta: l'ordinamento e la "sua" costituzione stanno e cadono assieme, sicché la morte di una costituzione e la morte dell'ordinamento che ne è fondato non possono essere distinte. Non lo possono quando si tratta di costituzioni scritte (e ad esse, in particolare, sono dedicate le riflessioni che seguono), ma a maggior ragione non lo possono quando si tratta di costituzioni non scritte, per le quali, anzi, fra costituzione e ordinamento complessivo v'è continuità più ancora che contiguità. Nondimeno, se si esaurisse in questo, la tensione ad *aeternitatem* della costituzione sarebbe poca cosa, risolvendosi nella pretesa di durare tanto quanto le vicende dell'ordinamento di riferimento, di fatto, le consentono di durare. In realtà, quel che una costituzione vuole è molto di più: è plasmare i destini di una comunità politica per il periodo di tempo più lungo possibile. Tende, insomma, non solo all'eternità nell'ordinamento, ma all'eternità dell'ordinamento. È per questo che, al contrario di quanto possa apparire a prima vista in considerazione del fatto che l'obiettivo primario cui esse tendono è l'autoconservazione, la prospettiva che le costituzioni abbracciano non è quella della *statica*. Le costituzioni – vichianamente, potremmo dire – sono un fatto dell'uomo, e poiché è la storia la dimensione in cui l'uomo vive ed opera, la tensione ad *aeternitatem* delle costituzioni implica l'accettazione della prospettiva *dinamica*, nel senso che esse debbono raccogliere la sfida della storia e del cambiamento, accettando di essere in parte plasmate da quella stessa realtà sociale che hanno inteso plasmare. In altri termini: le costituzioni, sebbene manifestino una naturale *inerzia*, sono comunque destinate al *moto*», corsivi testuali: MASSIMO LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in AIC/Rivista (www.rivistaaic.it), 1/2013, relazione al seminario *Dalla costituzione «inattuata» alla costituzione «inattuale»? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, nel volume pubblicato a cura di Giuditta Brunelli e Giovanni Cazzetta, Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno di Firenze, Giuffrè, Milano, 2013 e in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, p. 1 (si citano MARIO ESPOSITO, *Ipotesi sulla evoluzione convenzionale del diritto costituzionale italiano*, in *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantésimo anniversario*, a cura di Alessandro Pace, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 332 s.; QUIRINO CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 78 s.; LUCIANO PATRUNO, *L'elasticità della Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 24). Si vedano poi, del medesimo A., ivi ricordati, *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Diritto e società*, 2009, pp. 22 (e, già prima, in *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in *Interpretazione costituzionale*, a cura di Gaetano Azzariti, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 41 ss.). Sulla connotazione della Costituzione quale norma "di durata" in rapporto al ruolo della giustizia costituzionale, GUSTAVO ZAGREBELSKY, VALERIA MARCENÒ, *Giustizia cit.*, part. pp. 12 e 114 ss.

ovverosia sistematica²⁷ non possono certo rimanere insensibili alle trasformazioni del contesto sociale, economico e culturale frattanto intervenute.

Non si tratta, beninteso, di assumere un atteggiamento minimalista nei confronti dello specifico valore garantistico della Costituzione²⁸ e dei suoi contenuti²⁹, dal momento che è proprio da questa capacità adattiva che a ben vedere dipende l'efficacia stessa delle disposizioni costituzionali nonché, più in generale, la tenuta sostanziale del carattere distintivo della rigidità³⁰ e, con essa, la stabilità ed attualità della Costituzione³¹.

Questo adeguamento del testo costituzionale³² è peraltro agevolato (ed anzi

²⁷ “[N]ella sfera politica, la variabilità dei casi e la loro pressione sul diritto sono incomparabilmente maggiori che in qualsiasi altra branca del diritto statale: vi si confrontano «potenze» che altrove sono sconosciute e i casi costituzionali ne portano il segno e la forza. Dall'altra parte, sul versante del diritto, si deve prendere atto che i vincoli normativi sono meno costringenti che in qualunque altro settore del diritto interno. Il rapporto costituzione-politica espone l'interpretazione della costituzione all'imprevedibilità, all'occasionalità, all'incoerenza. Si parla abitualmente di duttilità, malleabilità, elasticità della materia costituzionale. Bisogna dunque prendere atto di ciò, essendo frequentemente possibili nuove configurazioni sistematiche che ricombinano in nuove architetture i singoli elementi del diritto costituzionale. Il carattere sistematico della costituzione si traduce nell'esigenza ch'essa non si mai interpretata pezzetto a pezzetto, norma a norma, ma sia interpretata sempre come «intero» (onde si può dire che l'interpretazione della costituzione, in quanto la si intenda come costituzione in senso pregnante, e non come mera somma di leggi costituzionali, è in ogni caso «interpretazione di tutta la costituzione»). «L'intero», si può dire così, è tenuto insieme dallo «spirito della costituzione» (...). Ma nulla è più volatile dello spirito, che spira spesso dove vuole”: GUSTAVO ZAGREBELSKY, VALERIA MARCENÒ, *Giustizia* cit., p. 114-115, ove si cita RUDOLF SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 211 ss.

²⁸ Invero, è stato autorevolmente avvertito che «o il termine è usato nel suo specifico significato garantista oppure è un doppione inutile (e ingannevole) di termini come organizzazione, struttura, forma, sistema politico, e simili»: GIOVANNI SARTORI, *Costituzione*, in Id., *Elementi di teoria politica*, Il Mulino, Bologna, 1995, pp. 29-30.

²⁹ Quanto di seguito nel testo nulla toglie (ponendosi anzi nella medesima linea interpretativa) alla posizione di quanti hanno autorevolmente sostenuto la precettività diretta dei principi costituzionali, i quali quindi non necessitano, di per sé, della intermediazione normativa ordinaria. Quanto alla corrispondente «fondazione di un diritto, e di un diritto civile in particolare, non separato dai principi fondamentali dell'ordinamento, quindi, quale risultato di una «rilettura» degli istituti tendente a funzionalizzarli ed adeguarli alla gerarchia dei valori caratterizzanti la legalità costituzionale», si veda PIETRO PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1984 (la citazione testuale è tratta dalla Prefazione) nonché, per una costruzione conforme del manuale di diritto privato, Id., *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997.

³⁰ «Pertanto la rigidità non può essere mai assoluta. Se così fosse, essa dal punto di vista politico sarebbe assai fragile, in quanto, di fronte alle mutate esigenze sociali, l'unica via per l'adeguamento del sistema sarebbe costituito dalla violazione della Costituzione stessa. Il pregio di una Costituzione valida (cioè la sua durata attuale) deve essere accompagnato dalla flessibilità con cui il testo letterale può essere 'adattato' al mutare delle circostanze e dei costumi»: ANTONIO VITALE, *La Repubblica democratica*, in ANTONIO VITALE, GIUSEPPE D'ANGELO, *Diritto pubblico multilivello*, Edizioni Arcoiris, Salerno, 2012, p. 77.

³¹ Cfr. AA. Vv., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Laterza, Roma-Bari, 1979.

³² Che finisce con l'impiattare problematicamente sul tema della certezza del diritto massimizzandone, in rapporto al diritto costituzionale, la più recente crisi. Sulla relativizzazione-indebolimento della

in certo modo richiesto) dalla configurazione testuale di molte delle sue disposizioni, spesso declinate in termini di principio³³ e comunque tali da risultare di per sé stesse suscettibili di interpretazioni affatto diversificate così come di una attuazione progressiva e mai definitiva.

Si aggiungano le conseguenze derivanti dalla permanente necessità di una lettura complessiva e bilanciata ovvero sia sistematica delle singole disposizioni che di volta in volta vengono all'attenzione dell'interprete³⁴. È infatti ben possibile che le mutate condizioni di fatto portino – più o meno consapevolmente – a leggere, anche in ragione di una ricollocazione di contesto, una indicazione costituzionale in un modo diverso dal passato, o ad assegnare, per le stesse ragioni di sistema, una maggiore importanza ad una disposizione precedentemente lasciata in penombra.

Non vanno poi sottovalutati gli effetti derivanti dall'inclusione dell'Italia nello scenario internazionale e sovranazionale europeo, effetti che – per quanto insuscettibili di una lettura univoca e certamente non più inquadrabili nello schema ormai superato della superiorità/subordinazione – non possono non riguardare anche la dinamica interpretativa e attuativa del dato costituzionale ovvero sia di un diritto costituzionale che da “chiuso” è ormai divenuto “aperto”³⁵.

Allo stesso modo, neppure la Costituzione si sottrae al tema dell'impatto –

certezza del diritto nello Stato costituzionale, e sugli anticorpi di cui la cultura giuridica del costituzionalismo può dotarsi «in chiave di certezza del diritto, anche per evitare che lo Stato costituzionale, esasperando alcune sue dinamiche interne, finisca per fagocitare le sue stesse conquiste (in termini di diritti, libertà, eguaglianza, ecc.)». GIORGIO PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2/2018, pp. 517 ss.

³³ «Peraltro, non si tratta solo del fatto che le costituzioni contemporanee sono *formulate* «per principi» (cioè del fatto che la formulazione stessa del testo costituzionale invita gli interpreti a trarne norme di principio), ma ovviamente anche del fatto che queste costituzioni sono comunque *interpretate* in modo da trarne innumerevoli principi, anche non direttamente formulati dal testo stesso»: GIORGIO PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Il Mulino, Bologna, 2017, p. 146. Al riguardo, il pensiero degli ecclesiasticisti non può che andare alla affermazione (*Corte cost. n. 289 del 1989*) del principio supremo di laicità ed alla sua, invero discutibile, parabola evolutiva: cfr. MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Diritto ecclesiastico*, cit., pp. 127 ss.

³⁴ Su ruolo e peculiarità dell'interpretazione costituzionale la letteratura è naturalmente vasta e autorevole. Ci si limita qui a richiamare, a mero titolo esemplificativo, in aggiunta alle referenze precedenti ed alle ulteriori che seguiranno, GIORGIO BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Cedam, Padova, 1987; FRANCO MODUGNO, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008 ed i contributi confluiti nel già ricordato volume *Interpretazione costituzionale*, a cura di Gaetano Azzariti, Giappichelli, Torino, 2007.

³⁵ La stessa giustizia costituzionale non è immune da queste interrelazioni. Invero, «[N]ata come una funzione statale, meglio: come la più alta espressione del diritto dello Stato sovrano, come garanzia della sua costituzione, la giustizia costituzionale deve (dovrebbe) seguirne le trasformazioni»: GUSTAVO ZAGREBELSKY, VALERIA MARCENÒ, *Giustizia* cit., p. 69 e pp. 242 ss.

interpretativo in teoria, creativo nei fatti – del diritto c.d. giurisprudenziale³⁶. Si tratta evidentemente di un aspetto particolare della più ampia questione dei rapporti tra giudice e legislatore³⁷ anche se può dirsi che la spiccata politicità dell'interpretazione della Costituzione e quindi della sua applicazione giurisprudenziale rende questi rapporti ancora più complessi e delicati di quanto lo siano normalmente³⁸.

In sintesi – in disparte il tema della revisione costituzionale e dei suoi limiti³⁹ – l'attualizzazione della Costituzione è operazione connaturata alla sua natura di testo normativo (e politico) fondamentale ed è tale da caratterizzare necessariamente tanto la sua applicazione che, più ampiamente, la sua attuazione⁴⁰. In più, essa non si esaurisce nella interpretazione/applicazione del testo ma si avvale di una molteplicità di materiali a questo estranei⁴¹.

³⁶ Sul rapporto tra giudici e Costituzione, dal punto di vista dell'apporto creativo della giurisprudenza, più di recente, GIAN PAOLO DOLSO, *Giudici e Costituzione nella prospettiva della creatività della giurisprudenza*, in *Diritto pubblico*, 2/2018, pp. 313 s., cui si rimanda anche per un'utile ricognizione del più generale dibattito sul ruolo del diritto giurisprudenziale (si veda, in particolare, p. 314, *sub* nota 2) e per l'ampia e dettagliata bibliografia in argomento. Sul rapporto tra libertà religiosa e diritto giurisprudenziale, in ottica comparativa, sia consentito altresì il rinvio a GIUSEPPE D'ANGELO, *Libertà religiosa* cit., part. pp. 201 ss.

³⁷ Peraltro, il rapporto tra giudici e legislatori ovverosia «il problema della loro coesistenza e dei limiti che ne discendono a carico degli uni e degli altri non è solo un problema di teoria generale, è anche questione di ricostruzione dell'attuale assetto del nostro ordinamento costituzionale»: SERGIO BARTOLE, *Ragionando di giudici e legislatori*, in *Diritto pubblico*, 1/2018, pp. 3 ss.

³⁸ Basti considerare quanto evidenziato *retro, sub* nota 27, a proposito dell'interpretazione della Costituzione «come “un tutto”».

³⁹ Ci si può al riguardo limitare a sottolineare come, al netto delle doverose specificazioni, resti ancora valida la conclusione per cui un intervento di revisione della Costituzione posto in essere al di là dei limiti esplicitamente previsti o implicitamente stabiliti determinerebbe il venire meno dell'ordinamento giuridico vigente e la sua sostituzione con uno nuovo e diverso (ad esempio, con particolare riferimento al limite esplicito costituito dalla forma repubblicana, ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Commento dell'art. 139 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Giuseppe Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1981, p. 736). Ciò ovviamente non equivale a sostenere che gli interventi di revisione rivestano una importanza tutto sommato secondaria, valendo in senso contrario l'esempio – di tutto rilievo per gli ecclesiasticisti – della formalizzazione costituzionale del principio di sussidiarietà ad opera della legge costituzionale n. 3 del 2001.

⁴⁰ Sulla distinzione tra attuazione (spettante al legislatore) ed applicazione (spettante invece a amministrazione e giurisdizione) della Costituzione, con contestuale sottolineatura dell'offuscamento dei relativi suoi confini, MASSIMO LUCIANI, *Garanzie di efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 4/2014, p. 26.

⁴¹ «complessivamente considerata, l'esperienza più che cinquantennale della Costituzione repubblicana lascia intravedere come largamente superata l'identificazione fra diritto costituzionale e testo della carta (...). La Costituzione che oggi utilizziamo è fatta di disposizioni scritte, delle relative scelte ermeneutiche, dei regolamenti parlamentari e delle leggi ordinarie che hanno concretato le scelte delle assemblee legislative, delle elaborazioni concettuali che si sono sovrapposte, delle convenzioni e prassi poste in essere dagli organi governanti, dalla giurisprudenza spesso additiva e certamente innovativa della Corte costituzionale (...). Lungi dall'essere soltanto ed esclusivamente quello che vuole

Tuttavia, il confine che separa l'adattamento della Costituzione dal suo sostanziale superamento o, in altri termini, la sua attualizzazione dalla sua eversione è alquanto sottile, sicché restano pur sempre da chiarire quali siano – di volta in volta, nei fatti – i limiti da opporre ai nuovi assestamenti costituzionali e agli equilibri interpretativi che essi, di volta in volta, finiscono con il comportare (e di conseguenza quale sia il significato effettivo da assegnare alla legalità costituzionale complessivamente intesa)⁴².

4. La rilevanza costituzionale del fattore religioso tra innovazioni da assecondare e continuità da salvaguardare

Percorsi (in divenire) ed esiti (parziali) della dinamica evolutiva-adattiva che si è sommariamente evocata trovano significativa corrispondenza nelle attuali proiezioni costituzionali del fattore religioso.

Sono ben noti e puntualmente analizzati in letteratura i fattori, d'ordine generale e specifico, che sono a monte di questa nuova stagione del diritto ecclesiastico⁴³. In questa sede, ci si può quindi direttamente soffermare, per sommi capi, sull'impatto che essi determinano sul modo di intendere le disposizioni costituzionali più o meno direttamente implicate.

Valga anzitutto, al riguardo, il riferimento rappresentato dall'art. 19 Cost., il cui rinnovato significato quale espressione di un più ampio principio di

la Corte costituzionale, la Costituzione è il risultato di un dialogo che coinvolge giudice delle leggi e istituzioni governanti. Ciò è perfettamente congruo con le caratteristiche di un ordinamento quale il nostro, che è contraddistinto da un pluralismo istituzionale al vertice dello Stato, che vede i poteri ripartiti fra più organi, per cui solo dalla collaborazione di questi prende forza e credibilità l'esercizio delle attribuzioni della sovranità. Sono proprio queste caratteristiche del nostro ordinamento a far sì che la Costituzione sia accettata pur nella molteplicità delle sue epifanie e che la sua continuità non sia in sostanza messa in dubbio»: SERGIO BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 441.

⁴² Resta poi sempre da considerare, d'altra parte, che il problema di fondo del costituzionalismo ha a che fare con il rapporto tra potere, diritto e diritti: cfr. MASSIMO LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2006, p. 1643 s., secondo cui, in definitiva, «[O]ccorre rifuggire, insomma, i rischi di un costituzionalismo irenico che si limiti a celebrare i trionfi dei diritti fondamentali grazie alla giurisdizione (anzi: alle giurisdizioni) e tornare ad un costituzionalismo polemico che si misuri con il potere». Invero, non solo di poteri pubblici si tratta ma altresì di poteri c.d. privati».

⁴³ In particolare si è osservato che «[T]empo, racconto ed esperienza narrata» (il riferimento è a PAUL RICOEUR, *Tempo e racconto*, Vol. 1, Jaca Book, Milano, 2008) «fanno di secolarizzazione, globalizzazione e immigrazione i tre fattori capaci di incidere sui rapporti interreligiosi, ma anche, e contemporaneamente, sui sistemi di collegamento che gli ordinamenti interni, ma pure quello europeo, hanno istituito con le religioni»: MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Post-democrazia europea e principio di cooperazione Unione Europea-Religioni*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), settembre 2010, p. 1.

libertà religiosa⁴⁴ trova conforto nel carattere plurimo e diversificato delle istanze di tutela che, come già ricordato, provengono dalla odierna società multiculturale e multireligiosa e si richiamano alle nuove dimensioni sociali e giuridiche del fattore religioso. Si può anzi osservare che proprio le mutazioni del contesto sociale, culturale ed economico che, in termini generali, alimentano l'opera di attualizzazione della Costituzione⁴⁵ favoriscono la progressiva emersione delle contraddizioni del diritto e della politica ecclesiastica⁴⁶ e creano le condizioni per una più coerente affermazione del potenziale innovativo della disposizione costituzionale elettiva in materia di libertà religiosa⁴⁷.

In buona sostanza, istanze di protezione e promozione della libertà religiosa rimaste per lungo tempo silenti o al più confinate nella mera dimensione teorica, pretendono ora di assurgere ad un livello di effettiva esigibilità, dal momento che risultano strettamente collegate ad una esigenza identitaria ritenuta ineludibile in ragione della centralità della persona umana e del valore del pluralismo democratico. La religione viene cioè riscoperta quale fattore sostantivo dell'identità personale e gli spazi di libertà che per essa si invocano vanno ben al di là dei confini tracciati attraverso il riferimento alle attività che sono tradizionalmente ritenute come sintomatiche dell'effettivo perseguimento del fine di religione o di culto.

Assecondare nei fatti questa propensione innovativa della libertà religiosa non è però questione priva di problematicità. Ciò non soltanto per il contestuale operare di fattori, più o meno decisamente recessivi, quali quelli connessi alle crisi, rispettivamente, economico-finanziaria e di sicurezza pubblica⁴⁸.

⁴⁴ Sull'opportunità di tenere «in debita considerazione che le norme costituzionali sulla libertà religiosa non sono ben definite, e che in ogni modo rappresentano solo un momento dell'evoluzione teorica del principio», MARIO TEDESCHI, *I problemi attuali della libertà religiosa*, in *La libertà religiosa*, a cura di Mario Tedeschi, vol. I, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2002, p. 11.

⁴⁵ Per utili osservazioni sull'impatto che il cambiamento della composizione sociale determina sulle costituzioni, GAETANO AZZARITI, *Multiculturalismo e costituzione*, in *Federalismi.it, Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo* (www.federalismi.it), editoriale 23 dicembre 2015.

⁴⁶ Cfr. ALESSANDRO FERRARI, *La libertà religiosa in Italia. Un percorso incompiuto*, Carocci editore, Roma, 2012, partt. 82 ss..

⁴⁷ Cfr. MARIO RICCA, *Pantheon*, cit., p. 119 s.

⁴⁸ Cfr. FRANCESCO DAL CANTO, PIERLUIGI CONSORTI, SAULLE PANIZZA (a cura di), *Libertà di espressione e libertà religiosa in tempi di crisi economia e di rischi per la sicurezza*, Pisa University Press, Pisa, 2016; PIERLUIGI CONSORTI, FRANCESCO DAL CANTO, SAULLE PANIZZA (a cura di), *Le libertà spaventate. Contributo al dibattito sulle libertà in tempi di crisi*, Pisa University Press, Pisa, 2016. Peraltro, come osserva MARTA CARTABIA, *La crisi come declino o come nuovo inizio* nel volume ricordato da ultimo (in particolare p. 39), «sembra di poter contestare in modo abbastanza reciso che i vari fattori di crisi – sicurezza, immigrazione, economica, finanziaria ecc. – stiano portando a un complessivo abbassamento del livello della tutela dei diritti (...) E' vero che le limitazioni ad alcuni diritti stanno crescendo, ma ciò non significa che l'apposizione di un argine a un diritto comporti sempre e solo necessariamente la diminuzione del livello di tutela garantito ai cittadini. Considerata in modo unitario, anzi, la tutela

Il fatto è che, se intesa acriticamente ed in maniera disgiunta dal quadro complessivo della legalità costituzionale, la valorizzazione del carattere estensivo delle istanze di libertà religiosamente motivate così come della rilevanza diffusa del fattore religioso può finire con l'accentuare pericolosamente l'ambivalenza di quest'ultimo, da un lato massimizzandone la tensione dialettica interna (ovverosia tra le dimensioni individuale e collettiva), e, dall'altro rischiando di favorirne un uso distorto e strumentale (da parte del potere politico).

Ed allora, mentre la messa in valore di questo potenziale innovativo risponde ad ineludibili indicazioni costituzionali occorre nel contempo essere avvertiti del fatto che esso stesso può rischiare di rimettere pericolosamente in discussione la legalità costituzionale complessiva ovverosia, nello specifico, l'atteggiamento che l'ordinamento giuridico profano è tenuto a mantenere nei confronti del fattore religioso in modo da salvaguardare l'autonomia dei rispettivi ordini e, per tale via, il proprio carattere neutrale ed imparziale rispetto alle credenze (così come alle non credenze) di fede⁴⁹.

5. Aspetti particolari. Dimensione collettiva della libertà religiosa e ruolo pubblico delle religioni

Rischi e cautele conseguenti emergono con maggiore evidenza allorquando a venire in gioco è la dimensione collettiva della libertà religiosa.

Sono infatti particolarmente le sue forme di manifestazione collettiva ed

dei diritti di tutti ne può uscire complessivamente rafforzata».

⁴⁹ Non si tratta, cioè – merita ribadirlo da subito – di assecondare una lettura in senso negativo della libertà religiosa ma piuttosto di impedire che la doverosa lettura positiva e promozionale della libertà religiosa (e della stessa laicità) costituisca surrettiziamente viatico per una trasposizione dei dettami provenienti da una specifica opzione religiosa (e più ampiamente ideologica) sul terreno delle prescrizioni normative valide per tutti (di là dell'apparente veste formale), indistintamente. In questo senso, merita ribadire l'importanza del compito proprio dell'ecclesiasticista cui spetta «individuare, analizzare e monitorare il funzionamento ordinario d'ogni canale attraverso il quale i sistemi giuridici profani, che pretendono di operare, in un dato momento storico, su territori o ambienti socio-politico-culturali di variabile ampiezza, provvedono ad alimentare processi di adattamento del singolo individuo o gruppo o istituzione al confronto con la molteplicità e varietà delle forme identitarie rappresentate a qualsiasi livello nei contesti territoriali o ambientali di specifico riferimento. Nel senso che il ruolo attuale dell'ecclesiasticista è quello del perito specializzato nelle tecniche di funzionamento di quei particolari strumenti giuridici, anche di natura squisitamente metodologica o procedurale come il principio di legalità e il principio di laicità, attraverso i quali sistemi profani garantiscono al proprio interno la circolazione democratica di valori sostenuti da sistemi “non-profani”, più o meno propriamente giuridici»: SARA DOMIANELLO, *Il pensiero di Maria Cristina Folliero nell'ambito degli studi di Diritto Ecclesiastico e Canonico*, in *Rigore e curiosità. Scritti in memoria di Maria Cristina Folliero. Cerimonia di consegna dei volumi*, a cura di GIUSEPPE FAUCEGLIA e GIUSEPPE D'ANGELO, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), 39/2018, p. 20.

organizzata a palesare la naturale ambivalenza della religione ovvero sia il suo essere, ad un tempo, possibile oggetto di una libera scelta ma anche elemento sostantivo di un potere, potenzialmente alternativo a quello politico⁵⁰. V'è anzi da aggiungere che la propensione delle religioni a dotarsi di una veste istituzionale o comunque a muoversi nella prospettiva del potere trova giovamento, dotandosi di nuove forme di espressione, nel riconosciuto carattere estensivo delle istanze di libertà religiosamente motivate e nel più ampio valore prescrittivo e sociale (ovverossia delle proiezioni civili) dei dettami religiosi che ad esse, più o meno implicitamente, consegue.

Tuttavia, con questi presupposti, il doveroso collegamento dei soggetti collettivi religiosi ad un profilo essenziale di libertà si rivela ambiguo e problematico, dal momento che sembra assumere una valenza vieppiù significativa la circostanza per cui ogni soggetto collettivo (ivi compresi i soggetti collettivi a connotazione religiosa) assume di certo una funzione servente rispetto al singolo ma può finanche giungere a vanificarne bisogni ed interessi, sacrificandoli a quelli del gruppo stesso. In tutta evidenza, poi, questo rischio è destinato a crescere proporzionalmente all'importanza ed al grado di istituzionalizzazione del gruppo nonché alla sua diffusione ed alla sua corrispondente capacità di seguito sociale e finanche politico.

Viene così a delinearsi quell'ambiguità di fondo che, a ben vedere, accompagna l'attributo di "pubblico" talora utilizzato ad indicare il "nuovo" ruolo delle religioni⁵¹. Una ambiguità che risulta di immediata evidenza laddove si consideri come a questo nuovo ruolo faccia spesso da contraltare la sostanziale assenza di contraddittorio da parte delle istituzioni pubbliche⁵².

In questo senso, la vera questione da affrontare consiste nello stabilire sino a che punto la legittima invocazione della libertà non nasconda un obiettivo o comunque non comporti, nei fatti, un esito di sopraffazione.

⁵⁰ ANTONIO VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico. Ordinamento giuridico e interessi religiosi*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 2.

⁵¹ Sottolinea la necessità di chiarire il significato della sottolineatura alla dimensione pubblica delle religioni, GIUSEPPE DALLA TORRE, *Considerazioni sull'attuale problematica in materia di libertà religiosa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, www.statochiese.it, 24/2104, p. 5 ss.

⁵² Si veda MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Diritto ecclesiastico* cit., p. 174, ove, nel sottolineare che la «pecca maggiore» della regola della bilateralità «resta la sua inadeguatezza rispetto alle sfide del secolo XXI^o», atteso che «[L]elemento che qui s'impone all'attenzione è, di fatti, l'irruzione della religione nella sfera pubblica» (nostro il corsivo), si osserva ulteriormente che «[L]e Chiese – le Confessioni che vi sono state ammesse sono uscite corroborate dalla stagione delle Intese – funzionano ormai stabilmente da collante identitario, sono suggeritori di azione politica e *network* di orientamenti etici su diritti sociali e temi *sensibili* (bioetica, orientamenti sessuali, dottrina della famiglia). Col risultato di interferire continuamente e apparentemente senza contraddittorio da parte dello Stato con la libertà di scelta dei singoli, con i loro diritti fondamentali e politici e quindi, con le decisioni e le norme costituzionali e ordinarie che lo Stato pone a loro tutela ed è tenuto a fare rispettare e rispettare, per primo» (corsivi testuali).

6. *L'esempio degli enti. Riscontri interpretativi.*

In termini generali, quindi, anche la più ampia (e doverosa) valorizzazione della libertà va assunta al contesto complessivo della legalità costituzionale ed è tenuta a confrontarsi con i principi e le regole poste a suo presidio.

Per cogliere appieno la delicatezza e le difficoltà del compito, spostandoci ad un livello di maggiore concretezza, si può fare riferimento alla vicenda degli enti ecclesiastici e religiosi ed in particolare alle trasformazioni, di ruolo prima ancora che di disciplina, che li riguardano.

L'importanza, anche investigativa, di questa vicenda è conseguenza non secondaria degli addentellati che essa mantiene rispetto alla dimensione collettiva della libertà religiosa e, di qui, con la questione del ruolo pubblico delle religioni. Ed in effetti si è da tempo segnalato in dottrina come interrogarsi sul regime giuridico degli enti equivale a dare conto, più ampiamente, dello stato delle relazioni tra ordinamento giuridico e fattore religioso e delle implicazioni, anche costituzionali, che da esse derivano⁵³.

Ad oggi, l'esemplarità del tema risulta ulteriormente rafforzata dal convergere, su di esso, di istanze di riconoscimento e disciplina giuridica non univoche e talora, nei fatti, persino alternative tra loro.

Merita in particolare considerare che il termine "ente" vale tuttora ad indicare in termini generici il soggetto giuridico metaindividuale⁵⁴ ed in questo senso tende a nascondere una varietà di fenomeni che non è agevole ricomprendere in una considerazione unitaria.

E così, nel nostro caso, mentre resta possibile guardare agli enti valorizzandone la funzione quale braccio operativo di Chiese e confessioni religiose (sicché si discorre di enti ecclesiastici o confessionali in senso ampio, in ipotesi "civilmente riconosciuti"⁵⁵), essi possono pur sempre rilevare, più sempli-

⁵³ Cfr. MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Enti ecclesiastici tra continuismo e ristrutturazioni: statuto giuridico, visioni e narrazioni*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3/2014, p. 350.

⁵⁴ Osserva in particolare che «[L]a categoria dell'ente è, dunque, il genere di cui la persona giuridica è la specie», ANDREA ZOPPINI, *Gli enti*, in *Manuale del diritto privato* a cura di SALVATORE MAZZAMUTO, GIAPPICHELLI, Torino, 2017, p. 154. Interessanti valutazioni sulla «progressiva ed inesorabile emancipazione della soggettività individuale dalla personalità giuridica» e sull'interrogativo che essa pone «circa il positivo ed attuale valore da attribuire alla distinzione tra associazioni riconosciute e non riconosciute», in ANGELO BARBA, *Soggettività metaindividuale e riconoscimento della personalità giuridica*, in *Rivista di diritto civile*, 3/2018, pp. 647 ss.

⁵⁵ Nel contesto di una più ampia ricostruzione del significato ascrivibile al riferimento costituzionale di cui all'art. 20 Cost., da un lato, si osserva come «sebbene in termini tecnicamente corretti si debba utilizzare la formula "ente ecclesiastico civilmente riconosciuto" per riferirci ai soli enti cattolici (persone giuridiche civili), si può accettare una sua estensione concettuale a tutti gli enti confessionali che hanno ottenuto la personalità giuridica sulla base delle leggi pattizie» e, dall'altro, si ribadisce che «[t]ali enti formano un insieme speciale, non assimilabile alle altre specie disciplinate dalla legge

cemente, quale tramite per il perseguimento, in forma collettiva ed a prescindere da un preciso collegamento confessionale, di un fine che la Costituzione stessa considera evidentemente come meritevole di tutela, ovvero sia il fine di religione e di culto⁵⁶ (anch'esso peraltro declinabile sia in senso generico che in senso più specifico).

In questo quadro di riferimento ricostruttivo, l'attenzione della dottrina va sempre più indirizzandosi, in senso fattivamente critico, verso la sottolineatura delle lacune insite in un articolato normativo complessivamente inadeguato⁵⁷.

Ben si spiega quindi, giustificandosi proprio nell'ottica della eguale promozione della libertà religiosa, il particolare interesse rivestito, in dottrina, dalla disposizione costituzionale specificamente dedicata agli enti. Si allude, evidentemente, all'art. 20 Cost. ed al principio di non discriminazione in ragione del carattere ecclesiastico e del fine di religione e di culto di cui esso costituisce espressione⁵⁸.

Invero, la riscoperta della disposizione va virtuosamente rapportata agli obiettivi di disvelamento del suo potenziale innovativo e libertario resi più stringenti dalle nuove esigenze di rappresentazione degli interessi religiosi collettivi derivanti dalla società multiculturale e multireligiosa. A venire in rilievo è infatti, precipuamente, la sua capacità di assecondare queste nuove pretese soggettive di riconoscimento giuridico, sicché ben a ragione se ne sottolinea, in letteratura, l'impulso, rivolto non solo al legislatore, ad andare oltre le connotazioni confessionali⁵⁹ ed i modelli organizzativi speciali⁶⁰.

comune. Sono infatti concettualmente diversi sia dagli enti religiosi sia dagli enti confessionali *tout court*»: PIERLUIGI CONSORTI, *L'impatto del nuovo Codice del Terzo settore sulla disciplina degli "enti religiosi"*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), 4/2018, 6.

⁵⁶ Cfr. SALVATORE BERLINGÒ, *Enti e beni religiosi in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1992, pp. 67-68.

⁵⁷ PIERANGELA FLORIS, *Comunità islamiche e lacune normative. L'ente che non c'è: l'associazione con fine di religione e di culto*, in *Comunità islamiche in Italia. Identità e forme giuridiche*, a cura di Carlo Cardia e Giuseppe Dalla Torre, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 75 ss.

⁵⁸ In argomento, da ultimo, LUDOVICA DECIMO, *Le organizzazioni religiose nel prisma costituzionale dell'art. 20*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

⁵⁹ Cfr. MARIO RICCA, *Pantheon* cit., pp. 299-300, laddove si evidenzia che, con l'art. 20 Cost., «la religione sembra dunque assumere rilievo costituzionale quale fattore antropologico, connotativo dell'essere umano e delle formazioni sociali di estrazione fideistica, di là di qualsiasi più specifica caratterizzazione confessionale». Secondo l'A., «[I]n questo tratto risiede probabilmente la novità più saliente di tutta la normazione di rango costituzionale in materia religiosa. Probabilmente un sintomo dell'intenzione, forse irriflessa, dei costituenti di proiettare verso il futuro le potenzialità giuridiche della tutela del fattore religioso. Ciò rende l'art. 20 suscettibile di fungere ancor'oggi da piattaforma concettuale per affrontare le sfide poste nel presente all'esperienza giuridica italiana e occidentale dalla multiculturalità e dal conseguente sovrapporsi e confrontarsi nella platea sociale di una pluralità sempre più eterogenea di saperi e bisogni religiosi».

⁶⁰ ANTONIO FUCCILLO, *Le nuove frontiere dell'ecclesiasticità degli enti*. Editoriale scientifica, Napoli, 1999; ID., *Società di capitali, enti religiosi e dinamiche interculturali*, in *Esercizi di laicità intercul-*

Non si tratta però solo di questo, come comprova la contemporanea valorizzazione di significative indicazioni pattizie quali in particolare il principio di collaborazione tra lo Stato e la Chiesa «*per la promozione dell'uomo e il bene del Paese*» nonché, soprattutto nelle riflessioni più recenti, il solenne riconoscimento per cui «*La Repubblica riconosce alla Chiesa cattolica la piena libertà di svolgere la sua missione pastorale, educativa e caritativa, di evangelizzazione e di santificazione. In particolare, è assicurata alla Chiesa la libertà di organizzazione, di pubblico esercizio del culto, di esercizio del magistero e del ministero spirituale nonché della giurisdizione in materia ecclesiastica*» (art. 2, n. 1 dell'Accordo di Villa Madama)⁶¹.

È un collegamento che merita di venire verificato ed ulteriormente approfondito, anche in ragione del connesso richiamo ad un più moderno e sostenibile concetto di laicità dello Stato, che non sia di ostacolo al pieno svolgimento della libertà religiosa nell'ampiezza delle sue proiezioni (anche) giuridiche⁶².

In effetti, soprattutto il riferimento al principio della collaborazione rischia pericolosamente di lasciare nelle retrovie della riflessione scientifica un profilo problematico dell'interpretazione evolutiva dell'art. 20 Cost. che appare invece meritevole di altrettanta considerazione. Ed infatti, come vedremo immediatamente, la sua importanza trova riscontro sul piano concreto delle implicazioni normative che la regola della collaborazione determina non solo sul piano delle relazioni Stato-Chiese ma finanche all'interno degli stessi ordinamenti religiosi.

Alludo alla circostanza per cui la funzione promozionale dell'art. 20 Cost. procede di pari passo con i limiti e le condizioni poste in termini generali dal diritto comune, riproponendo una tensione dialettica che ha l'effetto di (ri) problematizzare senso e portata del principio di autonomia confessionale nonché della distinzione degli ordini temporale e spirituale.

Per vero, una qualche sottovalutazione di questo particolare profilo del principio di non discriminazione posto dall'art. 20 Cost. sembra poter conseguire ad una certa interpretazione del-principio della sussidiarietà orizzontale

turale e pluralismo religioso, a cura di ANTONIO FUCCILLO, Giappichelli, Torino, 2014; Id. *Le forme organizzative religiose tra normativa "pattizia", diritto comune diritto vivente*, in *Diritto religioni culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, a cura di ANTONIO FUCCILLO e RAFFAELE SANTORO, Giappichelli, Torino, 2017.

⁶¹ Cfr. ANDREA BETTETINI, *Riflessi canonistici della riforma del Terzo settore*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), 20/2018; PAOLO CAVANA, *Enti ecclesiastici e riforma del Terzo settore. Profili canonistici*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), 22/2018; GIUSEPPE DALLA TORRE *Enti ecclesiastici e Terzo settore. Annotazioni prospettive*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), 16/2018.

⁶² Cfr. GIUSEPPE DALLA TORRE, *Enti*, cit., p. 3.

che, com'è noto, è comparso formalmente nella nostra Costituzione solo una ventina d'anni addietro, con la legge costituzionale n. 3 del 2001 e che accompagna, più o meno esplicitamente, la rilettura dell'art. 20 Cost.

È soprattutto la progressione evolutiva di questo principio, non disgiunta dagli obiettivi di contenimento della spesa e di dismissione dell'intervento pubblico imposta dalla crisi di risorse dedicate⁶³, a determinare conseguenze di non poco conto sull'interpretazione delle garanzie predisposte dall'art. 20 Cost. e sulle trasformazioni di statuto normativo e, soprattutto, ruolo degli enti ecclesiastici e religiosi.

In particolare, al cospetto dei nuovi equilibri pubblico-privato derivanti dall'applicazione del principio della sussidiarietà orizzontale, sembra risultare più sfumata la necessità di ripermire l'ambito oggettivo degli effetti di garanzia implicati dal divieto di discriminazione che esso pone al legislatore ovvero di dare concreto contenuto giuridico alla indicazione per cui l'illegittimità di speciali limitazioni a ragione del «*carattere ecclesiastico e del fine di religione o di culto*», ha riguardo ad «*ogni forma di attività*».

Di primo acchito, sembra cioè rafforzarsi l'idea di quanti ritengono che l'art. 20 equipari la condizione, anche fiscale, degli enti ecclesiastici e religiosi agli enti che svolgano istituzionalmente attività di utilità sociale.

Tuttavia, a ben vedere, nella sua assolutezza, tale conclusione resta problematica⁶⁴, come può dedursi dall'opinione – che può risultare eccessiva ma che sembra cogliere con esattezza l'essenza della questione interpretativa di fondo – che bolla come «del tutto arbitraria», l'interpretazione dell'art. 20 Cost. secondo cui la norma «esige, in positivo, che il fine di religione o di culto venga equiparato a qualsiasi finalità meritoria, quando per il perseguimento di questa venga stanziato denaro pubblico»⁶⁵. A maggior ragione può non risultare condivisibile l'idea per cui il privato, ivi compreso il privato

⁶³ Per una sottolineatura dell'impatto della crisi economico-finanziaria e delle correlate esigenze di contenimento della spesa pubblica, con puntuali riferimenti alle disposizioni costituzionali implicate, ANTONINO MANTINEO, «*Il Codice del terzo settore: punto di arrivo o di partenza per la palingenesi degli enti religiosi?*». *Stato, chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), 27/2018, part. pp. 10-12.

⁶⁴ Per più puntuali considerazioni al riguardo mi permetto di rinviare a GIUSEPPE D'ANGELO, *Il pluralismo religioso e confessionale. La difficile ricerca di un criterio interpretativo convincente*, in *Diritto e religioni*, 1/2009, pp. 320 ss.; ID., *Enti ecclesiastici-confessionali e religiosi tra "fine di religione e di culto" ed "attività di interesse generale"*. *A proposito di un rapporto in continua tensione*, in *Studi in onore di Piero Pellegrino*, a cura di Maria Luisa Tacelli e Vincenzo Turchi, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009; ID., *Il privato sociale a connotazione religiosa e le declinazioni della sussidiarietà. Approdi normativi e questioni irrisolte*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, pp. 593 ss. 3/2017.

⁶⁵ ANTONIO VITALE, *Corso*, cit., p. 157.

sociale religioso, sia legittimato a definire del tutto autonomamente in che cosa consistano le famose attività di interesse generale.

7. Profili problematici. Dalla libertà-autonomia alla sussidiarietà-collaborazione

Che gli enti ecclesiastici e religiosi, al pari delle soggettività non religiosamente connotate, siano pienamente legittimati ad agire negli svariati ambiti sociali e giuridici aperti all'operare del principio di sussidiarietà⁶⁶ è conclusione che suona ormai naturale, persino scontata.

Sono piuttosto le condizioni e le modalità di questa inclusione a risultare problematiche e non del tutto definite.

Invero, proprio la dimensione pubblica della libertà religiosa rende palese come l'interesse veicolato dalle svariate forme di manifestazione del fatto religioso collettivo non risieda semplicemente nella possibilità di accedere agli ambiti sociali e giuridici in cui opera la generalità dei soggetti giuridici ma di farlo preservando la propria peculiarità finalistica e strutturale⁶⁷.

In questa dimensione prospettica, il già ricordato ancoraggio della condizione giuridica degli enti al riconoscimento del valore costituzionale della libertà religiosa viene ad arricchirsi, più nello specifico, del riferimento alla garanzia dell'autonomia confessionale ovvero, in ragione di una lettura più avvertita e costituzionalmente situata dell'art. 8, comma 1 (e 2) Cost., del presidio dell'autonomia dell'ordine del religioso dall'ordine dello Stato⁶⁸.

La portata garantistica dell'art. 20 Cost. viene così assunta ad una più profonda ragione sostantiva mentre la sua estensione agli enti che si qualificano

⁶⁶ Rientrando a pieno titolo nel circuito pluralista dell'economia solidale: cfr. FORTUNATO FRENI, *Enti ecclesiastici e associazioni etico-religiose in una «new economy» di comunione solidale*. Per un'economia dal volto umano, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3/2015; MARCO PARISI, *Enti religiosi, non profit ed economia solidale. Sull'interventismo sociale dell'associazionismo di tendenza etico-religiosa nelle attuali tensioni riformistiche*, in *Rigore e curiosità. Scritti in memoria di Maria Cristina Folliero*, a cura di GIUSEPPE FAUCEGLIA e GIUSEPPE D'ANGELO, vol. I, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 541 ss.

⁶⁷ Cfr., anche per un significativo confronto con la realtà del separatismo statunitense da cui si evidenzia «la specificità dell'approccio italiano», ADELAIDE MADERA, *Enti religiosi e nuove modalità organizzative fra esercizio di attività diverse e tutela dell'identità religiosa in Italia e negli Stati Uniti: una analisi comparata*, in *Religioni, diritto e regole dell'economia cit.*, part. pp. 142 ss.

⁶⁸ Sottolinea questo significato dell'art. 8, comma 1, Cost. MARIO RICCA, *Pantheon cit.*, p. 294, laddove in particolare si evidenzia che dalla disposizione «discende un'indiscutibile indicazione circa l'aconfessionalità dello stato e soprattutto la sua equidistanza, almeno in linea di principio, rispetto a tutte le possibili formazioni confessionali. Alla luce di queste indicazioni l'idea della derivazione dall'ordinamento statale delle formazioni confessionali e dei relativi ordinamenti è dunque da escludere».

come religiosi per la sola finalità perseguita (e non già, necessariamente, per il collegamento confessionale, sia esso finalistico e/o strutturale) ne risulta confermata e rinvigorita⁶⁹.

Nel contempo, però, è inevitabile riconoscere come – pur con le differenziazioni derivanti dai tipi e dalle proiezioni sociali e giuridiche che possono venire di volta in volta in rilievo – per tutti questi enti debbano valere ragioni e limiti che, in termini generali, sostanziano il principio della reciproca indipendenza/autonomia degli «ordini distinti».

In altri termini, nel transitare dal piano della libertà-autonomia a quello della sussidiarietà-collaborazione, la peculiarità finalistica e strutturale degli enti ecclesiastici e religiosi non può pretendere di mantenersi indenne da ogni condizionamento, ergendosi a barriera assolutamente invalicabile.

È del resto a questa indicazione di fondo che, a ben vedere, risulta da tempo ispirata la speciale condizione degli enti ecclesiastici (e, più di recente, religiosi⁷⁰) civilmente riconosciuti, dal momento che (pur con le oscillazioni proprie dei singoli casi che possono di volta in volta venire in rilievo) la disciplina ad essi riservata è, come noto, invocabile nei soli limiti oggettivo-materiali delineati, tipicamente, dall'art. 16, lett. a) della legge 222/1985, restando essi, per il resto, soggetti al diritto comune (per quanto, com'è noto, «*nel rispetto della struttura e della finalità di tali enti*»: art. 7, comma 3, dell'Accordo, legge n. 121/1985⁷¹).

Tuttavia, l'attuale stagione della libertà religiosa rende sempre più incerti e labili quei confini e ne sollecita l'individuazione di nuovi⁷².

⁶⁹ Sembra infatti potersene far derivare che quello dell'esigenza identitaria è tema che si pone, in termini sostanzialmente non dissimili, sia per gli enti ecclesiastici-confessionali che per gli enti genericamente religiosi. Ciò, beninteso, anche quanto ai limiti derivanti proprio dal principio della distinzione degli ordini.

⁷⁰ Alcune delle più recenti intese sottoscritte *ex art.* 8, comma 3, Cost., fanno infatti riferimento agli «enti religiosi civilmente riconosciuti». A tale proposito, si è osservato che si tratta di «[U]na scelta che meglio risponde all'assetto organizzativo e alla struttura fideistica di confessioni meno legate alla nozione di "ecclesia", segno della necessità sempre più forte di adeguamento del nostro ordinamento, anche dal punto di vista giuridico-lessicale, ad un diffuso pluralismo religioso»: ENRICO VITALI, ANTONIO GIUSEPPE CHIZZONITI, *Manuale breve di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 102, ove si segnala come sia diverso l'uso del termine «enti religiosi» «che si è venuto diffondendo, anche a livello normativo e giurisprudenziale». Si tratta infatti di «dizione che per la sua generica valenza semantica dovrebbe indicare ogni forma di organizzazione a carattere religioso senza alcuna specificazione circa l'appartenenza (confessione religiosa di riferimento) o la modalità operativa e lo status giuridico in ambito civilistico (ente di fatto, persona giuridica privata, associazione riconosciuta, ente ecclesiastico civilmente riconosciuto etc.)».

⁷¹ Sul significato dell'equilibrio espresso da questa disposizione, SALVATORE BERLINGÒ, *Enti*, cit., pp. 181 ss.. Si veda altresì, dello stesso A., *Enti ecclesiastici – Enti delle confessioni religiose*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale* (www.statoechurch.it), maggio 2007.

⁷² In questo contesto, il problema di fondo risiede proprio nell'esatta consistenza da riconoscere alla

8. *Minimi indizi normativi. La legittima esigenza di preservazione dell'identità religioso-confessionale ed i tentativi (altrettanto legittimi) di ridefinizione e contenimento dei regimi disciplinari speciali. Il Codice del Terzo settore*

Naturalmente, la traduzione concreta delle direttrici costituzionali implicate – che peraltro va ricercata e coltivata in relazione ai singoli ambiti materiali di volta in volta in rilievo – spetta anzitutto al legislatore.

Tuttavia, è probabilmente illusorio pensare che l'intervento legislativo (pur quando, per avventura, animato da buone intenzioni) possa essere tale da restituire esiti dettagliati e sufficientemente consolidati. Diversamente, è plausibile ritenere che si tratti di equilibri in divenire, rispetto ai quali la prescrizione di legge costituisce al più un punto di partenza per una incessante opera di ripensamento e ricalibratura stimolata dall'emergere di nuove esigenze di regolamentazione e tutela e dal conseguente apporto della giurisprudenza e degli operatori giuridici così come della riflessione dottrinale.

La questione di fondo è, però, di tutto rilievo ed è destinata ad assumere una rilevanza ancora maggiore a seguito delle più recenti modifiche che hanno investito settori particolarmente sensibili e significativi del diritto comune.

L'esempio più immediato è costituito dalla recente riforma del Terzo settore ed in particolare dal relativo Codice⁷³. Ci si può qui limitare ad uno specifico profilo disciplinare che attiene alla considerazione di cui godono, ivi, gli enti ecclesiastici e religiosi.

differenza tra attività espressive del fine di religione e di culto ed attività c.d. diverse: ANTONIO GIUSEPPE CHIZZONITI, *La bilateralità alla prova. Enti, organizzazioni religiose e rapporti economici con lo Stato*, in *Le proiezioni civili* cit., Secondo l'A., «[L]a scelta di fissare i confini tra materia spirituale (attività di religione e di culto) e materia secolare (attività diverse) per via bilaterale non è un ossequio alla storia. Si tratta di un'actio finum regundorum quanto mai peculiare e soggetta a possibili mutamenti come accade, per usare una metafora, per le paludi: il mutare delle stagioni non solo porta a variazioni del limite della terra ferma, ma consente l'emergere di nuove terre (nuove materie) al di qua o al di là del confine; quest'ultimo, tranne nei periodi di grande siccità, rimarrà in buona parte acquitrinoso, con sovrapposizioni più o meno ampie e per ciò stesso difficilmente delimitabili. Quella che è stata una scelta di chiarezza avviata dalla Commissione paritetica che sul finire del 1984 portò alla predisposizione dell'art. 16 del 1985 non lo potrà essere per sempre».

⁷³ Si tratta del D. Lg.vo 3 luglio 2017, n. 117, «Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106». Vi si ricollegano, essendo da ricondurre alla medesima delega legislativa (contenuta nella legge n. 106/2016, sulla quale CARMELA ELEFANTE, *Enti ecclesiastici-religiosi e Terzo settore tra questioni aperte e prospettive di riforma: sviluppi recenti*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3/2016), il D. Lg.vo 3 luglio 2017, n. 111, recante la «Disciplina dell'istituto del cinque per mille dell'imposta sul reddito delle persone fisiche a norma dell'articolo 9, comma 1, lettere c) e d), della legge 6 giugno 2016, n. 106» ed il D. Lg.vo 3 luglio 2017, n. 112, recante la «Revisione della disciplina in materia di impresa sociale, a norma dell'articolo 2, comma 2, lettera c) della legge 6 giugno 2016, n. 106».

Al riguardo, merita preliminarmente ricordare che il Codice del Terzo settore fa leva sulla individuazione di una nuova tipologia di ente, che comprende le varie distinzioni sinora vigenti (ed in parte tuttora riprodotte), ed a cui è riservata la denominazione di Ente del Terzo Settore (ETS) e, con essa, la predisposizione di prerogative e possibilità di azione che possono dirsi attuative del compito gravante sulla Repubblica in ragione dell'art. 118, comma 4, Cost. Convergono in questa categoria gli enti che risultano in possesso di particolari requisiti, dettagliati dallo stesso Codice, svolgono una o più attività di interesse generale di cui al suo art. 5, e si iscrivono nel previsto (ma ancora inattuato) nuovo Registro unico nazionale del Terzo settore.

In questo contesto, gli enti ecclesiastici-religiosi sono oggetto di specifica attenzione attraverso la nuova formula di «enti religiosi civilmente riconosciuti», utilizzata dall'art. 4, comma 3, per consentirne l'inclusione nell'alveo disciplinare degli ETS in relazione al solo svolgimento delle attività di cui all'art. 5.

Di là delle perplessità derivanti dal ricorso ad una formula che in dottrina è ritenuta, da un lato, figlia di un atteggiamento superficiale del legislatore⁷⁴ e, dall'altro, tale da comportare nuove discriminazioni all'interno del fenomeno religioso,⁷⁵ merita qui soprattutto sottolineare come il Codice riproduca sostanzialmente lo schema di inclusione condizionata degli enti ecclesiastici e religiosi già sperimentato dalla normativa ONLUS e collegata, laddove in particolare esso stabilisce che gli «enti religiosi civilmente riconosciuti» accedano alla disciplina ivi prevista solo se soddisfino alcuni specifici requisiti⁷⁶. Nello specifico, si tratta, in buona sostanza, dell'onere di costituzione del c.d. ramo Terzo settore dell'ente religioso (ovverosia dell'adozione di «un regolamento, in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata che, ove non diversamente previsto ed in ogni caso nel rispetto della struttura e della

⁷⁴ A venire lamentata è quindi, innanzi tutto, l'inadeguatezza tecnico-giuridica della attuale declinazione normativa. Si osserva cioè come la relativa formula determini «un improprio impoverimento concettuale, potenzialmente foriero di ulteriore confusione, frutto – se non di ignoranza – di colpevole disattenzione». Una disattenzione che risulta imputabile, più ampiamente, allo stesso delegante e suona sintomatica della superficialità e comunque del poco conto con il quale, nonostante l'effettiva importanza dell'impegno sociale religiosamente connotato, la riforma ha considerato questi enti: PIERLUIGI CONSORTI, *L'impatto* cit., rispettivamente pp. 8 e 3. Peraltro, in questo contesto di impropria omologazione della varietà tipologica e normativa degli enti religiosi, a pagarne le conseguenze sembrano soprattutto gli «enti ecclesiastici civilmente riconosciuti», dal momento che la peculiare condizione giuridica di cui essi godono in ragione di indicazioni costituzionali e pattizie dedicate risulta ben poco o niente valorizzata dal Codice.

⁷⁵ PIERANGELA FLORIS, *Enti*, cit., p. 14 ss.

⁷⁶ Analogo discorso può farsi per la collocazione dei nostri enti nel contesto della disciplina rinnovata dell'impresa sociale: ANTONIO FUCCILLO, *Gli enti religiosi nel «terzo settore» tra la nuova impresa sociale e le società di benefit*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2/2018.

finalità di tali enti, recepisca le norme del presente Codice e sia depositato nel Registro unico nazionale del Terzo settore» e della costituzione del patrimonio destinato)⁷⁷.

La prescrizione va probabilmente inclusa tra le conseguenze disciplinari di un certo disallineamento tra il fine di religione/culto previsto come costitutivo ed essenziale per gli enti ecclesiastici-religiosi e le finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale valorizzate dal Codice (cfr. artt. 4 e 5). Ed infatti essa sembra muovere proprio dall'implicito presupposto per cui il relativo elenco non considera le attività che connotano gli enti ecclesiastici-religiosi poiché tali da integrarne il fine costitutivo ed essenziale di religione o di culto⁷⁸.

Di là di ciò, la previsione di questi particolari oneri di conformazione⁷⁹ si appalesa suscettibile di letture e valutazioni di diverso segno. Quanto al patrimonio destinato, si può ad esempio sottolinearne tanto la problematica compatibilità con l'autonomia confessionale costituzionalmente garantita⁸⁰ che il nesso di continuità con l'assetto pattiziamente stabilito con riguardo al riconoscimento civile degli enti ecclesiastici⁸¹.

È comunque indubbio che la previsione di questi requisiti (taluni dei quali effettivamente non previsti per la generalità degli ETS: è così, in particolare,

⁷⁷ Nonché alle connesse previsioni che agli enti religiosi fanno esplicito riferimento o che, generalmente previste per gli ETS strettamente intesi, agli stessi enti religiosi si applicano pur con qualche temperamento. Tra le prime, viene in particolare in rilievo l'esonero (art. 12, comma 2, del Codice) dall'obbligo di riportare nella denominazione sociale l'indicazione di "Ente del Terzo settore" o l'acronimo ETS. Tra le seconde, vanno invece segnalate quelle contenute negli artt. 8 (Assenza dello scopo di lucro), 9 (Devoluzione del patrimonio in caso di scioglimento), 13 (Obbligo di tenuta di contabilità separata e redazione del bilancio), 14 (Bilancio sociale), nonché negli artt. 20-31 sulla c.d. *governance*, che peraltro, a norma dell'art. 20, si applicano esclusivamente agli enti costituiti «in forma di associazione, riconosciuta o non riconosciuta, o di fondazione».

⁷⁸ E' del resto proprio questa circostanza ad impedire – in analogia a quanto già accadeva nel caso delle ONLUS così come dell'impresa sociale – che l'ente religioso di cui all'art. 4, comma 3, del Codice possa fregiarsi della qualifica di Ente del Terzo Settore (ETS). Invero, quanto agli enti religiosi, la disposizione succitata si esprime in termini di (limitata) applicabilità della disciplina del Codice più che di conseguimento della relativa qualifica.

⁷⁹ Da ricollegarsi quindi alla necessità di «contemperare le regole previste dalla riforma con le specificità dell'ente ecclesiastico e della normativa bilaterale, che impediscono di applicare tout court il CTS e il DIS, in particolare con riguardo al sistema di *governance* e al regime dei beni»: ANDREA PERRONE, VENERANDO MARANO, *La riforma del Terzo settore e gli enti ecclesiastici: un rischio, un costo o un'opportunità?*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), 35/2018, p. 3, nonché, ivi citati, ANDREA BETTETINI, *Riflessi cit.*, p. 2 ss.; PAOLO CAVANA, *Enti cit.*, p. 4 ss.

⁸⁰ Aggravata dalla circostanza per cui l'obbligo in questione riguarda i soli enti religiosi civilmente riconosciuti: PIERLUIGI CONSORTI, *L'impatto cit.*, p. 11.

⁸¹ Ciò «in particolare rispetto alle norme che si occupano dei mutamenti sostanziali nella vita e configurazione dell'ente, collegando a essi precise conseguenze (revoca del riconoscimento civile dell'ente, soppressione in ambito confessionale)»: PIERANGELA FLORIS, *Enti, cit.*, p. 19.

per il patrimonio destinato) abbia riguardo al «nodo di specialità»⁸² che connota il rapporto tra enti ecclesiastici-religiosi (in particolare gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti) e Terzo settore, peraltro con implicazioni che sembrano assumere una portata più generale.

Ed infatti, con tali premesse, non è azzardato ritenere che le particolari disposizioni del Codice dettate per gli enti religiosi civilmente riconosciuti possano costituire un banco di prova particolarmente significativo della tenuta del principio dell'autonomia confessionale ovvero sia dei nuovi equilibri che, anche su tale piano, vanno determinandosi quale effetto (una sorta di rovescio della medaglia) della ricordata dimensione pubblica delle religioni. In questo contesto, la tendenza alla ridefinizione e al contenimento della specialità disciplinare degli enti è conseguenza inevitabile del nuovo protagonismo degli enti e delle rispettive religioni.

9. Il punto di arrivo (ovvero di ripartenza). Un nuovo, problematico, reticolo di relazioni tra ordine profano e ordine religioso e i limiti al ripensamento dei principi dedicati

Il ripensamento in atto degli equilibri resi necessari dalla ricerca di nuovi spazi di riconoscimento del valore sociale e pubblico del fattore religioso non è limitato ad un particolare ambito materiale ma sembra rispondere ad una esigenza di ordine generale.

In questo senso, lo snodo problematico che si è poc'anzi evidenziato a proposito dell'agire economico-sociale degli enti ecclesiastici-religiosi si appalesa sintomatico di una più ampia dinamica giustamente iscritta, per più profili, all'ordine del giorno della riflessione dottrinale. Se infatti, per un verso, le opportunità che si pongono agli stessi enti⁸³ costituiscono importante indizio di un progressivo allontanamento del rispettivo regime giuridico dal tradizionale paradigma della specialità disciplinare con contestuale attrazione nell'area del diritto comune⁸⁴ va, per l'altro, segnalato come questo fenomeno si accompa-

⁸² Così PIERLUIGI CONSORTI, *L'impatto*, cit., p. 12, ove si osserva che «l'interferenza civile, pur giustificata dall'opportunità di mantenere una certa omogeneità del sistema speciale del Terzo settore, ferisce la specialità pattizia che caratterizza in modo prevalente la disciplina degli enti religiosi/ecclesiastici civilmente riconosciuti».

⁸³ Rileva in particolare il prodursi, per l'ente ecclesiastico, dell'alternativa derivante dal «“doppio binario”»: quello delineato dalla normativa concordataria e di derivazione bilaterale (legge n. 222 del 1985), e quello della personalità civile nelle sue varie configurazioni», GIUSEPPE DALLA TORRE, *Enti*, cit., p. 11-12.

⁸⁴ Sulle relazioni tra diritto speciale e diritto comune, con particolare riguardo agli enti della Chiesa

gni, su altro versante, ad un certo avvicinamento degli stessi diritti religiosi⁸⁵ ai principi e ai modelli regolamentativi suggeriti dal diritto profano⁸⁶.

Si può cioè dire che la capacità attrattiva del diritto comune dello Stato (a sua volta in larga parte debitrice dell'azione del diritto sovranazionale ed in particolare del diritto eurounitario⁸⁷) sia duplice, dal momento che non si esau-

cattolica, PAOLO CAVANA, *Enti della Chiesa e diritto secolare*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it) 14/2018. Quanto al fenomeno accennato nel testo, con particolare riguardo all'impatto della riforma del Terzo settore, le valutazioni sono, naturalmente, diversificate. Un quadro sufficientemente completo delle varie posizioni può dedursi aggiungendo alle referenze già ricordate MARCO GRECO, PATRIZIA RONCHI, *Gli «Enti religiosi civilmente riconosciuti» nel Codice del Terzo Settore: problematiche e prospettive. La necessità di un approccio pragmatico?*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3/2018, partt. pp. 370 ss. e LORENZO SIMONELLI, *L'ente ecclesiastico e la riforma del Terzo settore*, in *Ex Lege*, 1/2016; ID., *Gli enti religiosi civilmente riconosciuti e la riforma del Terzo settore*, in *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, a cura di Antonio Fici, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pp. 307 ss.

⁸⁵ Evidentemente, in questo caso, attraverso il termine "diritti" a venire in rilievo è non già «l'accezione (più diffusa) di "facoltà garantite dall'ordinamento a ciascun soggetto", ma è invece l'accezione (meno consueta) di "statuti normativi, insiemi di regole, posti a disciplina della vita di membri di una comunità di persone»»: SARA DOMIANELLO, *Dei Diritti e delle pene: note a margine del (paradosso del) valore medicinale laicamente riconoscibile all'uso della libertà religiosa come scriminante*, in *Diritto e religioni*, 2/2016, p. 369.

⁸⁶ Il fenomeno si coglie con immediatezza in riferimento al diritto canonico ed ha riguardo, ivi, a più ambiti di disciplina giuridica, giungendo talora ad investire, problematicamente, i rapporti tra lo stesso diritto canonico e il diritto vaticano. Esso evoca quindi, anzitutto, l'«accelerato processo di ammodernamento organizzativo e normativo» che costituisce una sorta di altra faccia della medaglia del principio della collaborazione Stato-Chiese (si veda, tra gli altri, MARIA CRISTINA FOLLIERO, *La legislazione vaticana in materia finanziaria: un banco di prova dell'art. 17 del TUE e dei principi di collaborazione e cooperazione tra Chiese, Stato e Unione Europea*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), 35/2013) e che sul piano delle relazioni economiche attiene al grande tema della trasparenza nella gestione dei flussi finanziari e della lotta al riciclaggio (si veda altresì, tra gli altri, FRANCESCA 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). Tuttavia, come detto, esso denota una portata materiale ed un impatto problematico più ampi e fortemente discussi: cfr., GERALDINA BONI, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi* (parte prima, seconda e terza), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), rispettivamente 9, 10 e 11/2016; EAD., *La riforma del processo canonico di nullità matrimoniale. Il complicarsi progressivo del quadro delle fonti normative* (parte prima, seconda e terza), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), rispettivamente 6, 7 e 8/2018, nonché EAD., *Il Diritto penale della Città del Vaticano. Evoluzioni giurisprudenziali*, in *Il diritto penale della Città del Vaticano. Evoluzioni giurisprudenziali*, a cura di Giuseppe Dalla Torre e Geraldina Boni, Giappichelli, Torino, 2014. Si vedano ancora GIUSEPPE DALLA TORRE, *Aspetti della giustizia vaticana*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), 18/2013; CARMELA VENTRELLA, *Norme vaticane e "canonizzazione": duttilità del sistema tra dimensione dualistica e tutela degli interessi*, in *Il diritto come "scienza di mezzo"*. Studi in onore di Mario Tedeschi, a cura di Maria d'Arienzo, Pellegrini editore, Cosenza, 2017, pp. 2435 ss.; EAD., *La visione "finalistica" del diritto vaticano: dimensione metagiuridica e controversie di lavoro*, in *Rigore e curiosità cit.*, pp. 759 ss.

⁸⁷ Pur con le dovute cautele e con le differenze del caso, il pensiero corre istintivamente alla versione europea della nota questione dell'esenzione ICI/IMU per gli enti (anche religiosi) *non profit* (sulla quale è peraltro intervenuta la recentissima *Corte di Giustizia dell'Unione Europea sentenza C-622-623-624/16 del 6 novembre 2018*: CARMELA ELEFANTE, *Esenzioni fiscali e aiuti di Stato: il recupero dell'Ici*

risce sul piano delle relazioni che le religioni intessono con esso ma pervada, all'interno, le stesse religioni.

In realtà, ad una analisi appena più avvertita, la situazione risulta ancora più complessa, dal momento che non sono unicamente le religioni ad avvertire l'influenza del diritto profano, venendo piuttosto a costruirsi un "sistema" di interrelazioni e condizionamenti reciproci.

In effetti, quale che sia, nello specifico delle singole ipotesi, la ragione primaria dell'impulso innovatore interno alle religioni⁸⁸, merita soprattutto apprezzarne la portata quale testimonianza qualificata della loro particolare capacità adattiva alle esigenze della contemporaneità. Quest'ultima a sua volta⁸⁹ può spiegare la significativa corrispondenza tra le dinamiche evolutive che, rispetto a determinati settori della regolamentazione giuridica, caratterizzano tanto gli ordinamenti profani che quelli religiosi⁹⁰.

A colpire maggiormente è però la nuova saldatura, prontamente registrata sul piano della elaborazione scientifica, che viene a prefigurarsi tra ordine dello Stato e ordine della Chiesa. Il loro progressivo avvicinamento induce infatti sempre più decisamente ad abbandonare risalenti remore e di conseguenza ad individuare esplicitamente nelle religioni stesse un fattore in grado di contribuire al perseguimento di finalità la cui definizione sarebbe, di norma, da ritenere rientrante nella sfera esclusiva dell'ordine dello Stato.

Invero, soprattutto se riguardati nel loro doveroso sostrato valoriale, i fini dell'azione politica sono sempre più percepiti come, in fondo, non così lontani dalla virtuosa influenza delle religioni⁹¹, un'influenza che si ritiene anzi

sugli immobili degli enti ecclesiastici tra difficoltà e impossibilità, in *Quaderni di diritti e politica ecclesiastica*, 3/2018, pp. 756 ss.). Nello specifico della vicenda, nonché, più in generale, sul difficile rapporto tra tutela europea della concorrenza e forme agevolative delle attività sociali religiosamente connotate, mi permetto di rinviare, anche per i doverosi riferimenti dottrinali e pur con ovvio riferimento alla situazione precedente alla sentenza della Corte di Giustizia appena ricordata, a GIUSEPPE D'ANGELO, *Il favor fiscale dell'ente ecclesiastico-religioso "imprenditore sociale" nella prospettiva del divieto europeo di aiuti di Stato: conferme problematiche dalla recente giurisprudenza UE in tema di esenzione ICI/IMU*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 3/2016, pp. 661-682.

⁸⁸ Cfr. MARIA CRISTINA FOLLIERO, *La legislazione cit.*, p. 2; GIUSEPPE CASUSCELLI, *Lo IOR e le occasioni sprecate*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, (www.statoechiese.it), maggio 2013, part. pp. 8 ss.

⁸⁹ Che caratterizza significativamente anche i rispettivi enti, chiamati ad operare all'interno dell'ordinamento civile: Cfr. MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Enti religiosi e non profit tra Welfare State e Welfare Community. La transizione*, Giappichelli, Torino, 2010.

⁹⁰ Cfr. PAOLO CAVANA, *Enti cit.*, pp. 7 ss.

⁹¹ Sembra inserirsi anzitutto in questo contesto il crescente interesse per l'approccio delle religioni ai temi dell'economia: esemplificamente, MARIA D'ARIENZO, *I fondamenti religiosi della finanza islamica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), n. 25/2012, nonché, specificamente per i fondamenti religiosi della finanza islamica, EAD., *Chiesa ed economia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), novembre 2009.

doveroso, o comunque utile, non contrastare. Basti pensare all'avvertita esigenza di operare per il contenimento etico delle derive mercantilistiche così come per la implementazione del grado di raggiungimento degli obiettivi di benessere e coesione sociale e per la salvaguardia della dignità della persona umana, obiettivi rispetto ai quali le autorità religiose sembrano talora risultare ben più credibili di quelle profane⁹². In particolare, le religioni vengono ormai esplicitamente considerate quali «“ammortizzatori” dei conflitti sociali e culturali nonché delle disuguaglianze economiche della società» e volano tra i più efficaci dello sviluppo economico⁹³.

A spingere in tale direzione contribuisce d'altra parte, la segnalata apertura della Costituzione repubblicana alla eterointegrazione ordinamentale ad opera di sistemi ed universi di senso “altri”. È in effetti una prospettiva che assume una spiccata e prevalente valenza pluralista e libertaria e si pone di conseguenza in linea di virtuosa continuità con la legalità costituzionale, giovandosi peraltro della circostanza, difficilmente contestabile, per cui lo stesso significato prescrittivo delle norme costituzionali non può dirsi immune dall'influenza, più o meno esplicita, del fattore religioso e culturale⁹⁴.

⁹² Sono infatti proprio le autorità religiose a farsi carico di richiamare le istituzioni mondane al rispetto del valore della dignità umana anche nelle relazioni economiche: MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Migrazioni e migranti nell'Europa di Francesco che condanna la sostituzione del profitto all'uomo come fine dell'attività economica delle banche e dei mercati*, in *Democrazie e religioni. Libertà e convivenza nell'Europa del XXI secolo*, a cura di ERMINIA CAMASSA, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 187 ss.

⁹³ Così ANTONIO FUCCILLO, *La Koinè giuridica tra economia, diritto e funzione nomopoietica delle religioni*, in *Religioni, diritto e regole* cit., part. 37 ss., ivi ampi riferimenti bibliografici. Si veda altresì, del medesimo A., *Superare la sola eguaglianza formale: verso la libertà religiosa delle opportunità*, in *Le proiezioni civili* cit., pp. 57 ss., nonché, per una particolare esemplificazione, ID., *Potestà punitiva della Chiesa cattolica e illeciti finanziari: la pena canonica in ausilio degli ordinamenti civili*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), luglio 2015 e FRANCESCO SORVILLO, *Pene canoniche, sanzioni islamiche e modelli economico-speculativi: i diritti religiosi a sostegno della finanza etica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), febbraio 2016.

⁹⁴ «(...) la cifra della sovranità statale condensata nei fini e nelle assi di legittimazione fissati dalla Costituzione si autoprospetta come *incompleta*, bisognosa di attingere *costantemente* alla dimensione extra-giuridica, sociale. L'*incompletezza* strutturale risponde allo scopo di rendere costantemente aggiornato il contenuto, il significato degli enunciati costituzionali rispetto ai bisogni, agli interessi e alle aspettative effettivamente percepite dai soggetti di diritto destinatari delle tutele da quegli stessi enunciati apprestate. Incompletezza dell'ordinamento e autentica ispirazione pluralista sono d'altronde due facce della stessa medaglia. Che spazio vi sarebbe altrimenti per la dialettica pluralista se libertà, diritti, valori fossero trattati come entità dotate di un significato predeterminato aprioristicamente, destinato a esaurirsi tutto entro i confini dell'ordinamento formale e insuscettibile di correggere i propri eventuali deficit di responsività rispetto alle esigenze di tutela effettivamente percepite nell'ambito sociale? (...) Il «di più» assicurato dall'idea di libertà giuridica ha a che fare con la capacità del soggetto di innovare l'ordinamento e con la necessità di questo di etero-integrarsi. Prende forma lungo questa linea di frontiera il legame profondo tra libertà religiosa e laicità interculturale. Un legame che fa dell'art. 19 un epicentro per la riformulazione del lessico della soggettività giuridica appunto in chiave interculturale. Perché se è vero che il professare una fede e il suo codice etico, attenendosi

Naturalmente però il ricorso profano all'apporto dei valori religiosi e l'esigenza di eterointegrazione ordinamentale non consentono, di per sé, di azzerare i rischi derivanti dalla ricordata ambivalenza della religione ovvero dal suo muoversi contestuale tra gli opposti poli della libertà e del potere. Per potersi esprimere con pienezza di intenti nella più genuina valenza democratica e libertaria le opportunità derivanti da queste nuove relazioni tra diritto e religione vanno costantemente assunte ad una dimensione regolamentativa più ampia, tale da salvaguardare tutti i diritti e gli interessi implicati dal quadro della legalità costituzionale.

Ciò induce a considerare come tutt'altro che secondario l'impatto problematico dell'apice evolutivo in cui ad oggi si colloca – per il tramite della sussidiarietà – il principio della collaborazione tra lo Stato e le Chiese «*per la promozione dell'uomo ed il bene del Paese*». A venirne implicati sono il nuovo corso delle relazioni ecclesiasticistiche ed i nessi che, come accennato, esso mantiene con fenomeni di portata più generale (tra questi, particolarmente interessante ai nostri fini, l'indebolirsi della formale dicotomia pubblico-privato) nonché con le connesse trasformazioni della rappresentanza politica ed il superamento, ormai consumato, del tradizionale modello della democrazia rappresentativa⁹⁵.

Anche in questo caso, non si tratta di passaggio privo di asperità.

Valga a comprenderlo la circostanza per cui, in fondo, nel caso della collaborazione, a venire in rilievo è principalmente il profilo istituzionale delle relazioni Stato-Chiese, il che non garantisce affatto che i relativi esiti si indirizzino coerentemente nel senso dell'implementazione delle sfere di libertà individuale né, a maggior ragione, che valgano ad attuare l'indicazione costituzionale che promuove e garantisce l'eguaglianza senza distinzioni, tra l'altro, di religione⁹⁶. Neppure va sottovalutata la circostanza per cui a voler

alle conseguenti ortoprassi, si estrinseca anche nei gesti, nella sfera dei comportamenti esteriori, allora è inevitabile dover riconoscere la libertà religiosa alla stregua di un catalizzatore multiculturale (...). A fronte di questa dinamicità dell'immaginario che autocostruisce i rapporti sociali, sovranità e costituzione non possono evitare di manifestarsi nelle loro proiezioni sociali imboccando il sentiero e le declinazioni dell'interculturalità. L'una sul piano della dinamica e dei processi di decisione politico-istituzionali, l'altra su quello dei referenti fattuali agli enunciati normativi dovranno entrambe rinunciare alle petizioni di autoreferenzialità caratteristiche delle loro interpretazioni in chiave positivista e statalista. *Esclusività e completezza* dell'ordinamento dovranno lasciare il posto alla categoria dell'*eterointegrazione* e dell'*incompletezza*, intese come criteri di definizione dinamica e processiva dei contenuti giuridici»: MARIO RICCA, *Pantheon*, cit., rispettivamente pp. 127, 145 ss. e 159-160, ove poi si individua nella «[S]ovranità interculturale (...) la formula che esprime in sintesi la risposta costituzionale alla crescente diversificazione culturale del soggetto sociale».

⁹⁵ Tra i non ecclesiastici, CLAUDIO LUZZATI, *Pluralismo, laicità e crisi della rappresentanza politica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), n. 17/2017.

⁹⁶ Beninteso, non è detto che debba essere (o continuare ad essere) necessariamente così. Si sofferma ad esempio sulle virtuose relazioni (ma anche sulle connesse problematiche) esistenti tra pluralismo

sostanziare il principio collaborativo occorrerebbe anzitutto chiarire cosa debba intendersi precisamente per promozione dell'uomo e del bene del Paese e soprattutto chi, e secondo quali modalità e procedure, sia legittimato a definirne in maniera vincolante i contenuti⁹⁷.

In definitiva, il superamento delle reciproche diffidenze tra l'ordine civile e l'ordine religioso ed il conseguente prodursi di una realtà di fatto in cui il fattore religioso dispiega sempre più efficacemente il suo significato sociale e le religioni sono pienamente legittimate ad agire nella sfera pubblica e persino a porsi quali agenzie politiche ed identitarie, costituiscono una base di (ri)partenza, ad oggi, difficilmente revocabile in dubbio.

Questo primo approdo può anzi persino apparire per certi aspetti in linea di continuità con la vocazione pluralista della Carta, il che però non toglie (ed anzi rafforza l'idea) che anche il complesso reticolo di interrelazioni che ne consegue vada continuamente riposizionato nell'alveo della legalità costituzionale⁹⁸. Invero, esso continua ad interrogare, a vario titolo, principi e regole costituzionali formalmente immutati ma sostanzialmente tenuti a riaggiornare dinamicamente (con le categorie concettuali di sfondo) il proprio significato generale e le proprie proiezioni più concrete, nelle rinnovate, reciproche, interazioni.

Ciò vale, tra l'altro, per la distinzione degli ordini così come per l'autonomia confessionale⁹⁹. I rispettivi principi vanno riaffermati nella loro più profonda portata sostanziale in quanto congegni deputati ad impedire non tanto

sociale e religioso e dinamiche di inclusione giuridica delle diversità, per come implicate dalle varie forme di dialogo, nonché sulle relative piattaforme istituzionali, MARIA D'ARIENZO, *Pluralismo religioso e dialogo interculturale. L'inclusione giuridica delle diversità*, Pellegrini editore, Cosenza, 2018, partt. pp. 47 ss.

⁹⁷ Ciò, beninteso, non equivale certo a sostenere il ricorso ad una ormai superata concezione della sovranità statale ma piuttosto a rimarcare la permanente essenzialità di una sintesi pubblica che impedisca agli interessi di parte di transitare senza alcun contraddittorio sul piano delle decisioni politiche, valide indistintamente per tutti i cittadini.

⁹⁸ Cfr. GIUSEPPE CASUSCELLI, *La crisi economica e la reciproca collaborazione tra le Chiese e lo Stato per il "bene del Paese"*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), ottobre 2011.

⁹⁹ Vale al riguardo il richiamo, formulato con esplicito riferimento ad un tema particolare ma estensibile, con una evidente portata più generale e di principio, al tema che ci occupa, da SARA DOMIANELLO, *Dei Diritti*, cit., p. 370, e cioè che «ogni statuto o sistema normativo, pur astrattamente formalizzato, deve necessariamente misurarsi con la propria capacità effettiva di porsi all'ascolto e farsi interprete (nel senso più specifico di: *traduttore*) delle molteplici, sempre nuove e spesso tra di esse contrapposte, istanze di partecipazione, siano queste ultime espresse in forme individuali, collettive ovvero istituzionali (...) possiamo senz'altro affermare che la tutela delle istanze (non già di prevenzione, bensì) di partecipazione, socialmente avanzate attraverso l'esercizio della libertà religiosa da parte di individui, gruppi e istituzioni, dipende dalla capacità di tutti i rami dell'ordinamento, e soprattutto di quelli diversi dal diritto penale, di evitare il più possibile le oscillazioni con gli statuti normativi "altri", diritti delle religioni in testa, ma non solo».

formali invasioni di campo quanto piuttosto lo svilimento delle condizioni giuridiche e di fatto che l'ordinamento ritiene necessarie a garantire l'egualianza di tutti senza distinzione di credo religioso.

Gli esiti di questi processi di reinterpretazione/riposizionamento sono evidentemente lontani da un apprezzabile consolidamento e, allo stato, risultano ancora, in larga misura, da delineare.

Resta in particolare da capire (e verificare costantemente), anche nei risvolti applicativi, se l'adeguamento della Costituzione al nuovo contesto delle relazioni ecclesiasticistiche piuttosto che contribuire all'inveramento della complessiva legalità costituzionale (ovverosia dell'equilibrio che essa stabilisce per riguardo alla rilevanza giuridica del fenomeno religioso ed in particolare alla valorizzazione, per il tramite della libertà religiosa, della persona umana) non si traduca in una sua sostanziale alterazione¹⁰⁰.

In tutta evidenza, a questo compito resta primariamente deputato il principio giuridico di laicità. Stante tuttavia le molteplici aggettivazioni e la varietà di significati che essa tende di volta in volta ad assumere, è prudente rinviare ad altra circostanza ogni ulteriore, più specifica, considerazione al riguardo.

¹⁰⁰ Sulla necessità, ancora attuale, di «respingere come hanno scritto insigni costituzionalisti, "l'attacco alla Costituzione", che appare una "Costituzione aggredita"» e di «opporci alle "modificazioni tacite", o alla "revisione strisciante", spesso concretizzate dietro il paravento di "una maggioranza popolare onnipotente che prende il posto dello Stato illimitato" da quanti si adagiano "in una formula di invocazione del potere sovrano (del popolo), primigenio e incondizionato", per la suggestione di fare ricorso alla democrazia identitaria come risorsa contro la crisi della democrazia parlamentare» GIUSEPPE CASUSCELLI, *Diritto ecclesiastico ed attuazione* cit., p. 7, ove si citano nei virgolettati, rispettivamente, ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Il valore della Costituzione nell'Italia del 2005*, nel volume a cura di Tania Groppi, Pier Luigi Petrillo, *Cittadini, Governo, autonomie. Quali riforme per la Costituzione?*, Giuffrè, Milano, 2005; LEOPOLDO ELIA, *La Costituzione aggredita. Forma di Governo e devolution al tempo della destra*, Il Mulino, Bologna, 2005; ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Il valore della Costituzione*, cit.; NICOLA COLAIANNI, *La Consulta per l'Islam italiano: un caso di revisione strisciante della Costituzione*, in *olir.it*, gennaio 2006; GAETANO SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 86; VINCENZO BALDINI, *La democrazia parlamentare e i miti della politica. L'evoluzione della forma di Governo parlamentare italiana e il linguaggio della politica*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

*I rapporti di lavoro negli enti religiosi civilmente riconosciuti alla luce della riforma del Terzo settore**

NICOLA FIORITA – MAURA RANIERI

1. Due necessarie premesse e qualche perplessità di carattere generale

La riforma del Terzo settore, seppure ancora in pieno svolgimento, produce già, sotto diversi profili, ricadute significative nell'ambito del diritto ecclesiastico. Come è stato recentemente precisato, tali ricadute “non vanno circoscritte ai (pur ineludibili) profili operativi e di dettaglio connessi all'inclusione degli enti ecclesiastici e religiosi nel novero dei possibili destinatari dei relativi flussi finanziari ma coinvolgono, più ampiamente, significato e assetto attuale della libertà religiosa (nella sua rinnovata dimensione sociale) così come delle relazioni Stato-Chiese”¹.

In questo quadro, il nostro contributo si propone di indagare la disciplina dei rapporti di lavoro nell'ambito degli enti del Terzo settore e, più precisamente, degli enti religiosi civilmente riconosciuti all'indomani dell'entrata in vigore del D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 117.

In considerazione della complessità del tema, dovuta non da ultimo alla intersezione di settori giuridici differenti e all'intreccio di discipline variegate, pare opportuna una duplice, seppur sintetica, premessa che muoverà da un inquadramento della normativa per poi tratteggiare alcune perplessità che si annidano al suo interno.

In primo luogo, il cosiddetto *Codice del Terzo settore*, come è noto, fa parte di un progetto riformatore di più ampio respiro, posto che dalla legge delega del 6 giugno 2016, n. 106, hanno preso vita più decreti attuativi². Un progetto

* Il presente contributo è frutto di una riflessione comune tra gli autori. Ad ogni fine, i paragrafi 1 e 3 sono stati scritti da Nicola Fiorita, i paragrafi 2 e 4 sono stati scritti da Maura Ranieri.

¹ GIUSEPPE D'ANGELO, *La rilevanza ecclesiasticistica della riforma del Terzo settore. Il cinque per mille*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica www.statoechiese.it, 2018, p. 2.

² Oltre al decreto concernente il *Codice del Terzo settore*, si segnalano il decreto del 6 marzo 2017, n. 40

riformatore che, pur se ancora in fase di definizione (stante i decreti ancora mancanti e i correttivi via via intervenuti), ha immediatamente determinato una serie di profonde innovazioni nella disciplina degli enti ecclesiastici, nel rapporto tra legislazione bilaterale e legislazione unilaterale, nella visione politica e giuridica della solidarietà.

Senza inseguire suggestioni di carattere più generale, appare sufficiente in questo frangente richiamare l'opinione secondo cui questa riforma rappresenterebbe l'approdo di un lunghissimo cammino che ha registrato il progressivo attenuarsi del predominio delle istituzioni pubbliche sulla società civile³, nonché come la stessa segnerebbe, da altro versante, il definitivo affrancamento degli enti ecclesiastici dal diritto speciale e bilaterale, risultando ormai non solo meno soffocante e più ragionevole ma, anche e soprattutto, più vantaggiosa la loro sottoposizione al regime di diritto comune⁴. In questo senso, la nuova disciplina del Terzo settore, pur presentando qualche costo e qualche rischio, costituisce certamente per gli enti ecclesiastici, una evidente opportunità⁵.

Al contempo, e in considerazione della specificità dell'argomento trattato, l'obbligo di volgere (e contenere) lo sguardo verso la disciplina lavorista costringe a maneggiare un corpo normativo soggetto negli ultimi anni a veri e propri movimenti tellurici. Difatti, oltre alla "bulimia regolativa"⁶ che affligge oggi gli istituti del diritto del lavoro in maniera certo più massiccia di quanto accadesse nel passato, le "riforme"⁷ che a più riprese hanno interessato il di-

relativo all'introduzione e alla disciplina del servizio civile universale, i decreti del 3 luglio 2017, nn. 111 e 112 rispettivamente sulla disciplina del cinque per mille e in materia di impresa sociale, nonché, il d.P.R. del 28 luglio 2017 sulla Fondazione Italia Sociale. La riforma, pur se incompleta a fronte dei decreti attuativi ancora mancanti, è già stata oggetto di interventi correttivi tra cui si indica, per l'incidenza sull'oggetto di questo contributo, il d. lgs. 3 agosto 2018, n. 105. Con riferimento invece all'iter di approvazione della legge delega cfr., in particolare, SARA BENVENUTI, SARA MARTINI, *La crisi del welfare pubblico e il "nuovo" Terzo settore: la via tracciata dalla legge delega n. 106/2016*, in www.osservatorioaic.it, 13 giugno 2017.

³ GIUSEPPE DALLA TORRE, *Enti ecclesiastici e Terzo settore. Annotazioni prospettiche*, in www.statoe_chiese.it, 2018, che individua la data di partenza di questo lungo cammino nel superamento della Legge Crispi sulle opere pie. Per una più ampia ricostruzione storica dell'evoluzione del sistema italiano si rimanda a EMANUELE ROSSI, STEFANO ZAMAGNI (a cura di), *Il terzo settore nell'Italia unita*, Il Mulino, Bologna, 2011.

⁴ PAOLO CAVANA, *Enti della Chiesa e diritto secolare*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica www.statoe_chiese.it, 2018.

⁵ ANDREA PERRONE, VENERANDO MARANO, *La riforma del Terzo settore e gli enti ecclesiastici: un rischio, un costo o un'opportunità?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica www.statoe_chiese.it, 2018.

⁶ MARIA VITTORIA BALLESTRERO, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in *Lav. dir.*, 2015, p. 39.

⁷ L'espressione è volutamente declinata al plurale comprendendo, pur nelle peculiarità proprie di ogni intervento riformatore, la l. 28 giugno 2012, n. 92 (cd. Legge Fornero), la l. 10 dicembre 2014,

ritto del lavoro hanno inciso profondamente sulla fisionomia della materia, a partire dal rapporto tra le fonti, come dimostra proprio quell'art. 51 del D.Lgs. n. 81/2015 su cui si avrà modo di tornare nel prosieguo del lavoro.

Quanto alla seconda premessa, ovvero le criticità già emerse nell'analisi del progetto riformatore, è possibile evidenziare che tali perplessità rimpallano dall'impianto della riforma nella sua interezza ai singoli profili definitivi e regolamentari e viceversa. Invero, per quanto il Codice si inserisca nel processo oramai consunto di decodificazione e ricodificazione⁸, le istanze di riordino, semplificazione e unificazione di una normativa frammentaria e disomogenea⁹ poste a fondamento della sua stesura non appaiono pienamente soddisfatte.

Per un verso, difatti, malgrado le buone intenzioni del legislatore, vengono tralasciate parti rilevanti della disciplina del settore, al punto da far parlare qualche autore dell'adozione di un "Codice *parziale* del Terzo settore"¹⁰. Per altro verso, l'esigenza di conferire razionalità alla disciplina pregressa e di superarne la conclamata frammentarietà¹¹ trova conforto nell'assunzione di una nozione unitaria di *Ente del Terzo settore* che, però, solleva dubbi per l'apposizione di confini non proprio nitidi nella definizione della fattispecie¹². A ben vedere, infatti, la nozione bifronte¹³ contenuta nell'art. 4 del D.Lgs. n.

n. 183 e i connessi decreti attuativi vale a dire d. lgs. 4 marzo 2015, nn. 22 e 23; d. lgs. 15 giugno 2015, nn. 80 e 81; d. lgs. 14 settembre 2015, nn. 148, 149, 150 e 151 (tutti comunemente racchiusi nella formuletta mediatica *Jobs Act*) e, da ultimo, la l. 9 agosto 2018, n. 96 che ha convertito il d.l. 12 luglio 2018, n. 87 (cd. Decreto Dignità).

⁸ Sul punto è doveroso il richiamo a NATALINO IRTI, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1999; quanto invece alla più sottile distinzione tra decodificazione, delegificazione, deregolazione e ricodificazione si veda CARLO CASTRONOVO, *Decodificazione, delegificazione, ricodificazione*, in *Jus*, 1993, p. 39 ss.

⁹ Questo giudizio sulla normativa pregressa è ricorrente, cfr., di recente, GIOVANNI BARTOLI, VALENTINA MENEGATTI, CRISTIANA RANIERI, *La riforma del Terzo settore e il sistema di registrazione degli enti non profit*, in *www.amministrazioneincammino.it*, 2016, specie p. 1. e SARA BENVENUTI, SARA MARTINI, *La crisi del welfare pubblico e il "nuovo" Terzo settore: la via tracciata dalle legge delega n.106/2016*. cit., *passim*.

¹⁰ LUCA GORI, *Il sistema delle fonti nel diritto del Terzo settore*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2018, p. 15.

¹¹ Cfr. PIERLUIGI CONSORTI, LUCA GORI, EMANUELE ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 12.

¹² PIERLUIGI CONSORTI, LUCA GORI, EMANUELE ROSSI, *Diritto del terzo settore*, cit., p. 7.

¹³ Come noto, il primo comma dell'art. 4, così come modificato dall'art. 2 del d. lgs. 3 agosto 2018, n. 105, qualifica come *Enti del Terzo settore* "le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione

117/2017 ha suscitato in dottrina reazioni differenti poiché se, anche in tal caso, non può che apprezzarsi lo sforzo del legislatore di condurre a fattispecie giuridica una realtà troppo spesso rimessa a concettualizzazioni pregiuridiche¹⁴ deve, al contempo, registrarsi una complessità insita nel concetto delineato che, si è giustamente osservato, “quasi stordisce”¹⁵.

Le problematiche connesse alla definizione di *Ente del Terzo settore* adottata dal legislatore schiudono la strada a tutta una serie di perplessità che, come accennato, riguardano tanto i profili definitivi quanto, come si avrà modo di dimostrare proprio in relazione alla disciplina dei rapporti di lavoro, quelli regolamentari.

Senza addentrarsi in un territorio accidentato, non fosse altro per la vastità del tema, pare opportuno segnalare almeno un paio di criticità non indifferenti anche ai fini di questo studio. In primo luogo, l’elencazione delle attività generali (*ex art. 5*) cui è agganciata la nozione di *Ente del Terzo settore* solleva più di un dubbio. In particolare, la tassatività dell’elenco di attività, desumibile dall’interpretazione letterale del primo comma dell’art. 5, risulta calmierata, oltre che dall’ampiezza delle singole voci, dalla previsione di un aggiornamento dell’elencazione ad opera di un decreto del Presidente del Consiglio (comma 2)¹⁶. Ciò nonostante, il legislatore non fornisce indicazione alcuna sui criteri attraverso cui operare l’aggiornamento¹⁷, finendo così per indebolire il

gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore”. Mentre, *a contrario*, il secondo comma della medesima disposizione esclude dalla fattispecie in esame le amministrazioni pubbliche, le formazioni e le associazioni politiche, le organizzazioni sindacali e le associazioni dei datori di lavoro, le associazioni professionali di rappresentanza di categorie economiche, nonché tutti gli enti che risultino sottoposti a direzione, coordinamento o controllo da parte di tali soggetti.

¹⁴ Cfr. ANTONIO FICI, *L’Ente del Terzo settore come modello organizzativo per lo svolgimento di attività formativa d’interesse generale*, in *Rassegna CNOS*, 2017, spec. p. 52 e DEBORA CALDIROLA, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governance della solidarietà*, in *www.federalismi.it*, 31 gennaio 2018, p. 3 ss. che, tra l’altro, ricostruisce le origini, giuridiche e non, dell’espressione “Terzo settore”.

¹⁵ PIERANGELA FLORIS, *Enti religiosi e riforma del Terzo settore: verso nuove partizioni nella disciplina degli enti religiosi*, in *www.statoeChiese.it*, 2018, p. 10. Come è stato rilevato (PIERLUIGI CONSORTI, LUCA GORI, EMANUELE ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, cit., p. 67) tale complessità sembra tradire una sorta di angoscia che anima il legislatore “ogni volta che mette mano a ipotesi agevolative connesse al Ts. Il timore delle possibili patologie che potrebbero affliggere il sistema prevale rispetto alla regolamentazione serena delle singole fattispecie”.

¹⁶ Vale la pena rammentare che ad alleggerire in parte la scelta legislativa contribuisce altresì la previsione *ex art. 6* secondo cui gli enti del Terzo settore possono esercitare anche attività diverse da quelle individuate dall’art. 5 purchè sia consentito dall’atto costitutivo e dallo statuto e sempre che si tratti di attività “secondarie e strumentali rispetto alle attività di interesse generale”.

¹⁷ A riguardo, cfr. SARA BENVENUTI, SARA MARTINI, *La crisi del welfare pubblico e il “nuovo” Terzo settore: la via tracciata dalla legge delega n. 166/2016*, cit., pp. 19 e 20.

tentativo, rinvenibile nella scelta della tecnica normativa adoperata nel primo comma, di governare in maniera trasparente l'accesso alla qualificazione di *Ente del Terzo settore* e, all'opposto, di rinsaldare i timori circa la legittimità della rimessione al Governo del potere di "modificare l'elenco delle attività previste da un atto avente forza di legge, e attraverso questa strada di fatto aggiunge[re] – o estromette[re] – enti dal Registro"¹⁸.

In secondo luogo il riferimento, centrale nell'impianto normativo, alla nozione di ente religioso civilmente riconosciuto si presta a valutazioni di vario tipo. Difatti, da un lato non può non cogliersi l'innovazione compiuta nel passaggio dagli enti delle confessioni religiose che hanno stipulato patti o intese con lo Stato, presenti ancora nella legge delega¹⁹, agli enti religiosi civilmente riconosciuti, definizione opportunamente sganciata dal riferimento al possesso di un'intesa²⁰; dall'altro lato, però, non può ignorarsi che l'impiego di tale formula reca in sé una cifra di incertezza e disomogeneità²¹, se non addirittura riveli "un improprio impoverimento concettuale, potenzialmente foriero di ulteriore confusione, frutto – se non di ignoranza – di colpevole disattenzione"²².

In generale, dunque, si avverte la sensazione che le legittime esigenze di riordino e semplificazione che hanno fortemente condizionato l'entrata in vigore del Codice non abbiano fatto i conti appieno con la complessità fenomenologica, e men che meno con quella giuridica, della materia.

Chiarite le coordinate tecniche (e problematiche) entro cui si colloca la questione specifica della regolamentazione dei rapporti di lavoro per gli enti religiosi civilmente riconosciuti è possibile procedere ad una disamina più approfondita del tema, volta a sondare due versanti differenti, ma inevitabilmente attigui, ovvero la tutela introdotta per i lavoratori e la disciplina dettata in materia di volontariato.

¹⁸ PIERLUIGI CONSORTI, *L'impatto del nuovo Codice del Terzo settore sulla disciplina degli "enti religiosi"*, in *www.statoecliese.it*, 2018, p. 13.

¹⁹ Come evidenzia ANTONIO FUCCILLO, *Gli enti religiosi nel «Terzo settore» tra la nuova impresa sociale e le società di benefit*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2018, p. 349, il legislatore approda alla formulazione citata solo a seguito del parere della speciale Commissione istituita presso il Consiglio di Stato.

²⁰ Cfr. GIUSEPPE D'ANGELO, *Il privato sociale a connotazione religiosa e le declinazioni della sussidiarietà*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2017, p. 607, che con riguardo a questo aspetto rinviene un riequilibrio interno alla fenomenologia religiosa.

²¹ PIERANGELA FLORIS, *Enti religiosi e riforma del Terzo settore: verso nuove partizioni nella disciplina degli enti religiosi*, cit., p. 3.

²² PIERLUIGI CONSORTI, *L'impatto del nuovo Codice del Terzo settore*, cit., p. 8 che si sofferma molto sulla formula adottata dal legislatore del 2017 e sulla differenza con altre diciture quale, ad esempio, la nozione di ente ecclesiastico civilmente riconosciuto. Sul punto ampiamente MARCO GRECO, PATRIZIA RONCHI, *Gli «enti religiosi civilmente riconosciuti» nel codice del Terzo settore: problematiche e prospettive*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2018, p. 367 ss..

Si tratta, evidentemente, di ipotesi diverse che meritano un inquadramento ed una regolazione diversificata, non fosse altro perché proiezione giuridica di scelte esistenziali non coincidenti, né sovrapponibili²³. Difatti, la scelta di svolgere una qualsivoglia attività lavorativa si compone di tutto quanto attiene al Lavoro nella sua dimensione individuale, collettiva e sociale, a partire dal diritto-dovere sancito dall'art. 4 della Carta Costituzionale. Al contrario, il volontariato autentico si colloca in un ambito “esterno al mercato, alla concorrenza, all'acquisizione di ricchezza materiale” vale a dire che, al di là delle motivazioni intime di ciascuno, ciò che rileva è “la convinzione di effettuare la propria attività senza voler assolutamente ottenere in cambio un corrispettivo” cioè, in altre parole, “gratuità e spontaneità”²⁴. La necessità di una trattazione congiunta dell'attività lavorativa e del volontariato si radica altresì nel frequente travalicamento, spesso purtroppo irregolare, del confine tra le due aree. Sicché per quanto sia vero che “la motivazione volontaria e disinteressata costituisce la molla principale dell'appartenenza” tanto che “chi non condivide più la *mission*, o chi non è più motivato a prestare la propria opera, si ritira”²⁵ e che si diffonde sempre più la figura del volontario corredato da un significativo bagaglio di professionalità, non pare tuttavia scomparire l'odiosa pratica dell'utilizzo distorto se non a volte fraudolento dell'attività di volontariato.

Solo al termine di questa disamina sarà possibile svolgere qualche riflessione che dalla disciplina introdotta sull'attività lavorativa e sul volontariato prelati presso gli enti del Terzo settore e, in particolare, presso gli enti religiosi civilmente riconosciuti si apra a considerazioni di più ampio respiro sugli effetti della riforma e, più in generale, sul ruolo e sulla funzione che il Terzo settore può assumere in una fase storica come quella attuale.

2. Lavoro ed enti religiosi

L'analisi della disciplina dettata in merito alle relazioni di lavoro e, a seguire, allo svolgimento di attività di volontariato deve essere preceduta dalla risoluzione di una questione interpretativa.

Difatti, posto che la regolamentazione di entrambi è genericamente rivolta, rispettivamente, a lavoratori e volontari degli enti del terzo settore vi è

²³ A riguardo LORENZO ZOPPOLI, *Volontariato e diritti dei lavoratori dopo il Jobs Act*, in *WP CSDLE “Massimo D'Antona”*. *IT*, n. 289/2016, p. 11.

²⁴ LORENZO ZOPPOLI, *op. ult. cit.*, p. 11.

²⁵ DOMENICO DE MASI, *Il lavoro nel XXI secolo*, Einaudi, Torino, 2018, p. 768.

da comprendere, allora, se essa sia applicabile anche a coloro che prestano una delle due attività all'interno dei suddetti enti religiosi civilmente riconosciuti. Ferma restando, nell'economia di questo contributo, l'impossibilità di affrontare esaurientemente una questione complessa come quella della configurazione giuridica di tali enti²⁶, la risposta al suddetto quesito va formulata scandagliando le disposizioni normative.

Di modo che, in assenza di riferimenti specifici nelle norme relative all'attività lavorativa (art. 16) e al volontariato (Titolo III, artt. 17, 18 e 19), sia naturale estendere lo sguardo all'intero testo riformatore. Ebbene, l'espressione "enti religiosi civilmente riconosciuti" ricorre in maniera esplicita soltanto nell'art. 4, comma 3²⁷; proprio questa disposizione non sembra lasciar adito a dubbi, poiché, in presenza di alcune, seppur problematiche, condizioni²⁸ è accordata a tali enti l'applicazione dell'intero progetto riformatore. Sicché, valga al momento prender atto che i lavoratori e i volontari di un ente religioso in regola con i requisiti fissati dal Codice sono sottoposti alle norme dettate in materia.

Per quanto concerne, allora, la disciplina relativa allo svolgimento di attività lavorativa all'interno degli enti presi in considerazione dalla riforma vi è, innanzitutto, da rilevare la predisposizione di una regolazione oltremodo scarna. Invero, al di là dell'art. 16 su cui si avrà modo di soffermarsi a breve, non è dato riscontrare ulteriori disposizioni significative. A ben vedere, nell'intero corpo della riforma i lavoratori compaiono in maniera incidentale, ad esempio, tra coloro che non possono usufruire, neanche in via indiretta, della distribuzione di utili, avanzi di gestione, fondi e riserve o, ancora, tra i soggetti che possono essere nominati amministratori²⁹.

²⁶ Questione, peraltro, ben approfondita da autorevole dottrina cfr. PIERLUIGI CONSORTI, *L'impatto del nuovo Codice del Terzo settore*, cit., p. 10 ss.

²⁷ Con maggior precisione è stato opportunamente osservato che il richiamo indiretto agli enti religiosi civilmente riconosciuti, attraverso il rinvio ai soggetti o agli enti di cui all'art. 4, comma 3, ricorre sette volte nel Codice "con esiti giuridicamente differenti" PIERLUIGI CONSORTI, *op. ult. cit.*, pp. 8 e 9.

²⁸ La disposizione precisa che l'applicazione delle norme è limitata allo svolgimento delle attività generali elencate nell'art. 5 purché a tal fine sia adottato un regolamento, depositato presso il registro unico nazionale, che recepisca le norme del Codice; inoltre, al fine dello svolgimento di tali attività deve essere costituito un patrimonio destinato e devono essere tenute separatamente le scritture contabili. Per una lettura critica delle condizioni indicate si consente il rinvio a PIERLUIGI CONSORTI, *L'impatto del nuovo Codice del Terzo settore*, cit., p. 10 ss.

²⁹ Il riferimento è rispettivamente all'art. 8, comma 2, che vieta la distribuzione di utili, avanzi di gestione, fondi e riserve "a fondatori, associati, lavoratori e collaboratori, amministratori ed altri componenti degli organi sociali, anche nel caso di recesso o di ogni altra ipotesi di scioglimento individuale del rapporto associativo" e all'art. 26, comma 5, secondo cui "la nomina di uno o più amministratori può essere attribuita dall'atto costitutivo o dallo statuto ad enti del Terzo settore o senza scopo di lucro, ad enti di cui all'articolo 4, comma 3, o a lavoratori o utenti dell'ente".

Particolare attenzione merita, invece, l'art. 16 intitolato "Lavoro negli enti del Terzo settore" cui di fatto è interamente affidata la regolamentazione delle relazioni di lavoro. La disposizione fissa tre principi distinti: i primi due di rilevanza sostanziale, l'ultimo, invece, di natura essenzialmente formale. Si stabilisce, invero, che i lavoratori degli enti del terzo settore "hanno diritto ad un trattamento economico e normativo non inferiore a quello previsto dai contratti collettivi" *ex art. 51 d. lgs. n. 81/2015*; comunque in ogni ente del Terzo settore "la differenza retributiva tra lavoratori dipendenti non può essere superiore al rapporto uno a otto" in relazione alla retribuzione annua lorda precisando, altresì, che gli enti devono dar conto del rispetto di tale parametro nel bilancio sociale o nella relazione di missione *ex art. 13, comma 1*.

A ben vedere, la regolamentazione dei rapporti di lavoro all'interno di questi enti è retta dal principio di parità di trattamento economico e normativo sancito in apertura dell'art. 16, letto congiuntamente all'art. 8, comma 3, lett. *b*). Quest'ultima previsione, nell'ambito dell'individuazione della distribuzione indiretta di utili considerata vietata, annovera "la corresponsione a lavoratori subordinati o autonomi di retribuzioni o compensi superiori del quaranta per cento rispetto a quelli previsti, per le medesime qualifiche, dai contratti collettivi" *ex art. 51 d. lgs. n. 81/2015*, fatte salve "comprovate esigenze attinenti alla necessità di acquisire specifiche competenze ai fini dello svolgimento delle attività di interesse generale" *ex art. 5, comma 1, lett. b), g) o h)*.

Tralasciando quest'ultimo enunciato, vi è da osservare che nelle buone intenzioni del legislatore, come accennato, l'art. 16 appare finalizzato a garantire ai lavoratori del terzo settore una sostanziale parità di trattamento, non solo economico ma, soprattutto, normativo. Per l'appunto, però, le buone intenzioni devono fare i conti con una realtà che, almeno per quanto concerne l'assetto delle fonti del diritto del lavoro, sembra superare la fantasia.

L'affermazione necessita di una spiegazione, a sua volta opportunamente corredata da una precisazione, stante l'intrinseca difficoltà di contenere in poche battute un tema complesso quale quello del rimescolamento del sistema delle fonti e, in particolare, dell'equiparazione dei livelli contrattuali³⁰. Tema che, per un verso, rappresenta il punto di caduta dell'evoluzione (o dell'involuzione) della disciplina lavoristica degli ultimi vent'anni e, per altro verso, risulta fortemente condizionato da fattori giuridici ma, anche, economici, sociologici e organizzativi. E, invero, l'impressione che se ne ricava è che tutte le trasformazioni che hanno investito il diritto del lavoro "si siano proiettate, come ombre cinesi, sull'intelaiatura stessa del sistema delle fonti del diritto

³⁰ Sul tema cfr. LORENZO ZOPPOLI, *Le fonti dopo il Jobs Act (autonomia ed eteronomia a confronto)*, in *Labor*, 2016, p. 37 ss.

del lavoro, mutandone l'assetto e rendendo liquide molte tradizionali relazioni gerarchiche³¹.

Senza quindi poter dar conto in questa sede delle varie e differenti tappe evolutive, pare significativo soffermarsi proprio su quell'art. 51 del d. lgs. n. 81/2015, richiamato più volte dal legislatore del 2017. Secondo tale disposizione, salvo indicazioni diverse, ai fini del decreto n. 81, per contratti collettivi si intendono “i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria”.

Tale previsione, in verità, si inserisce in un sistema generale delle fonti del diritto del lavoro già fortemente scosso dall'introduzione, ad opera della “norma multistrato”³² dell'art. 8 l. n. 148/2011³³, della cd. contrattazione di prossimità con cui, in estrema sintesi, si rimette ai contratti collettivi di secondo livello (aziendali e/o territoriali) la possibilità in una serie, pur tassativa, di materie individuate dal legislatore di derogare (*in pejus* e *in melius*) non solo al contratto di primo livello ma anche all'intervento eteronomo.

A ben vedere, quindi, l'art. 51 determina un'equiparazione dei livelli contrattuali, sconosciuta al sistema tradizionale di relazioni sindacali, in sostanziale (ma problematica) continuità con l'art. 8 in materia di contrattazione di prossimità³⁴. La disposizione del 2015, dunque, quale attuale “punto di riferimento normativo generale dei raccordi tra eteronomia ed autonomia”³⁵, appare come una vera e propria norma grimaldello³⁶ capace di scardinare il

³¹ FEDERICO MARTELLONI, *Lavoro, diritto e democrazia. La norma giuslavoristica in cerca di legittimazione: rilievi critici*, Wolters Kluwer, Milano, 2018, pp. 24 e 25 cui si rinvia per una disamina più approfondita.

³² MARIELLA MAGNANI, *Il rapporto tra legge e autonomia collettiva*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, p. 8.

³³ Qualunque rinvio bibliografico sulla contrattazione di prossimità rischierebbe di risultare parziale, stante l'ampio dibattito sollevato dall'entrata in vigore della disposizione. Sia consentito rinviare, al fine di una ricognizione di tale dibattito, a MAURA RANIERI, *L'art. 8 della legge n. 148/2011 e le tendenze evolutive del diritto del lavoro: sintonie e distonie*, in MAURA RANIERI (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro tra ordinamento sovranazionale e ordinamento interno*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 69 ss.; viceversa per una lettura recente e innovativa circa la presunta illegittimità della disposizione LARA LAZZERONI, *La regolazione per legge del contratto collettivo aziendale alla luce del sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2017.

³⁴ Per un approfondimento sul punto, sia consentito il rinvio a MAURA RANIERI, *Identità, organizzazioni, rapporti di lavoro*, Wolters Kluwer – Cedam, Milano, 2017, spec. p. 218.

³⁵ SANDRO MAINARDI, *Le relazioni collettive nel “nuovo” diritto del lavoro*, in AA. VV., *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statuario*, Atti delle Giornate di Studio Aidlass di Diritto del Lavoro, Napoli, 16-17 giugno 2017, Giuffrè, Milano, 2017, p. 212.

³⁶ UMBERTO GARGIULO, *Rappresentanza e contrattazione in azienda. Dal sostegno sindacale al contratto derogatorio*, Wolters Kluwer – Cedam, Milano, 2017, p. 101.

tradizionale assetto gerarchico delle fonti della disciplina lavoristica.

La previsione impone allora una lettura più complessa. Il rinvio ai trattamenti normativi ed economici fissati dalla contrattazione quale cornice generale di tutela al lavoro prestato negli enti del terzo settore è un passaggio regolamentare di indubbio rilievo, funzionale a garantire una parità di trattamento anche (e soprattutto, verrebbe da sottolineare) in ambiti che lambiscono il mercato del lavoro in senso stretto.

Ciò nonostante, tale valutazione positiva va messa in relazione con certune questioni cruciali, destinate ad oggi, quanto meno a parere di scrive, a restare insolute. Innanzitutto, la normativa in oggetto non fornisce alcuna garanzia che la contrattazione collettiva tenga adeguatamente conto delle specificità del lavoro prestato in questi enti, supplendo così alla scelta del legislatore di abdicare a questo compito. Proprio su tale constatazione si innestano altre due questioni dirimenti. Per un verso, infatti come accennato, bisogna fare i conti con un sistema delle fonti della diritto del lavoro al momento quantomeno problematico; per altro verso, vi è altresì da considerare che la contrattazione attraversa “una stagione di difficoltà e debolezze”³⁷.

La restante parte dell’art. 16, poi, non desta perplessità di minor spessore; invero, tralasciando l’obbligo formale relativo alla pubblicità del rispetto del vincolo economico, controversa appare proprio l’introduzione di un tetto retributivo e la sua oltremodo stringata regolazione. A tal proposito, deve evidenziarsi che il legislatore fissa il tetto nella misura del rapporto massimo di uno a otto ma nulla scrive o lascia intendere in ordine, ad esempio, alla motivazione di tale scelta numerica o, ancora, alle conseguenze sanzionatorie nell’eventualità del superamento del tetto. Più in generale, invece, si è osservato che una disposizione di tal tipo reca in sé forti dubbi di legittimità costituzionale in relazione al rispetto del principio di eguaglianza e del principio della libertà di iniziativa economica privata³⁸.

L’indagine sull’unico articolo dedicato, in maniera diretta ed esplicita, alla disciplina dei rapporti di lavoro all’interno degli enti del terzo settore conferma l’impressione iniziale di un’azione del legislatore scarna e a tratti, forse, persino approssimativa. In particolare, lascia perplessi che un’occasione riformatrice come quella offerta dalla redazione del Codice non sia sfruttata appieno liquidando, piuttosto, in risicate disposizioni un ambito così cruciale.

³⁷ LORENZO ZOPPOLI, *Solidarietà e diritto del lavoro: dissolvenza o polimorfismo?*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”. IT, n. 356/2018, p. 18.

³⁸ PASQUALE PASSALACQUA, *Il volontariato: profili del diritto del lavoro*, in <https://economato.chiesacattolica.it/2018/02/23/convegno-nazionale-economi-e-direttori-degli-uffici-amministrativi-delle-diocesi/>, p. 10.

Malgrado le specificità e le differenti complessità proprie di questi enti, da un lato, e delle società cooperative, dall'altro lato, colpisce che – a fronte di una normativa – quella del Codice – che di fatto esaurisce in una manciata di norme la disciplina della relazione di lavoro si pone una disciplina – quella della l. n. 142 del 2001 per l'appunto – che, all'opposto, affronta quella medesima relazione in maniera di certo più dettagliata portando a compimento e sviluppando, come evidenziato dalla Corte Costituzionale, “precedenti indirizzi [...] volti ad estendere la tutela propria del lavoro subordinato ai soci lavoratori delle cooperative” attraverso l'adozione di una normativa “unitaria e organica”³⁹.

Di modo che una valutazione sul progetto riformatore attuato con il Codice reca in sé l'amara consapevolezza che, forse, con riguardo alla regolamentazione dei rapporti di lavoro il legislatore avrebbe potuto (e dovuto) fare di più (e forse anche meglio).

3. Il volontariato

Se alla regolazione dei rapporti di lavoro il legislatore dedica una sola disposizione, uno sforzo leggermente maggiore è svolto in merito all'attività dei volontari, cui il Codice dedica un intero titolo, suddiviso in tre articoli (Titolo III, artt. 17 -19).

La disciplina in oggetto mescola norme con differenti finalità, alternando disposizioni di carattere promozionale con altre di natura definitoria o, ancora, regolamentare. Tra le prime – oltre all'*incipit* dell'art. 17 con cui si riconosce agli enti del terzo settore la possibilità di avvalersi di volontari nello svolgimento delle attività – vanno ascritte le previsioni contenute nell'art. 19. Difatti, il legislatore impegna le amministrazioni pubbliche nella promozione del volontariato e, al contempo, prevede strumenti concreti volti a rendere effettiva tale promozione nelle istituzioni scolastiche e universitarie⁴⁰.

³⁹ Così nella nota Corte Cost. 26 marzo 2015, n. 51. Per un commenti cfr., in particolare, MARCO BARBIERI, *In tema di illegittimità costituzionale del rinvio al CCNL delle organizzazioni più rappresentative nel settore cooperativo per la determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente*, in *Riv. giur. lav.*, 2015, II, p. 493 ss.; STELLA LAFORGIA, *La giusta retribuzione del socio di cooperativa: un'altra occasione per la Corte Costituzionale per difendere i diritti dei lavoratori ai tempi della crisi*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, II, p. 934 ss.; ANTONIO VALLEBONA, *Giochi di parole sull'erga omnes*, in *Mass. giur. lav.*, 2015, p. 490 ss.

⁴⁰ Quanto al primo aspetto il Codice dispone che le pubbliche amministrazioni promuovano la cultura del volontariato, soprattutto tra i giovani, “anche attraverso apposite iniziative da svolgere nell'ambito delle strutture e delle attività scolastiche, universitarie ed extrauniversitarie, valorizzando le diverse esperienze ed espressioni di volontariato, anche attraverso il coinvolgimento delle organizzazioni

Il Codice, poi, propone una perimetrazione dell'area occupata dal volontariato attraverso la definizione di chi è volontario e di chi, invece, non può esserlo. Ai sensi dell'art. 17 comma 2, è volontario il soggetto che, per libera scelta, "svolge attività in favore della comunità e del bene comune", anche ma non necessariamente attraverso un ente del Terzo settore, "mettendo a disposizione il proprio tempo e le proprie capacità per promuovere risposte ai bisogni delle persone e delle comunità beneficiarie della sua azione, in modo personale, spontaneo e gratuito, senza fini di lucro, neanche indiretti, ed esclusivamente per fini di solidarietà". Viceversa, e a conferma della centralità dell'assoluta gratuità dell'attività resa, non può svolgere attività di volontariato in un dato ente il soggetto che vi intrattiene un rapporto di lavoro subordinato, autonomo o, comunque, una qualunque relazione di lavoro retribuita (art. 17, comma 5); così come non può considerarsi volontario "l'associato che occasionalmente coadiuvi gli organi sociali nello svolgimento delle loro funzioni" (art. 17, comma 6).

L'elemento strutturale della gratuità nell'attività di volontariato trova ulteriore conferma nella regolazione di tale attività. Invero, dopo aver scandito che gli enti del terzo settore devono iscrivere i volontari non occasionali in un apposito registro (art. 17, comma 1), il legislatore ribadisce l'assoluto divieto retributivo per l'attività di volontariato che si estende anche al beneficiario (art. 17, comma 3) ed esclude solo i rimborsi per spese effettivamente sostenute e documentate entro determinati limiti (art. 17, commi 3 e 4). Un ulteriore obbligo posto in capo agli enti del terzo settore concerne l'assicurazione dei volontari contro infortuni e malattie connessi allo svolgimento dell'attività di volontariato, nonché, per la responsabilità civile verso terzi, se pur rimettendo ad un apposito decreto ministeriale il compito di individuare meccanismi assicurativi semplificati e di regolamentare i relativi controlli (art. 18).

La regolazione del volontariato presso gli enti del terzo settore si chiude con la previsione, introdotta dall'art. 5, comma 1, lett. b), d. lgs. 3 agosto 2018, n. 105, secondo cui i lavoratori subordinati che intendono svolgere attività di volontariato in uno dei suddetti enti "hanno diritto di usufruire delle forme di flessibilità di orario di lavoro o delle turnazioni previste dai contratti o dagli accordi collettivi, compatibilmente con l'organizzazione aziendale" (art. 17, comma 6bis).

di volontariato e di altri enti del Terzo settore, nelle attività di sensibilizzazione e di promozione" (comma 1). Quanto, invece, agli strumenti ipotizzati, da un lato, si rimette ad un decreto ministeriale la fissazione dei "criteri per il riconoscimento in ambito scolastico e lavorativo delle competenze acquisite nello svolgimento di attività o percorsi di volontariato" (comma 2); dall'altro lato, si accorda alle Università la possibilità, al fine del conseguimento del titolo di studio, di riconoscere "crediti formativi a favore degli studenti che abbiano svolto attività di volontariato certificate nelle organizzazioni di volontariato o in altri enti del Terzo settore rilevanti per la crescita professionale e per il curriculum degli studi" (comma 3).

Di carattere invece più generale, ma comunque destinate ad incidere sulla composizione delle organizzazioni di volontariato e delle associazioni di promozione sociale, sono le disposizioni che, in sostanza, fissano tetti quantitativi nell'utilizzo di lavoratori. In particolare, le organizzazioni di volontariato possono servirsi di lavoratori subordinati o di prestazioni di lavoro autonomo o di altra natura solo "nei limiti necessari al loro regolare funzionamento oppure nei limiti occorrenti a qualificare o specializzare l'attività" svolta; fermo restando che il numero di lavoratori utilizzati non può essere superiore al 50% del numero dei volontari (art. 33, comma 1). Similmente, le associazioni di promozione sociale possono avvalersi di prestazioni di lavoro, anche dei loro associati, solo se "necessario ai fini dello svolgimento dell'attività di interesse generale e al perseguimento delle finalità"; riproponendo lo stesso limite percentuale tra lavoratori e volontari cui si aggiunge la previsione che il numero dei lavoratori impiegati non può essere superiore al 5% del numero degli associati (art. 36).

La lettura congiunta delle summenzionate disposizioni consente di svolgere alcune riflessioni di carattere specifico e altre, invece, di respiro più ampio. In ogni caso, però, ogni considerazione in proposito deve tenere in debito conto quanto dichiarato quasi quarant'anni fa dalla Corte Costituzionale, per cui "il volontariato rappresenta l'espressione più immediata della primigenia vocazione sociale dell'uomo" e incarna "la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale, per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa"⁴¹.

In una prospettiva specifica, in primo luogo, il legislatore pare fissare principi rilevanti, anche se non sempre, a nostro avviso, di indiscutibile impatto positivo. Apprezzabile risulta, ad esempio, la riformulazione della nozione di volontario in modo più articolato rispetto al passato in cui si accentua il rilievo delle finalità dell'azione di volontariato e, soprattutto, si recide ogni legame esclusivo tra attività di volontariato ed enti del terzo settore⁴², visto che tale attività può essere svolta "anche per il tramite" di uno di questi enti e quindi non necessariamente in uno di essi. Ancora, altrettanto lodevole pare l'introduzione dell'obbligo di registrazione e di quello assicurativo, del divieto retributivo e di quello relativo ai rimborsi forfettari chiaramente funzionale ad evitare che l'erogazione di rimborsi di tal tipo celi la corresponsione di una prestazione retributiva⁴³.

⁴¹ Corte Cost., 28 febbraio 1992, n. 75.

⁴² Cfr. in proposito PASQUALE PASSALACQUA, *Il volontariato: profili del diritto del lavoro*, cit., p. 6 ss.

⁴³ PASQUALE PASSALACQUA, *Il volontariato: profili del diritto del lavoro*, cit., p. 8.

Più complessa, invece, ci appare la valutazione della norma relativa all'assoluta incompatibilità tra volontariato e qualunque forma di lavoro retribuito. Se i pericoli derivanti dalla mancanza di confini nitidi tra lavoro e volontariato sono ben noti (dalle pretese di volontari che smarrendo le motivazioni iniziali rivendicavano, magari anche davanti ad un giudice, l'esistenza di un rapporto di lavoro all'utilizzo fraudolento della fattispecie del volontariato da parte degli stessi enti e/o associazioni), la previsione di una cesura netta tra le due sfere rischia di non essere funzionale ad una realtà sempre più composta. Si pensi, in via meramente esemplificativa, ad un ente/datore di lavoro che nel tempo abbia maturato la decisione di assumere un proprio volontario rivelatosi particolarmente competente o, ancora, ad un dipendente dell'ente che desideri prestarvi attività di volontariato al di fuori dell'orario di lavoro.

Già quest'ultima questione, che inevitabilmente incrocia il tema complicato dell'impiego fraudolento del volontariato, schiude la strada ad alcune riflessioni di carattere più generale.

A ben vedere, la riforma sembra prestare maggiore attenzione al volontariato individuale, piuttosto che a quello organizzato; ciò è comprensibile alla luce di una duplice considerazione.

Per un verso, infatti, è noto che, a seguito della riforma del Titolo V della Carta, la tutela costituzionale dell'esperienza del volontariato, comunque declinata, è rafforzata. Invero, l'ultimo comma dell'art. 118 Cost., che pone in relazione “i soggetti privati da un lato e (l')insieme dei poteri pubblici dall'altro”⁴⁴, offre una copertura costituzionale all'attività di volontariato individuale⁴⁵, senza ovviamente esaurire in questa tutela la sua carica innovativa.

Per altro verso, la crisi che attualmente indebolisce le strutture associative – quale che sia la forma da esse assunta (partiti, sindacati, associazioni etc. etc.) o, in termini costituzionali, le formazioni sociali – si arresta proprio di fronte al nuovo fenomeno del volontariato individuale. Fenomeno, peraltro, presumibilmente alimentato dalla convinzione dei singoli di poter (o forse addirittura di dover) porsi direttamente in contatto con il potere pubblico costruendo questa relazione “come la forma più libera per realizzare finalità

⁴⁴ GIUSEPPE UGO RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 19. L'Autore specifica l'impiego dell'espressione “orizzontale” non per una presunta parità tra i soggetti, bensì “perchè si immagina che l'intera vita associata sia divisa orizzontalmente tra azioni dei privati (in piena autonomia) e azioni dei pubblici poteri (che ovviamente coinvolgono i privati), con la conseguenza che, se si applica il principio di sussidiarietà, ogni tipo di azione rientrando nel dominio del principio spetta in via prioritaria agli individui, singoli o associati, e solo in via sussidiaria ai pubblici poteri (ai quali eventualmente può poi applicarsi il principio di sussidiarietà verticale)”.

⁴⁵ Cfr. LUCA GORI, *La disciplina del volontariato individuale, ovvero dell'applicazione diretta dell'art. 118, ultimo comma, Cost.*, in *www.rivistaaic.it*, 20 marzo 2018, p. 5 ss.

solidaristiche”, ovvero considerando l’associazione o l’organizzazione “come un “intermezzo” non necessario” ma che, anzi, allontana o svia il soggetto dal conseguimento del fine solidaristico che si intende perseguire, peraltro “generalmente assai prossimo”⁴⁶.

In secondo luogo, pur apprezzando lo sforzo compiuto dal legislatore, non si può fare a meno di evidenziare che la riforma appare in sostanza incapace di offrire risposte adeguate ad un fenomeno complesso e multiforme. In particolare, anche sul versante della regolazione dell’attività di volontariato, è dato riscontrare una certa approssimazione o comunque una insufficiente attenzione, posto che comunque il titolo III non delinea un “vero e proprio *status* del volontario”⁴⁷.

A riprova, basti pensare, ove mai fosse necessario, che alcune delle questioni che attanagliano da tempo il volontariato sembrano non trovare conforto nella disciplina riformatrice. Così, ad esempio, la necessità di individuare strumenti per misurare ed arginare l’area dell’utilizzo distorto del volontariato che maschera vero e proprio lavoro (al di là di alcune misure apprezzabili come il divieto di rimborsi forfettari), i dubbi circa l’opportunità di riconoscere ai volontari tutti o alcuni diritti dei lavoratori e, infine, la possibilità che il volontariato possa considerarsi un’alternativa di cittadinanza attiva⁴⁸, sono temi centrali che però il legislatore del 2017 pare non aver affrontato con adeguata sollecitudine.

4. Conclusioni

Quanto sin qui esaminato consente di svolgere qualche riflessione conclusiva che muove dal d. lgs. n. 117/2017 per approdare al ruolo che il Terzo settore ricopre, o potrebbe ricoprire, nelle dinamiche delle società contemporanee.

A ben vedere, gli elementi positivi pur presenti nella riforma non sono tali da compensare le zone d’ombra che, purtroppo, continuano ad accompagnare l’azione del legislatore. La disamina della regolazione dettata per il lavoro reso negli enti del Terzo settore, così come per l’attività di volontariato, rivela diverse criticità e, soprattutto, pare mancare di respiro non proiettando alcun modello, o nuovo modello, su nessuno dei due versanti. Si accredita, dunque,

⁴⁶ LUCA GORI, *op. ult. cit.*, p. 20.

⁴⁷ LORENZO ZOPPOLI, *Solidarietà e diritto del lavoro*, cit., p. 17.

⁴⁸ Le questioni sono formulate, prima dell’entrata in vigore della riforma, da LORENZO ZOPPOLI, *Volontariato e diritti dei lavoratori*, cit., p. 3.

l'impressione che in ordine alla disciplina delle relazioni di lavoro all'interno degli enti del terzo settore e alla configurazione di uno *status* di volontario, il Codice faccia molto meno di quanto avrebbe potuto e dovuto fare.

Con riguardo al primo profilo, il legislatore avrebbe dovuto farsi maggiormente carico delle specificità dell'attività lavorativa prestata in questi enti. Sicché, l'affermazione di un principio di parità di trattamento economico e normativo agganciato alle previsioni contrattuali appare necessario ma non sufficiente, tanto per le singolarità del settore quanto per la complessità che investe oggi il diritto del lavoro e l'attività di contrattazione nello specifico.

Analogamente, l'esperienza del volontariato avrebbe meritato un'attenzione ben diversa per lo spazio che occupa negli enti del Terzo settore e, più in generale, per l'importanza, anche in termini numerici, acquisita dal volontariato nell'epoca attuale. Un'attenzione che avrebbe dovuto condurre alla risoluzione o, quanto meno, alla presa in carico di alcune questioni cruciali che, come evidenziato, non hanno invece ricevuto adeguata considerazione nel progetto riformatore.

Peraltro, per quanto qui rileva, un ulteriore elemento di complessità scaturisce proprio dalle incertezze che accompagnano la nozione di ente religioso civilmente riconosciuto. Invero, alla difficoltà definitoria che attanaglia la fattispecie consegue una differenziazione regolativa che soprattutto con riferimento ad alcuni ambiti, come per esempio quello fiscale⁴⁹, suscita non poche perplessità.

Le zone d'ombra, poi, non sono contenute nella regolazione dell'attività lavorativa e di volontariato ma si proiettano su tutto l'impianto normativo investendo le disposizioni definitorie (si pensi agli artt. 4 e 5) così come il sistema dei controlli⁵⁰, sino a paventare persino qualche dubbio di costituzionalità, come ad esempio si è osservato in ordine all'obbligo di iscrizione in un Registro unico nazionale⁵¹.

Di modo che il comprensibile e ricorrente entusiasmo maturato a seguito della scelta di riordinare, semplificare e aggiornare una normativa oltremodo frammentaria pare destinato ad essere smorzato dalla consapevolezza che l'introduzione di una disciplina organica, pur restando apprezzabile sotto il profilo della tecnica redazionale adottata, non è sufficiente a porre al riparo

⁴⁹ Sul punto, da ultimo, LAURA SABRINA MARTUCCI, *Imprese di matrice religiosa e modelli organizzativi del Terzo settore*, in www.federalismi.it, 2018.

⁵⁰ MATTEO CEOLIN, *Il c.d. Codice del Terzo settore (D. Lgs. 3 luglio 2017, n. 117): un'occasione mancata?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 31.

⁵¹ SARA BENVENUTI, *Finalmente una disciplina organica del Terzo settore: dalla legge delega n. 106 del 2016 ai decreti legislativi di attuazione*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2017, p. 10.

da rilievi critici la riforma e, ancor più, a far assumere un giudizio nettamente positivo in ordine al suo contenuto. Anzi, si è puntualmente rilevato che la riforma ripercorre, in sostanza, la normativa societaria su almeno tre direttrici: regole gestionali contabili, regole organizzative, nonché precisi istituti di fatto trasposti nel Codice⁵².

La constatazione non può che condurre l'interprete a riflettere su un duplice piano. In primo luogo, infatti, la discutibile scelta di avvicinare dal punto di vista regolativo due fenomeni – società ed enti del Terzo settore – che hanno storie normative, funzioni, finalità differenti appare molto discutibile, ancor più poi se la scelta è unidirezionale esauendosi di fatto in un accostamento degli enti del Terzo settore alle società destinato ad incidere sull'identità degli enti.

In secondo luogo, invece, e più in generale, è d'obbligo una riflessione sul ruolo che gli enti del Terzo Settore sono chiamati a ricoprire nelle società contemporanee. Come noto, da un punto di vista economico, la storia evolutiva del Terzo settore pare scandita dalla successione, non priva di contaminazioni ovviamente, di tre modelli⁵³. Il primo, radicatosi nella Toscana del XIII secolo, riproduceva una spontanea aggregazione di individui ed era imperniato sul principio di sussidiarietà orizzontale. Nel modello intermedio, invece, il Terzo Settore diviene elemento di sostegno e/o affiancamento dello Stato e ciò ne giustifica un approccio regolativo all'insegna del principio di sussidiarietà verticale. Da ultimo, negli anni '90 dello scorso secolo si assiste al superamento della dicotomia incentrata sul profitto dell'ente: nel Terzo Settore si collocano anche soggetti che sono prolungamento di esperienze *for profit*. Quest'ultimo modello è quindi retto dall'assunzione del principio di "restituzione" ovvero dalla convinzione maturata nell'impresa di dover combinare la logica esclusiva del profitto con esperienze variegate, quanto a forme e modalità, di ritorno alla società dei profitti dell'impresa.

Vi è dunque da interrogarsi sull'eventualità che un avvenimento quale l'entrata in vigore del Codice del Terzo settore schiuda la strada all'affermazione di un nuovo modello. Non è questa la sede per formulare una risposta ad un quesito di tale spessore, la cui determinazione peraltro appare condizionata da una pluralità di fattori, non da ultimo le risultanze applicative della riforma. Ciò nonostante, alcune considerazioni sembrano essenziali al fine di iniziare a riflettere su questa eventualità e, comunque, per intraprendere un ragiona-

⁵² MATTEO CEOLIN, *Il c.d. Ceodice del Terzo settore*, cit., spec. p. 38 ss.

⁵³ Per una recente e sintetica ricostruzione v. DOMENICO CALDIROLA, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governance della solidarietà*, in www.federalismi.it, 31 gennaio 2018, p. 32 ss. cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici sul punto.

mento sulla collocazione che il Terzo Settore è destinato (o può aspirare) ad occupare nelle società moderne.

A ben vedere, difatti, almeno tre prospettive di differente natura intersecano l'universo del Terzo settore. In primo luogo, quest'esperienza è fortemente condizionata dalla crisi finanziaria ed economica che ha investito le società occidentali, e non solo⁵⁴, con l'apertura del nuovo millennio; una crisi che, come sappiamo, affonda le sue radici nella inversione funzionale della finanza da mezzo a fine, ovvero nell'affermazione di un sistema globale retto dal capitale finanziario, più che da quello industriale⁵⁵.

L'importante contrazione economica è, indubbiamente, solo uno dei fattori di trasformazione delle società contemporanee ma, al contempo, rappresenta uno snodo cruciale che ha concorso (e concorre) a delinearne l'attuale assetto. Altrettanto indubbio, poi, è che le altre due prospettive cui s'intende fare riferimento sono strettamente connesse anche (pur se non esclusivamente) agli effetti della crisi. Così è, per l'appunto, in relazione all'ascesa del cd. secondo *welfare* che si nutre, per un verso, del rallentamento della crescita economica e, poi, della recessione e, per altro verso, della contrazione della "grande spinta propulsiva ed espansiva del welfare state che si era verificata nei decenni del secondo dopoguerra [...]" in ragione, tra l'altro, di mutamenti "nei bisogni sociali della popolazione"⁵⁶.

Il tema è particolarmente complesso, tuttavia, ai fini di questo studio, preme evidenziare che il Terzo Settore non resta indifferente alla trasformazione del *welfare* ovvero all'affermazione di quel secondo *welfare* che deve la sua numerazione ad una variazione temporale – trattandosi di forme che seguono quelle del cd. primo *welfare* di matrice essenzialmente statale – e funzionale; vale a dire che il secondo *welfare* si aggiunge e integra il primo, sperimenta "nuovi modelli organizzativi, gestionali, finanziari [...] avventurandosi in sfere di bisogno ancora inesplorate [...] dal pubblico" e, in particolare, "mobilità risorse non pubbliche addizionali, messe a disposizione da una vasta gamma di attori economici e sociali"⁵⁷. Tale realtà pare prendere piede in maniera significativa come dimostra, per esempio, il dibattito intorno al tema del *welfare*

⁵⁴ Cfr. DOMENICO DE MASI, *Lavoro e vita*, in GIORGIO GOSETTI (a cura di), *Lavoro e lavori. Strumenti per comprendere il cambiamento*, Franco Angeli, Milano, 2011, p. 77.

⁵⁵ ALAIN TOURAINE, *La globalizzazione e la fine del sociale. Per comprendere il mondo contemporaneo*, il Saggiatore, Milano, 2015, p. 42.

⁵⁶ EMMANUELE PAVOLINI, MICHELE RAITANO, *L'Europa mediterranea fra diritti sociali e crisi economica: il welfare state ai tempi dell'austerità. Un'introduzione*, in *Meridiana*, 2015, pp. 12 e 13.

⁵⁷ FRANCA MAINO, MAURIZIO FERRERA, *Primo rapporto sul secondo welfare in Italia 2013*, Centro di Ricerca e Documentazione Luigi Einaudi, Torino, 2013, p. 8. Il rapporto, come anche quelli successivi, è reperibile sul sito www.secondowelfare.it.

aziendale quale “*species del genus* “secondo welfare””⁵⁸.

Infine, e anche in tal caso strettamente connessa alla recente contrazione finanziaria ed economica, l’ultima prospettiva che sembra incidere sulla conformazione attuale e sullo sviluppo del Terzo Settore può rinvenirsi nell’incremento delle diseguaglianze e/o delle espulsioni. In proposito, vari studi segnalano da diverse angolazioni l’esplosione delle diseguaglianze⁵⁹ che investono ambiti, soggetti e luoghi variegati, così come oggetto di analisi è l’incremento delle forme di espulsione, poiché a partire dagli anni ’80 del ’900 “le dinamiche dell’espulsione dall’economia e dalla società sono andate costantemente rafforzandosi, fino a saldarsi al normale funzionamento di quelle realtà”⁶⁰.

Al di là, dunque, di come queste (e altre) direttrici di cambiamento possano incidere sulla conformazione attuale del Terzo settore, si trae l’impressione che al di là di tutto questa particolare esperienza è (e sarà) chiamata a svolgere un ruolo nevralgico nel futuro anche abbastanza immediato e, forse, come evidenziato da autorevole dottrina, un ruolo “propositivo di un paradigma generale, anziché essere, come fin qui è stato, espressivo di una posizione di risulta”⁶¹.

A nostro avviso, tutto ciò presupporrebbe certamente una normativa adeguata, requisito che non pare pienamente soddisfatto dal Codice ma più probabilmente richiederebbe di tendere verso un modello di società almeno in parte differente da quello attuale, visto che “ad una valorizzazione del terzo settore, quale forma espressiva della società, non può non corrispondere una revisione del concetto stesso di democrazia”⁶².

⁵⁸ WILLIAM CHIAROMONTE, MARIA LUISA VALLAURI, *Secondo welfare e welfare aziendale: un’introduzione*, in WILLIAM CHIAROMONTE, MARIA LUISA VALLAURI (a cura di), *Modelli ed esperienze di welfare aziendale*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 1.

⁵⁹ Tra i tanti cfr. ANTHONY B. ATKINSON, *Disuguaglianza. Che cosa si può fare?*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2015; JOSEPH E. STIGLITZ, *La grande frattura. La disuguaglianza e i modi per sconfiggerla*, Einaudi, Torino, 2016.

⁶⁰ SASKIA SASSEN, *Espulsioni. Brutalità e complessità nell’economia globale*, il Mulino, Bologna, 2015, p. 87.

⁶¹ NICOLÒ LIPARI, *Il ruolo del Terzo settore nella crisi dello Stato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 641.

⁶² NICOLÒ LIPARI, *Il ruolo del Terzo settore nella crisi dello Stato*, cit., p. 641.

L'impatto della securitization dei diritti umani sul riconoscimento delle organizzazioni religiose e sull'attività di proselitismo nel quadro della tutela internazionale della libertà di religione

RITA MAZZA

1. Premessa

L'allarmata denuncia del Relatore speciale ONU nel Report 2017 sulla libertà di religione e di credo in merito alle diffuse politiche statali di *securitization of human rights*¹ evidenzia un fenomeno che sembra mettere in crisi i consolidati sistemi internazionale e nazionali di protezione dei diritti umani ed i loro regimi derogatori in quanto fa della sicurezza una priorità che giustifica il ricorso a misure straordinarie in risposta ad asserite situazioni di minaccia per la sicurezza dello Stato². Si rischia infatti di vanificare la previsione formale del diritto garantito a livello statale e prima ancora a livello internazionale, con possibili preoccupanti conseguenze ai fini che qui interessano per il diritto alla libertà di religione. In altri termini non è da escludere che, nell'ottica della *securitization*, tale diritto possa arretrare più del dovuto di fronte alle affermate esigenze di sicurezza.

Tra i vari profili della libertà di religione che appaiono particolarmente esposti agli effetti di misure straordinarie tese a soddisfare l'esigenza di sicu-

¹ V. A/HRC/34/50, *Report of the Special Rapporteur on freedom of religion and belief*, 17 January 2017, par. 37.

² Il termine "securitization", inizialmente utilizzato da esponenti della scuola di Copenaghen di studi sulla sicurezza, sta ad indicare un processo che si sviluppa in tre fasi: "1. Claiming a threat to survival and demanding extraordinary measures; 2. Adopting emergency action; 3. Effects on the relations between the affected units by violating rules that otherwise bind", v. THORSTEN GROMES, THORSTEN BONACKER, *The Concept of Securitisation as a Tool for Analysing the Role of Human-Rights-Related Civil Society in Ethno-Political Conflict*, SHUR working paper 05/07, 2001, p. 3. Attraverso l'etichetta della sicurezza si drammatizza un tema e lo si rende una priorità suprema, v. RENS VAN MUNSTER, *Securitization*, Oxford Bibliographies, in <http://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199743292/obo-9780199743292-0091.xml>. V. anche LORENZO GABRIELLI, *Securitization of Migration and Human Rights: Frictions at the Southern EU Borders and Beyond*, in *Urban People/Lidé Města*, 2014, p. 311 ss.

rezza³, si intende qui soffermare l'attenzione su due aspetti della dimensione collettiva della libertà religiosa da esse toccati, ovvero la possibilità per le comunità religiose di ottenere un adeguato riconoscimento giuridico e una piena tutela sotto il profilo collettivo e organizzativo e nell'esercizio dei connessi poteri nei contesti nazionali, particolarmente ostacolata in riferimento alle comunità religiose minoritarie nei contesti nazionali dove la religione assume un marcato ruolo identitario. L'altro aspetto riguarda la possibilità di svolgere attività di proselitismo, rilevante soprattutto per le confessioni religiose che attribuiscono particolare valore alla propaganda.

Considerato che il tema della *securitization* dei diritti umani, soltanto evocato dal Relatore speciale ONU, trova nella dimensione collettiva della libertà religiosa, e soprattutto nell'esercizio della propaganda religiosa, un terreno di confronto particolarmente interessante in quanto immediatamente connesso alla percezione, vera o presunta, della religione quale minaccia per la sicurezza si intende qui individuare quali strumenti fornisce il diritto internazionale per arginare le ricadute negative sulla tutela della libertà religiosa che derivano da questa rappresentazione negativa della religione, ed in particolare per evitare che gli ostacoli posti al riconoscimento delle comunità religiose così come il contrasto al proselitismo in sé diventino forme indirette di restrizione della libertà *de qua*.

Per identificare tali strumenti occorre anzitutto un lavoro di interpretazione della normativa internazionale e sovranazionale vigente in materia di religione, compresi significativi atti di *soft law*, che colleghi le norme esplicitamente dedicate alla libertà di religione e quelle altre norme che, pur non espressamente dedicate ad essa, incidono tuttavia sul suo concreto significato ovvero sia sull'effettivo livello di tutela ad essa riservato. Occorre quindi interrogarsi sul rilievo della matrice religiosa nel quadro della criminalizzazione di comportamenti illegittimi e sul significato di neutralità dello Stato e di obiettività della sua azione in materia religiosa⁴.

³ Cfr. PIERLUIGI CONSORTI, FRANCESCO DAL CANTO, SAULLE PANIZZA (a cura di), *Libertà di espressione e libertà religiosa in tempi di crisi economia e di rischi per la sicurezza*, Pisa University Press, Pisa, 2016; PIERLUIGI CONSORTI, FRANCESCO DAL CANTO, SAULLE PANIZZA (a cura di), *Le libertà spaventate. Contributo al dibattito sulle libertà in tempi di crisi*, Pisa University Press, Pisa, 2016. Si veda altresì, tra gli altri, ROBERTO MAZZOLA, *Laicità e spazi urbani. Il fenomeno religioso tra governo municipale e giustizia amministrativa*, in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, marzo 2010.

⁴ Il tema è particolarmente complesso ed è naturalmente oggetto di approfondita attenzione nell'ambito della dottrina ecclesiastica www.statoechiese.it. Ai fini che qui interessano è sufficiente evidenziare che, pur nella varietà delle posizioni, vi è una certa comunanza di vedute nel sottolineare il progressivo superamento di un'idea di laicità come netta separazione tra sfera secolare e sfera religiosa a vantaggio di una laicità, variamente aggettivata, in cui la religione assume un ruolo significativo e meritevole di valorizzazione, non confinabile nella dimensione strettamente privata (ovverosia della libertà c.d. negativa). In questo senso, la laicità come separazione tende a lasciare spazio ad un principio di neutralità dello Stato rispetto alle molteplici credenze di fede (così come nei confronti delle non credenze

Un esempio delle problematiche connesse ai due aspetti della libertà di religione qui presi in considerazione è dato dalla condizione dei Testimoni di Geova, che presentano una consolidata struttura organizzata, conducono una ampia attività di proselitismo e che devono spesso confrontarsi con misure statali restrittive in contrasto con le norme internazionali in materia di libertà di religione. Indicativa la circostanza che i Testimoni di Geova sono stati i protagonisti del caso *Kokkinakis* davanti alla Corte europea dei diritti umani (da ora Corte), considerato una pietra miliare della giurisprudenza della Corte in materia⁵ e che, a venticinque anni da esso, sono tuttora oggetto di repressione

di fede). Ricordato quindi che la letteratura in argomento è particolarmente densa ed autorevole, ci si può limitare a segnalare, per la varietà delle accezioni della laicità e l'impatto esercitato su di essa dalle trasformazioni del contesto sociale ed economico, per i suoi rapporti con la più recente neutralità, e utili spunti comparativi GIUSEPPE CASUSCELLI, *La crisi economica e la reciproca collaborazione tra le Chiese e lo Stato per "il bene del Paese"*, in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, www.statoechiese.it ottobre 2011; MARIA D'ARIENZO, *La laicità francese: "aperta", "positiva" o "im-positiva"?*, in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, www.statoechiese.it dicembre 2011; SARA DOMIANELLO, *Laicità en marche. L'Hexagone à l'épreuve*, in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, www.statoechiese.it, dicembre 2011; MARIO TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 109 ss. Si vedano altresì i contributi confluiti in AA. VV., *Vivere la transizione. La fine del monopolio delle scienze ecclesiastiche e la difficoltà di gestire le nuove dimensioni del fenomeno religioso*, in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, www.statoechiese.it, giugno 2017, nonché, con particolare riferimento al ruolo della laicità nell'Unione Europea, MARCO VENTURA, *La laicità dell'Unione Europea. Diritti, mercato, religione*, Giappichelli, Torino, 2001, e, più di recente, MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Post-democrazia europea e principio di cooperazione Unione Europea-Religioni*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, www.statoechiese.it, settembre 2010. In generale sul tema della neutralità si rinvia poi, tra gli altri, a ALICE OLLINO, *Modes of neutrality in the ECtHR jurisprudence related to religious matters: some critical remarks*, in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, www.statoechiese.it, ottobre 2018, p. 1 ss.; JULIE RINGELHEIM, *State Religious Neutrality as a Common European Standard? Reappraising the European Court of Human Rights Approach*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, Volume 6, Issue 1, 1 February 2017, p. 24 ss.; DUŠAN RAKITIĆ, *Secularity and Religious Neutrality in the Context of Democracy-Origins and Concepts*, in *Belgrad Law Review*, 2015, p. 1 ss.; CORRADO DEL BÒ, *Il rapporto tra laicità e neutralità: una questione concettuale?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, www.statoechiese.it ottobre 2014; IAN LEIGH, *The European Court on Human Rights and Religious Neutrality*, in GAVIN O' COSTA, MALCOM EVANS, TARIQ MODOOD, JULIAN RIVERS (eds.), *Religion in a Liberal State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 38 ss.; GRÉGOR PUPPINK, *Il caso Lautsi contro l'Italia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, www.statoechiese.it, febbraio 2012, p. 16 ss.; NICOLA RIVA, *Laicità, libertà, neutralità*, nel vol., ILARIO BELLONI, ROSARIO FORLENZA (a cura di) *Questioni critiche. Forme, simboli e confini della cittadinanza*, Diabasis, Reggio Emilia, 2010; RAFAEL PALOMINO LOZANO, *Religion and Neutrality: Myth, Principle and Meaning*, in *Brigham Young University Law Review*, 2011, p. 657 ss.; MARCO BIGNAMI, *Principio di laicità e neutralità religiosa: l'esperienza del giudice amministrativo italiano*, in www.associazionecostituzionalisti.it, 2009; JEAN BAUBÉROT (dir.), *La laicité all'épreuve. Religions et libertés dans le monde*, Paris Encyclopædia Universalis, Le tour du sujet, 2004; MICHAEL W. MCCONNELL, *Neutrality under the Religion Clauses*, in *Northwestern University Law Review*, 1986, p. 146 ss.

⁵ V. ECHR, sentenza del 25 maggio 1993, *Kokkinakis v. Grecia*, Partly Concurring Opinion of Judge Pettiti. La sentenza riguarda il caso del signor Kokkinakis, Testimone di Geova greco, condannato per attività di proselitismo vietato nell'ordinamento greco, svolta ai danni della signora Kyriakaki di fede Cristiana Ortodossa, approfittando "of her inexperience, her law intellect and her naïvety". Kokkinakis avrebbe ingannato la signora Kyriakaki presentandosi come portatore di "buone notizie", convincendola

specialmente da parte della Russia che li considera alla stregua di terroristi, posizione da tempo denunciata in più sedi internazionali⁶. In questi venticinque anni la Corte è stata chiamata più volte a pronunciarsi sulla conformità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (da ora CEDU) di misure interne contro i Testimoni di Geova e, facendo emergere elementi di criticità nelle garanzie che gli Stati accordano alla libertà di religione, ha contribuito a chiarire i limiti della ingerenza statale in materia di religione⁷.

a farlo entrare in casa. Kokkinakis, precedentemente arrestato più volte per lo stesso reato, ritenendo la sua condanna incompatibile con la Convenzione europea dei diritti umani si rivolge alla Corte e ottiene la condanna della Grecia. Infatti, la Corte europea, in merito alla violazione dell'art. 9 CEDU, ritiene che le corti greche abbiano stabilito la responsabilità dell'imputato "by merely reproducing the wording of section 4 [della Legge no. 1363/1938 e sue modifiche, n.d.A] and did not sufficiently specify in what way the accused had attempted to convince his neighbour by improper means. None of the facts they set out warrants that finding". Sulla sentenza *Kokkinakis*, v. TULLIO SCOVAZZI, *Libertà di religione e testimoni di Geova secondo due sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1994, 3, p. 719 ss.; NATAN LERNER, *Proselytism, change of religion, and international human rights*, in *Emory International Law Review*, 1998, p. 548; TULLIO SCOVAZZI, *L'osso duro del proselitismo*, nel vol. LAURA PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 43; LETÍCIA MACHADO HAERTEL, *Drawing the line between proper and improper proselytism: the right to attempt to convince one's neighbor in Europe*, in *Revista Direito UFMS*, 2017, p. 93. Sull'importanza della decisione nello sviluppo della giurisprudenza della Corte EDU sulla libertà religiosa vedi particolarmente MARCO DOMIANELLO (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 320 ss.

⁶ L'Unione europea ha deplorato il trattamento dei Testimoni di Geova in Russia, sottolineando come i fatti più recenti sono "une nouvelle étape dans le harcèlement et la persécution juridique dont font l'objet les Témoins de Jéhovah en Russie", v. PC.DEL/441/17/Rev.2, 5 April 2017, Déclaration de l'UE sur l'interdiction des Témoins de Jéhovah en Russie, in occasione del Consiglio permanente OSCE No. 1139 del 30 marzo 2017. V. anche OSCE, ODIHR Director Link and OSCE Chairperson's Personal Representative Gabriel concerned over Jehovah's Witness ban in Russia del 25 aprile 2017, in www.osce.org/odihhr/313561; e Helsinki Commission condemns pending legal action against Jehovah's Witnesses in Russia, 28 marzo 2017, in www.wicker.senate.gov/public/index.cfm/2017/3/helsinki-commission-condemns-pending-legal-action-against-jehovah-s-witnesses-in-russia. Per alcuni casi giunti al vaglio della Corte di Strasburgo che confermano l'atteggiamento ostile nel tempo da parte della Russia nei confronti dei Testimoni di Geova, v. CHIARA LAPI, *La difficile posizione giuridica dei Testimoni di Geova in Russia di fronte alla Corte di Strasburgo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, www.statochiese.it, giugno 2011; FEDERICO PAPINI, *I testimoni di Geova ancora discriminati. Un confronto tra giudici europei e amministratori italiani*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2013, 303 ss.

⁷ Si ricordano, tra le altre, le sentenze *Larissis and others v. Greece*, 24 febbraio 1998; *Kuznetsov and others v. Russia*, 11 aprile 2007; *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others v. Austria*, 31 ottobre 2008; *Testimoni di Geova di Mosca v. Russia*, 10 giugno 2010; *Association Les Témoins de Jéhovah c. France*, 30 giugno 2011; *Bayatyan v. Armenia*, 7 luglio 2011; *Bukharatyan v. Armenia*, 10 gennaio 2012; *Jehovas Zeugen in Osterreich v. Austria*, 25 dicembre 2012; *Avilkina and Others v. Russia*, 6 giugno 2013; *Krupko and others v. Russia*, 26 giugno 2014; *Begheluri and others v. Georgia*, 7 ottobre 2014; *Papavasilakis v. Greece*, 15 settembre 2016; *Associazione de Solidarité avec les Témoins de Jehovah et autres c. Turquie*, 17 ottobre 2016; *Genov c. Bulgarie*, 23 marzo 2013; *Tsartsidze and others v. Georgia*, 17 aprile 2017; *Ibragim Ibragimov and others v. Russia*, 28 agosto 2018. Per l'esame di tali decisioni vedi *infra*.

2. Libertà e diritti delle comunità religiose: le norme internazionali rilevanti

Il regime internazionale di protezione della libertà di religione sottende la distinzione tra la dimensione interna della libertà, ovvero il grado di adesione del singolo al credo (cosiddetto *forum internum*) e la dimensione esterna della libertà, ovvero la sua manifestazione (cosiddetto *forum externum*). E mentre la libertà relativamente al *forum internum* è assoluta, quella relativa al *forum externum* può essere, in termini generali, soggetta a limitazioni⁸.

Questa protezione è assicurata tanto da accordi di carattere universale, quale il Patto sui diritti civili e politici (da ora Patto)⁹, e regionale, quale la CEDU, la Convenzione americana dei diritti dell'uomo, la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, la Carta araba dei diritti dell'uomo¹⁰, quanto da strumenti di *soft law* che o hanno posto le basi e individuato i principi ispiratori

⁸ Secondo CLAUDIA MORVIDUCCI, *La protezione della libertà religiosa nel sistema del Consiglio d'Europa*, nel vol. SILVIO FERRARI, TULLIO SCOVAZZI (a cura di), *La tutela della libertà di religione. Ordinamento internazionale e normative confessionali*, Cedam, Padova, 1988, p. 72: “[n]on sempre è agevole [...] distinguere quanto attiene alla libertà religiosa da quanto ne costituisce la manifestazione, dovendosi ritenere da un lato che la prima non può essere circoscritta al c.d. foro interno (che di per sé non ha rilevanza giuridica negli ordinamenti statali) e presuppone quindi una propria estrinsecazione nella vita di relazione sociale, e dall'altro che tale estrinsecazione non può essere fatta coincidere con la «manifestazione», che costituisce certamente uno degli aspetti della libertà religiosa, ma non la esaurisce, a pena di privare di significato la distinzione stessa”. Si veda altresì, sul punto, JAVIER MARTINEZ TORRON, *La (non) protezione dell'identità religiosa dell'individuo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in ROBERTO MAZZOLA (a cura di), *Diritto e religione in Europa. Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, Il Mulino, Bologna, 2012, in particolare p. 57 ss. In generale sulla libertà di religione nella CEDU, tra gli altri, cfr. J.A. FROWEIN, *Article 9 § 1*, nel vol. LOUIS-EDMOND PETITTTI, EMMANUEL DECUAX, PIERRE-HENRIE IMBERT (sous la direction), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Cedin, Paris, 1999, p. 353 ss.; VINCENT COUSSIRAT- COUSTERE, *Article 9 § 2*, nel vol. *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, cit., p. 361 ss.; SERGIO LARICIA, *Art. 9. Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*, in SERGIO BARTOLE, BENEDETTO CONFORTI, GUIDO RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, p. 319 ss.; MARCO PERTILE, *Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*, nel vol. *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, cit., p. 409 ss.; ALASTAIR MOWBRAY, *Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 598 ss.; ANDREA GUAZZAROTTI, *Artt. 9; 11*, nel vol. SERGIO BARTOLE, PASQUALE DE SENA, VLADIMIRO ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2012, p. 9 ss.; JACOBOS, WHITE & OVEY, *The European Convention on Human Rights*, edited by BERBARDETTE RAINAY, ELIZABETH WICKS, CLARE OVEY, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 411 ss.; M. CHRISTIAN GREEN, JOHN WITTE Jr, *Religion*, nel vol. DINAH SHELTON (eds), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 9 ss.

⁹ Sul punto, cfr. SILVIA ANGELETTI, *Libertà religiosa e Patto Internazionale sui diritti civili e politici. La prassi del Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite*, Giappichelli, Torino, 2008.

¹⁰ Nei sistemi regionali diversi dalla CEDU, specificamente esaminata in questo contributo, la libertà di religione, pur con una diversa gradazione, è prevista nella Convenzione americana sui diritti dell'uomo, del 1969, all'art. 12; nella Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1981, all'art. 8; nella Carta araba dei diritti dell'uomo, nella versione emendata del 2004, all'art. 30.

delle norme pattizie o vanno a precisare i termini della libertà enunciata in esse.

Insieme alla libertà di pensiero e di coscienza, la libertà di religione era stata già affermata nella Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, il cui art. 18 è alla base della disposizione contenuta nell'art. 18 del Patto e nell'art. 9 della CEDU, che rappresentano, nel contesto universale e in quello regionale europeo, i riferimenti normativi essenziali in materia. Appare pertanto utile soffermarsi brevemente sui rispettivi contenuti, valorizzandone la portata garantistica in ordine all'esercizio dei diritti implicati dalle attività di proselitismo.

In questa direzione, va anzitutto segnalato che il comune denominatore di dette disposizioni è dato dall'oggetto della protezione che non è la religione professata ma la persona cui va garantito il diritto di professare liberamente la propria religione¹¹. Va poi osservato che né il Patto né la CEDU forniscono una nozione specifica di religione che consenta di determinare con precisione il contenuto dei diritti connessi alla libertà religiosa¹², rinviando pertanto al significato ordinario del termine che essenzialmente sottende il rapporto dell'uomo con il sacro¹³. A colmare almeno in parte le incertezze che ne derivano sono intervenuti gli organi di controllo istituiti nell'ambito dei rispettivi sistemi di protezione, ossia il Comitato dei diritti umani, la Commissione e la Corte europea dei diritti umani. Nel Commento generale del Comitato all'art. 18 del Patto e nelle pronunce della Commissione e della Corte sull'art. 9 della CEDU si ritrovano elementi utili per precisare la portata della protezione accordata da tali disposizioni, ovvero che essa si estende a *theistic, non-theistic and atheistic beliefs* e che va garantito anche *the right not to profess any religion or belief*¹⁴; che la libertà enunciata *entails, inter alia, freedom to hold or not to hold re-*

¹¹ L'art. 18 della Dichiarazione universale recita: "Ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare di religione o di credo, e la libertà di manifestare, isolatamente o in comune, e sia in pubblico che in privato, la propria religione o il proprio credo nell'insegnamento, nelle pratiche, nel culto e nell'osservanza dei riti". L'art. 18.1 del Patto recita: "Ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione. Tale diritto include la libertà di avere o di adottare una religione o un credo di sua scelta, nonché la libertà di manifestare, individualmente o in comune con gli altri, e sia in pubblico sia in privato, la propria religione o il proprio credo nel culto e nell'osservanza dei riti, nelle pratiche e nell'insegnamento". L'art. 9.1 della CEDU recita: "Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto importa la libertà di cambiare di religione o credo e la libertà di manifestare la propria religione o credo individualmente o collettivamente, sia in pubblico che in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza di riti".

¹² Si veda ad esempio JAVIER MARTINEZ TORRON, *La (non) protezione*, cit., In realtà, questa criticità di fondo assume una valenza ben più ampia e generale: v. i contributi confluiti in AA. VV., *The Meaning of 'Religion' in Multicultural Societies Law*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, www.statoe_chiese.it, novembre 2017.

¹³ V. OSCE ODIHR, *Guidelines for Review of Legislation Pertaining to Religion or Belief*, 2004, par. 2.

¹⁴ V. UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, *General Comment No. 22 on the right to freedom of thought, conscience and religion (Art. 18)*, 30 luglio 1993, par. 2.

*ligious beliefs and to practise or not to practise a religion*¹⁵, significando che va garantita la “libertà religiosa” e anche la “libertà dalla religione”¹⁶. Altresì, il diritto alla libertà di religione non si applica soltanto *to traditional religions or to religions and beliefs with institutional characteristics or practices analogous to those of traditional religions* ma anche alle religioni minoritarie¹⁷.

Sebbene la matrice comune renda le disposizioni in oggetto equiparabili, va segnalata una non piena coincidenza tra le stesse quanto alla previsione relativa al diritto dell’individuo di cambiare religione. Il punto non è secondario, dal momento che vi è un significativo collegamento tra questo diritto e l’attività di proselitismo, che deriva a sua volta dal fatto che un corretto esercizio dello diritto stesso è condizionato dalla conoscenza di culti diversi dal proprio e che questa conoscenza può ampliarsi proprio grazie alla trasmissione dei vari contenuti di fede che altri possono porre in essere nell’intento di cercare proseliti. Allo stesso tempo, però, proprio per garantire che le decisioni relative alle personali credenze di fede siano libere da indebiti condizionamenti occorre assicurarsi che l’attività di trasmissione dei vari messaggi fideistici e la richiesta di adesione ad essi avvengano correttamente e si mantengano entro i limiti della liceità.

Come ha affermato la Corte fin dal suo esordio in tema di proselitismo con il caso *Kokkinakis*, la libertà di cambiare religione sarebbe *a dead letter* se la libertà di manifestare la religione non includesse *the right to try convince one’s neighbour*¹⁸. Mentre il diritto di cambiare religione è espressamente previsto nell’art. 9 CEDU¹⁹, lo stesso non può dirsi riguardo al Patto a causa della diver-

¹⁵ V. ECHR, sentenza 18 febbraio 1999, *Buscarini and others v. San Marino*, par. 34; sentenza 13 dicembre 2001, *Metropolitan Church of Bessarabia and others v. Moldova*, par. 114. Per una ricostruzione della prassi della Commissione e della Corte europea in tema cfr. FEDERICO CASOLARI (*L’azione dell’Unione europea contro le discriminazioni basate sulla religione: l’impatto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2012, p. 493) secondo cui tale prassi “consente di ricostruire un approccio di tipo pragmatico nei confronti del concetto di ‘religione’ che, almeno potenzialmente, risulta idoneo a garantire una tutela particolarmente estesa alla corrispondente libertà”.

¹⁶ Così NICOLA RIVA, *Laicità*, cit., p. 278.

¹⁷ V. *General Comment No. 22*, cit, par. 2.

¹⁸ V. sentenza *Kokkinakis*, cit., par. 31. Considerare il proselitismo inerente alla libertà di religione trova conferma, oltre che nella giurisprudenza successiva della stessa Corte (v. sentenza 26 giugno 2014, *Krupko and others v. Russia*, par. 11), anche nella Risoluzione Assemblea generale A/51/542/Add.1, 7 novembre 1996, par. 12 che contiene il rapporto del Relatore speciale relativo alla visita in Grecia per verificare lo stato della eliminazione di ogni forma di intolleranza religiosa. Sul punto v. anche TAD STAHNKE, *Proselytism and Freedom to Change Religion in International Human Rights Law*, in *Brigham Young University Law Review*, 1999, p. 285.

¹⁹ Il diritto di cambiare religione è previsto a chiare lettere anche nell’art. 18 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948, diversamente dalla Dichiarazione sulla eliminazione di tutte le forme di intolleranza e discriminazione basata sulla religione e il credo adottata nel 1981 (Assemblea generale Res. 36/55 del 25 novembre 1981). Sulle due Dichiarazioni v. FAUSTO POCAR, *La libertà di*

genza di opinioni emersa durante i lavori preparatori²⁰, superata con la soluzione di compromesso cui si è giunti nel Patto che prevede oltre alla libertà “di avere” anche la libertà di “adottare” una religione²¹, e quindi il diritto di cambiare religione. Tale è l’interpretazione fornita dal Comitato dei diritti umani²² e confermata dai diversi Relatori speciali sulla libertà di religione²³ nonché dalla Commissione prima e dal Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite poi²⁴. Va notato che per rafforzare la libertà “di avere e adottare” una religione di propria scelta l’art. 18 al par. 2 vieta il ricorso alla coercizione nella forma *of threat of physical force or penal sanctions to compel believers or non-believers to adhere to their religious beliefs and congregations, to recant their religion or belief or to convert*²⁵. Di un divieto analogo non vi è invece traccia nell’art. 9 CEDU.

religione nel sistema delle Nazioni Unite, nel vol. *La tutela della libertà di religione. Ordinamento internazionale e normative confessionali*, cit., p. 27 ss.

²⁰ Come emerge dai lavori preparatori, la previsione della libertà di cambiare la propria religione era contenuta nelle prime versioni dell’art. 18 (all’epoca art. 16), v. E/CN.4/82/Rev.1 del 22 aprile 1948, E/CN.4/82/Add.1 del 16 aprile 1948; ma contro tale previsione “it was argued that the right to change one’s religion was already implicit in the concept of ‘freedom of religion’ and therefore need not be mentioned specifically. It was also argued that the covenant should not lend its support to any religious body in its proselytising or missionary enterprise, nor should it be instrumental in creating any doubt in the mind of any believer of the truth of his belief. Furthermore, a provision in the covenant on the right to change one’s religion, it was contended, would create uncertainty and difficulty for those States whose constitutions or basic laws were religious in origin or in character”, v. General Assembly, Tenth Session, Document A/2929 del 1 luglio 1955, *Annotation on the text of the draft International Covenants on Human Rights*, par. 108; A DH(56)14 del 16 Agosto 1956, par. 108.

²¹ Cfr. *supra* nota 11. Secondo CLAUDIA MORVIDUCCI (*op. cit.*, p. 42) “[l]a dottrina si è comunque in genere pronunciata nel senso della sostanziale coincidenza tra i due diritti [ndA, diritto di adottare un credo e diritto di cambiare un credo]”.

²² V. *General Comment No. 22*, cit., par. 5. Il Comitato dei diritti umani ha ribadito il concetto anche nel suo commento generale all’art. 3, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, 29 March 2000, *General Comment No. 28: Equality of rights between men and women*, par. 21.

²³ V. E/CN.4/1997/91, 30 December 1996, Report submitted by Mr. Abdelfattah Amor, Special Rapporteur, in accordance with Commission on Human Rights resolution 1996/23, par. 70-80; E/CN.4/2002/73, 14 March 2002, Report submitted by Mr. Abdelfattah Amor, Special Rapporteur on freedom of religion or belief, in accordance with Commission on Human Rights resolution 2000/33, par. 24; E/CN.4/2004/63, 16 January 2004, Report submitted by Mr. Abdelfattah Amor, Special Rapporteur on freedom of religion or belief, par. 115 lett. c); E/CN.4/2006/59 January 2006, Report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief, Asma Jahangir, par. 12; A/HRC/22/51, 24 December 2012, Report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief, Heiner Bielefeldt, par. 23; A/HRC/31/8, 23 December 2015, Report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief, par. 20; A/HRC/34/50, 17 January 2017, Report of the Special Rapporteur on freedom of religion and belief, par. 27.

²⁴ V. Commission on Human Rights, Resolution 2005/40, E/CN.4/RES/2005/40, *Elimination of all forms of intolerance and of discrimination based on religion or belief*, par 4 lett. a); Human Rights Council, UN Doc. A/HRC/22/L.9, 18 March 2013, *Freedom of religion or belief*, parr. 1, 8 lett. a).

²⁵ V. *General Comment No. 22*, cit., par. 5. Il Comitato dei diritti umani in merito precisa che “[p]olicies or practices having the same intention or effect, such as, for example, those restricting access to edu-

Approccio sostanzialmente convergente è stato adottato dal Patto e dalla CEDU nella disciplina della dimensione esterna della libertà di religione, ovvero la libertà di manifestare la propria religione, anche se non mancano elementi distintivi che meritano attenzione. L'art. 18 del Patto e l'art. 9 della CEDU forniscono un elenco tassativo dei casi in cui la libertà può essere limitata²⁶ indicando, secondo lo schema classico dei regimi derogatori, le condizioni da soddisfare perché le misure restrittive siano legittime²⁷; e per entrambe le disposizioni lo scopo delle misure, stabilite per legge, è legittimo se diretto a garantire la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico²⁸, la salute e la morale pubblica, nonché i diritti e le libertà degli altri.

Il Patto e la CEDU hanno scelto, però, strade diverse quando si è trattato di precisare il carattere necessario delle limitazioni consentite e la natura dei diritti altrui da proteggere. Così, mentre la CEDU specifica che la necessità della misura limitativa va riferita al contesto di “una società democratica”, il Patto specifica che gli altrui diritti e libertà in nome dei quali si invoca la deroga sono quelli fondamentali²⁹.

cation, medical care, employment or the rights guaranteed by article 25 and other provisions of the Covenant, are similarly inconsistent with article 18.2.”

²⁶ L'art. 18.2 del Patto così recita: “La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo può essere sottoposta unicamente alle restrizioni previste dalla legge e che siano necessarie per la tutela della sicurezza pubblica, dell'ordine pubblico e della sanità pubblica, della morale pubblica o degli altrui diritti e libertà fondamentali”; l'art. 9.2 della CEDU così recita: “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 pubblico, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui”.

²⁷ Diversamente dalla CEDU, il Patto sottrae la libertà di religione dalla applicazione del regime generale di deroga degli obblighi convenzionali in caso di pericolo pubblico eccezionale *ex art. 4*, determinando una questione di coerenza con il dettato dell'art. 18, par. 3. Sulla interazione dell'art. 4.2 in materia di deroghe e l'art. 18.3 in materia di restrizioni all'esercizio del diritto alla libertà di religione cfr. SILVIA ANGIOI, *La libertà di religione in Indonesia e il problema dell'adattamento alle norme internazionali*, in *Diritto e Religioni*, 2014, p. 344.

²⁸ Il limite dell'ordine pubblico ha suscitato un ampio dibattito in sede di lavori preparatori a causa del diverso significato che l'espressione assume in lingua inglese rispetto alla lingua francese. Come si legge nei lavori preparatori (General Assembly, Document A/2929 del 1 luglio 1955, cit., par. 113), “[i]n civil law countries ‘l'ordre public’ is a legal concept used principally as a basis for negating or restricting private agreements, the exercise of police power or the application of foreign law. In common law countries the expression “public order” is not a recognized legal concept and is ordinarily used to mean the absence of public disorder. The common law counterpart of ‘l'ordre public’ is ‘public policy’ rather than ‘public order’. The use of the expression ‘public order’ in the limitations clause would create uncertainty and might constitute a basis for far-reaching derogations from the rights guaranteed”. Ciò nonostante, la versione finale della disposizione ha ignorato la questione e l'espressione “public order” vi compare.

²⁹ Cfr. *supra* nota 26.

3. Tutela della dimensione collettiva della libertà religiosa e politiche di securitization

Se il *forum internum* della libertà di religione è posto al riparo dai rischi del processo di *securitization* delle politiche nazionali in virtù del carattere assoluto che lo contraddistingue, sottraendolo a qualunque misura restrittiva, il *forum externum* rappresenta un obiettivo piuttosto sensibile e va difeso da misure che, in nome della sicurezza o di altre emergenze, travalicano i limiti posti dal regime di protezione internazionale alle misure derogatorie. E vale notare il rilievo della dimensione collettiva della libertà di religione nella misura in cui la manifestazione della libertà realizza appieno il godimento del diritto a tale libertà che, confinato alla sola sfera individuale, sarebbe monco rimanendo estraneo ai rapporti orizzontali con gli altri individui e ai rapporti verticali con lo Stato. Si può dire che proprio attraverso la manifestazione, quindi nella sua dimensione collettiva, la libertà di religione acquista concretezza³⁰.

La dimensione collettiva della libertà religiosa si esprime attraverso forme aggregative varie e multiformi. Vi appartiene, in particolare, la possibilità di dare vita a strutture organizzate, rientrando in tale dimensione la libertà delle persone accomunate da una fede religiosa *to organize themselves and structure their corporate life according to their own [...] religious precepts*³¹. Queste strutture, denominate negli ordinamenti statali in modo variegato come “culti”, “associazioni”, “organizzazioni”, “comunità religiose”, “confessioni”³², entrano in collegamento con lo Stato nel cui territorio operano anche, ma non esclusivamente, attraverso il riconoscimento da parte dello stesso, e una volta riconosciute acquisiscono diritti e prerogative *ad hoc*. Prescindendo dalle dimensioni e dalle caratteristiche strutturali, tutte le aggregazioni religiose sono parimenti espressione di libertà religiosa ed in quanto tali legittimate, in linea di principio, a godere degli stessi spazi di libertà.

Accade tuttavia che, pur godendo della libertà di religione prevista dalle norme internazionali – nonché, in maniera più o meno esplicita a seconda dei casi, nelle singole Carte costituzionali – negli ordinamenti nazionali il riconoscimento formale di personalità giuridica può talora condizionare l'accesso da parte

³⁰ Secondo l'OSCE (*Guidelines on Freedom of Association*, 2015, punto 23) l'esercizio effettivo del diritto assicura “that the enjoyment of this right is practical and effective rather than illusory”.

³¹ Cfr. LASIA BLOSS, *European Law of Religion – organizational and institutional analysis of national systems and their implications for the future European Integration Process*, in <https://jeanmonnetprogram.org/archive/papers/03/031301.rtf>, p. 17.

³² Cfr. W. COLE DURHAM JR, *Legal status of religious organizations: a Comparative overview*, in *The Review of Faith & International Affairs*, 2010, p. 6 ss.; v. anche OSCE ODIHR, *Guidelines on the Legal Personality of Religious or Belief Communities*, 2014, *passim*.

delle organizzazioni religiose a benefici utili all'esercizio effettivo della libertà.

Con queste premesse, resta però vero che la richiesta di riconoscimento rappresenta una scelta puramente discrezionale dell'organizzazione religiosa al fine di vedersi attribuire personalità giuridica³³.

Invero, tale scelta è collegata e condizionata da motivazioni di ordine pratico – quali ad esempio l'accesso ai servizi bancari, l'accesso alle garanzie giurisdizionali, l'esigenza di predisporre un luogo di culto, di ricevere finanziamenti, di osservare i giorni di riposo e celebrare le vacanze secondo i precetti³⁴ – che incidono in modo significativo sulle modalità di manifestazione della propria religione. Sarebbe difficile, se non impossibile, per le organizzazioni religiose praticare il culto³⁵, osservare i riti³⁶, insegnare la propria religione³⁷, in mancanza del riconoscimento, che rende invece possibile esercitare attività di tipo temporale allo scopo di raggiungere gli obiettivi spirituali.

Naturalmente, questa osservazione va calibrata sulle specificità delle real-

³³ V. *Guidelines* 2004, cit., par. 16 e *Guidelines* 2014, cit., parr. 10, 17, 21. V. anche UN Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief*, 22 December 2011, A/HRC/19/60, par. 58.

³⁴ Cfr. W. COLE DURHAM JR., *Recognizing Religion in Law*, in *The Review of Faith & International Affairs*, 2007, p. 28.

³⁵ V. *Guidelines* 2014, cit., par. 13, secondo cui: "The freedom to worship includes, but is not limited to, the freedom to assemble in connection with a religion or belief and the freedom of communities to perform ritual and ceremonial acts giving direct expression to their religion or belief, as well as various practices integral to these freedoms, including the building and maintenance of freely accessible places of worship, the use of ritual formulae and objects and the display of symbols".

³⁶ V. *Guidelines* 2014, cit., par. 14 secondo cui: "The freedom to observe and practise includes, but is not limited to, ceremonial acts, but also such customs as the observance of dietary regulations, the wearing of distinctive clothing or head coverings, participation in rituals associated with certain stages of life and the use of a particular language customarily spoken by a group in practising their religion, as well as the freedom to establish and maintain appropriate charitable or humanitarian institutions and the observance of holidays and days of rest".

³⁷ V. *Guidelines* 2014, cit., par. 15, secondo cui: "The freedom to practise and teach religion or belief includes, but is not limited to, acts integral to the conduct by religious groups of their basic affairs, such as the right to organize themselves according to their own hierarchical and institutional structures and the right to select, appoint and replace their personnel in accordance with their respective requirements and standards, as well as with any freely accepted arrangement between them and their state; the freedom to establish seminaries or religious schools; the freedom to train religious personnel in appropriate institutions; the right to make, acquire and use to an adequate extent the necessary articles and materials related to the rites or customs of a religion or belief; the right of religious communities, institutions and organizations to produce, import and disseminate religious publications and materials; the right of each individual to give and receive religious education in the language of their choice, whether individually or in association with others, in places suitable for these purposes, including the liberty of parents to ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions; the right to solicit and receive voluntary financial and other contributions from individuals and institutions; and the freedom to establish and maintain communications with individuals and communities in matters of religion and belief at the national and international levels, including through travel, pilgrimages and participation in assemblies and other religious events.".

tà nazionali ma se esula dall'economia del presente lavoro soffermarsi sulle scelte normative compiute dagli Stati in materia³⁸, interessa qui verificare le indicazioni provenienti dalle norme internazionali rilevanti, finalizzate a raggiungere un equilibrio tra esigenze di libertà delle organizzazioni religiose ed esigenze di controllo degli Stati nel contesto del variegato rapporto Stato-religione evitando che il riconoscimento più che per facilitare sia usato per limitare la libertà di religione.

L'equilibrio in questione è davvero difficile da conseguire, come emerge riflettendo sul fatto che mentre il ricorso al riconoscimento, come detto, condiziona significativamente l'esercizio dei diritti connessi agli strumenti internazionali richiamati, il meccanismo di riconoscimento è già di per sé indicativo di una limitazione della libertà religiosa, dal momento che esso non sembra idoneo a rispondere alla varietà del fenomeno religioso associativo, appena sopra ricordata, che rischia di venire forzata entro le griglie prestabilite dall'autorità amministrativa. Si aggiunga che, in questo contesto, il riconoscimento può divenire un vero e proprio strumento di controllo delle organizzazioni religiose, tanto da spingerle, talvolta, a non richiederlo.

Né il Patto né la CEDU si occupano espressamente di organizzazioni religiose e del loro riconoscimento. Può tuttavia dirsi che le disposizioni, prima esaminate, sulla libertà di religione, insieme alle norme sul diritto di associazione, parimenti ivi tutelato³⁹, costituiscano indicazioni di rilievo per la

³⁸ Sui regimi nazionali del rapporto Stato-Chiesa in Europa v. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide sur l'article 9. Liberté de pensée, de conscience et de religion*, 2015, p. 41 s. che riconduce tali regimi a tre categorie, ovvero "a) l'existence d'une Église d'État, b) une séparation totale entre l'État et les organisations religieuses, et c) des relations de type concordataire (ce dernier modèle prévalant dans la majorité des pays européens)". Per una panoramica sulle normative nazionali in materia di riconoscimento in Europa v. COLE DURHAM, *Freedom of Religion or Belief: Laws Affecting the Structuring of Religious Communities*, ODIHR Background Paper, 1999, pp. 12 e 24 ss.; MIRAN LAVRIČ, SERGEJ FLERE (*Divergent Trends in Legal Recognition of Religious Entities in Europe: the Cases of Slovenia and Hungary*, in *Politics and Religion* (8), 2015, p. 289 ss.) che fanno risalire la varietà della disciplina statale in materia di riconoscimento a tre fattori: "(1) the historical and cultural backgrounds of the particular countries; (2) the way they confront contemporary tides of globalization including the imminent pluralization of the religious scene; as well as (3) how much and to what extent they are based on rule of law".

³⁹ V. art. 22 del Patto: "1. Ogni individuo ha diritto alla libertà di associazione. che include il diritto di costituire dei sindacati e di aderirvi per la tutela dei propri interessi. 2. L'esercizio di tale diritto non può formare oggetto di restrizioni, tranne quelle stabilite dalla legge e che siano necessarie in una società democratica, nell'interesse della sicurezza nazionale, della sicurezza pubblica, dell'ordine pubblico, o per tutelare la sanità e la morale pubbliche o gli altrui diritti e libertà."; art. 11 CEDU: "1. Ogni persona ha diritto alla libertà di riunione pacifica e alla libertà d'associazione, ivi compreso il diritto di partecipare alla costituzione di sindacati e di aderire a essi per la difesa dei propri interessi. 2. L'esercizio di questi diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute

loro disciplina, anche se in realtà l'incidenza dei diritti nazionali al riguardo è decisiva, sicché la base giuridica della condizione effettiva di questi gruppi va piuttosto ricercata nel diritto interno. Invero, l'attuazione della libertà di religione implica una certa valorizzazione dell'elemento associativo o dell'organizzazione delle comunità religiose nella misura in cui esse sono un mezzo per realizzare la dimensione collettiva della libertà di religione ma anche per rafforzare la dimensione individuale della stessa, che, in assenza di una comunità organizzata o comunque nella privazione della sua proiezione collettiva, rischia di divenire vulnerabile⁴⁰. L'ampia formulazione della libertà di associazione nel Patto e nella CEDU ne consente l'applicazione anche alle organizzazioni religiose, che al pari di altre associazioni raggruppano, su base volontaria, persone con interessi, attività o scopi comuni, tanto è vero che nella giurisprudenza CEDU è spesso richiamata la necessità di leggere il diritto alla libertà di religione alla luce del diritto alla libertà di associazione⁴¹. Ne consegue la necessità di tutelare la proiezione collettiva della libertà religiosa

o della morale e alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.”

⁴⁰ Sulla vulnerabilità della libertà religiosa individuale cfr. ECHR, sentenza 26 ottobre 2000, *Hasan and Chaush v. Bulgaria*, par. 62; sentenza 7 ottobre 2014, *Case of Begheluri and others v. Georgia*, par. 159.

⁴¹ V. ECHR, sentenza 23 marzo 2017, *Genov c. Bulgaria*, par. 34 (“Les communautés religieuses existant traditionnellement sous la forme de structures organisées, lorsque l’organisation de l’une d’entre elles est en cause, l’article 9 doit s’interpréter à la lumière de l’article 11 de la Convention”); sentenza *Begheluri*, cit., par. 159, (“Where the organisation of the religious community is at issue, Article 9 of the Convention must be interpreted in the light of Article 11, which safeguards associative life against unjustified State interference”); sentenza 10 giugno 2010, *Testimoni di Geova di Mosca v. Russia*, par. 99 (“Essendo le comunità religiose tradizionalmente strutture organizzate, l’Articolo 9 va interpretato alla luce dell’Articolo 11 della Convenzione”) e 161 (“Since religious communities traditionally exist in the form of organised structures, Article 9 must be interpreted in the light of Article 11 of the Convention”); sentenza 31 ottobre 2008, *Religiionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others v. Austria*, par. 61, (“Since religious communities traditionally exist in the form of organised structures, Article 9 must be interpreted in the light of Article 11 of the Convention”); sentenza *Hasan e Chaush*, cit., par. 62 (“Where the organisation of the religious community is at issue, Article 9 of the Convention must be interpreted in the light of Article 11, which safeguards associative life against unjustified State interference. Seen in this perspective, the believers’ right to freedom of religion encompasses the expectation that the community will be allowed to function peacefully, free from arbitrary State intervention.”); sentenza *Metropolitan Church of Bessarabia*, cit., par. 118 (“Moreover, since religious communities traditionally exist in the form of organised structures, Article 9 must be interpreted in the light of Article 11 of the Convention, which safeguards associative life against unjustified State interference. Seen in that perspective, the right of believers to freedom of religion, which includes the right to manifest one’s religion in community with others, encompasses the expectation that believers will be allowed to associate freely, without arbitrary State intervention”). V. anche COMMISSIONE DI VENEZIA, *Opinion on the compatibility with human rights standards of the legislation on non-governmental organizations of the Republic of Azerbaijan*, 14-15 October 2011, para. 84 (“The right to freedom of association is intertwined with the right to freedom of thought, conscience, religion, opinion and expression. It is impossible to defend individual rights if citizens are unable to organize around common needs and interests and speak up for them publicly.”). Nella stessa direzione, v. *Guidelines* 2014, cit., par. 19; *Guidelines* 2015, cit., par. 7e 38.

in tutte le sue possibili forme di manifestazione, più o meno organizzate e istituzionalizzate, ivi compresa la dimensione meramente associativa⁴².

I tratti del diritto al riconoscimento delle organizzazioni religiose possono essere ricavati, oltre che in sede interpretativa delle sopracitate disposizioni, dalle regole di comportamento elaborate in sede OSCE che, sulla base del diritto alla libertà di religione affermato nell'Atto finale di Helsinki in termini analoghi al Patto e alla CEDU⁴³ e specificato in Commitments successivi⁴⁴, sono contenute nelle *Guidelines* sulla legislazione in materia di religione⁴⁵ e sulla personalità giuridica delle comunità religiose⁴⁶, nonché nelle *Guidelines* sulla libertà di associazione⁴⁷ che espressamente riguardano anche le associazioni di carattere religioso⁴⁸.

Il filo conduttore che attraversa i vari strumenti in materia è rinvenibile nell'esigenza che *access to legal personality for religious or belief communities should be quick, transparent, fair, inclusive and non-discriminatory*, quale espressa già dal Relatore speciale ONU sulla libertà di religione⁴⁹ e ripresa

⁴² L'operazione non è così semplice come può apparire a prima vista, dal momento che tradurre sul piano dei rapporti associativi la specificità della libertà religiosa può portare a dover ricalibrare le previsioni normative relative al rispetto di diritti altrimenti inviolabili, quali quelli collegati al principio di democraticità e alla condizione della donna.

⁴³ V. Atto finale di Helsinki del 1975, principio VII intitolato "Respect for Human Rights and Fundamental Freedoms, Including the Freedom of Thought, Conscience, Religion or Belief" che recita: "The participating States will respect human rights and fundamental freedoms, including the freedom of thought, conscience, religion or belief, for all without distinction as to race, sex, language or religion. [...] Within this framework the participating States will recognize respect the freedom of the individual to profess and practice, alone or in community with others, religion or belief acting in accordance with the dictates of his own conscience".

⁴⁴ In particolare, *Concluding Document of the Vienna Meeting of Representatives of the Participating States of the Conference on Security and Co-operation in Europe* (1989) che al Principio XVI prevede: "In order to ensure the freedom of the individual to profess and practise religion or belief, the participating States will, inter alia, 1) – take effective measures to prevent and eliminate discrimination against individuals or communities on the grounds of religion or belief in the recognition, exercise and enjoyment of human rights and fundamental freedoms in all fields of civil, political, economic, social and cultural life, and to ensure the effective equality between believers and non-believers".

⁴⁵ V. *Guidelines* 2004, cit.

⁴⁶ V. *Guidelines* 2014, cit.

⁴⁷ V. *Guidelines* 2015, cit.

⁴⁸ V. punto 55 *Guidelines* 2015, cit., secondo cui: "Religious organizations serve as a conduit for exercising the fundamental right to freedom of religion or belief. The 2004 OSCE/ODIHR and Venice Commission Guidelines for Review of Legislation Pertaining to Religion or Belief state that special legislation relating to religious organizations may not be necessary, and that laws applicable to other associations can also be applied to religious organizations".

⁴⁹ V. UN Human Rights Council, Report submitted by Asma Jahangir, Special Rapporteur on freedom of religion or belief, E/CN.4/2005/61 20 December 2004, punto 56, secondo cui "The Special Rapporteur has noted in this regard, on the basis of information brought before her, that registration appeared often to be used as a means to limit the right of freedom of religion or belief of members of

nelle *Guidelines* OSCE⁵⁰. Pertanto, nel determinare le modalità e le procedure per il riconoscimento gli Stati sono chiamati, innanzitutto, ad evitare eccessivi e non necessari oneri burocratici, a garantire tempi ragionevoli per l'esito della procedura⁵¹ e a non limitare la possibilità di ottenere la personalità giuridica alle comunità religiose tradizionali o di "recognized religion"⁵². Va distinto dal procedimento di acquisizione della personalità giuridica l'attribuzione di *status* speciali per i quali è possibile prevedere requisiti aggiuntivi⁵³.

Non sarebbe quindi in linea con siffatte indicazioni prevedere, tra i requisiti per l'accesso al riconoscimento, un numero minimo eccessivo di componenti, una lunga permanenza della comunità nel territorio statale, la nazionalità dei membri fondatori, nonché condizionare il riconoscimento all'approvazione o al parere favorevole di altre organizzazioni religiose già presenti sul territo-

certain religious communities"; punto 58, secondo cui "[...] registration procedures should be easy and quick and not depend on extensive formal requirements in terms of the number of members or the time a particular religious group has existed". V. anche Report on the Special Rapporteur on freedom of religion or belief, 22 December 2011, A/HRC/19/60, par. 54 "[...] it follows that any procedures for the registration of religious or belief communities as legal persons should be quick, transparent, fair, inclusive and nondiscriminatory".

⁵⁰ V. *Guidelines* 2014, punto 24 secondo cui "[c]onsidering that a wide variety of legal acts may be performed only by actors recognized as legal persons, access to legal personality for religious or belief communities should be quick, transparent, fair, inclusive and non-discriminatory"; *Guidelines* 2015, punto 49 secondo cui "[w]here an association wishes to register to acquire legal personality, procedures for doing so should not be burdensome, but should be simple and swift to facilitate the process".

⁵¹ Il dovere degli Stati di garantire tempi ragionevoli nel procedimento di riconoscimento delle organizzazioni religiose è posto già dalla Corte in sentenza 26 settembre 1996, *Manoussakis e altri c. Grecia*, par. 45 e sentenza *Religionsgemeinschaft*, cit., par. 79 e 98. Il medesimo dovere è ripreso in UN Human Rights Council, Report on the Special Rapporteur A/HRC/19/60, cit., par. 55 ("Members of religious or belief communities interested in obtaining such a status should not be confronted with unnecessary bureaucratic burdens or with lengthy or even unpredictable waiting periods"); *Guidelines* 2004, cit., section II (F) 1 ("It is not appropriate to require lengthy existence in the State before registration is permitted; [o]ther excessively burdensome constraints or time delays prior to obtaining legal personality should be questioned"); *Guidelines* 2015, cit., punti 151 ("[...]so long as the process involves requirements that are sufficiently relevant, are not unnecessarily burdensome and do not frustrate the exercise of the right to freedom of association."); 156 ("Legislation should make the process of notification or registration as simple as possible and, in any case, not more cumbersome than the process created for other entities"); 157 ("The state should generally not require the submission of unnecessary documents, such as lists of members, lease, fiscal records of founders and other irrelevant documentation"); EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide sur l'article 9 CEDU*, cit., punto 128 ("Le temps d'attente pendant lequel les autorités examinent une demande de reconnaissance ou d'enregistrement et procèdent à ce contrôle doit être raisonnablement court").

⁵² V. *Guidelines* 2014, cit., punto 26 ("The process of obtaining legal personality status should be open to as many communities as possible, without excluding any community on the grounds that it is not a traditional or recognized religion or through excessively narrow interpretations or definitions of religion or belief.")

⁵³ V. *Guidelines* 2015, cit., punto 157 ultima parte.

rio⁵⁴. È infatti evidente il carattere sostanzialmente discriminatorio di scelte normative in tal senso a favore di un numero ristretto di comunità religiose organizzate e a svantaggio soprattutto delle comunità di nuova formazione sia in senso assoluto sia in riferimento alla loro recente formazione nel territorio statale interessato⁵⁵.

Rientrando l'organizzazione religiosa nella dimensione collettiva della libertà di religione, il rifiuto del riconoscimento è legittimo se, come previsto dal Patto e dalla CEDU, è necessario per salvaguardare l'interesse pubblico, ossia la sicurezza, l'ordine, la salute e la morale, e per proteggere i diritti altrui⁵⁶, nonché per salvaguardare la sicurezza nazionale⁵⁷.

Occorre tuttavia che i parametri di legittimità suindicati abbiano una consistenza tale da impedire interpretazioni fuorvianti ed ingiustificatamente penalizzanti per l'esercizio della libertà religiosa.

Al riguardo, secondo le Guidelines OSCE il rifiuto – considerato dalla Corte una vera e propria ingerenza nei diritti delle organizzazioni religiose⁵⁸ – deve essere previsto da norme specifiche e dettagliate⁵⁹ poiché esso, come anche la revoca del riconoscimento, è una misura di *extrema ratio* da adottare dopo *a range of various lighter sanctions such as a warning, a fine or withdrawal of tax benefits*⁶⁰, come viene affermato anche nella giurisprudenza CEDU⁶¹. Siffatte precauzioni servono a limitare la discrezionalità statale in confini ben precisi dove la possibilità di influire sul funzionamento nelle organizzazioni religiose va bilanciata con il diritto delle stesse ad essere riconosciute e dunque

⁵⁴ V. sentenza *Manoussakis*, cit., par. 51; sentenza *Metropolitan Church of Bessarabia*, cit., par. 117; *Guidelines* 2014, cit., punti 27-30; *Guidelines* 2004, cit., Sec. II(F)1.

⁵⁵ V. sentenza 1 marzo 2010, *Kimlya and others v. Russia*, parr. 88 e 89.

⁵⁶ V. art 18.2 Patto e art. 9.2 CEDU, cit. *supra* in nota 26.

⁵⁷ V. art. 22 Patto e art. 11 CEDU, cit. *supra* in nota 39. Sulle condizioni da soddisfare per la corretta applicazione delle disposizioni citate si rinvia al prosieguo della trattazione.

⁵⁸ Sentenza *Genov*, cit., parr. 35 e 38; sentenza 30 giugno 2011, *Associazione Testimoni di Geova c. Francia*, par. 51; sentenza *Testimoni di Geova di Mosca*, cit., parr. 101, 159, 170, 172; sentenza *Religionsgemeinschaft*, cit., par. 62.

⁵⁹ V. *Guidelines* 2015, cit., punti 154 (“If the registration authorities are authorized to reject the application, then a clear legal basis should be provided in the legislation, with an explicit and limited number of justifiable grounds compatible with international human rights standards”) e 162 (“The responsible state agency should be required to provide a detailed written statement of reasons for a decision to refuse the registration of an association. Such reasons should not go beyond what is specified in the applicable law. The reasons set out in law should be compatible with international human rights standards”); *Guidelines* 2014, cit., punto 32 (“Decisions to deny access to legal personality to a religious or belief community, or to withdraw it, should state the reasons for doing so. These reasons should be specific and clear”).

⁶⁰ V. *Guidelines* 2014, cit., punto 33.

⁶¹ V. sentenza *Testimoni di Geova di Mosca*, cit., par. 159.

accedere, come appena osservato, ad una serie di diritti essenziali alla realizzazione della loro missione, che sul piano pratico non sarebbero possibili con la mera libertà da ingerenze da parte delle autorità nazionali nelle attività svolte da associazioni religiose non riconosciute⁶², evitando che il diritto alla libertà di religione diventi, come osservato dalla Corte, *illusory and theoretical*⁶³.

In realtà, proprio la denuncia del Relatore speciale ONU ricordata in premessa sembra indicare che il rischio di una interpretazione troppo ampia di questi parametri e di una ingerenza penetrante nella vita di gruppi ed organizzazioni religiose, con conseguenze significative in termini di sostanziale svilimento delle indicazioni internazionali in tema di rispetto della libertà religiosa, è tutt'altro che remoto.

Questa impressione viene confermata anche in riferimento alle attività di proselitismo.

4. Segue: *proselitismo proprio ed improprio e...*

La fragilità della dimensione collettiva della libertà di religione di fronte alla *securitization* dei diritti umani investe in modo significativo anche il tema del proselitismo, ossia la manifestazione della propria religione che ha come obiettivo di massima di convertire altre persone attraverso una attività di propaganda⁶⁴. Sebbene la finalità della persuasione sia presente in diversi tipi di comunicazioni, da quelle commerciali a quelle politiche, il termine “proselitismo” è riservato ai “persuasori” religiosi⁶⁵ e rileva in una accezione negativa che porta a considerare il proselitismo non tanto come espressione del diritto di manifestare la religione quanto come una attività invasiva della sfera personale, se non addirittura, pericolosa per la sicurezza individuale e collettiva.

In verità, si tratta di una legittima attività missionaria che, come ha chiarito il Relatore speciale ONU, non può essere considerata una violazione della li-

⁶² V. sentenza *Metropolitan Church of Bessarabia*, cit., par. 129. V. anche EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide sur l'article 9*, cit., punto 125; e in dottrina, JIM MURDOCH, *Freedom of thought, conscience and religion. A guide to the implementation of Article 9 of the European Convention on Human Rights*, Human Rights Handbook, No. 9, Strasbourg, 2007, p. 45.

⁶³ V. sentenza *Kimlya and others v. Russia*, cit. par. 86.

⁶⁴ Al tema della libertà di propaganda religiosa, è dedicato il recente studio di ILIA PASQUALI CERIOLI, *Propaganda religiosa: la libertà silente*, Giappichelli, Torino, 2018.

⁶⁵ LAWRENCE A. UZZELL (*Don't Call it Proselytism*, p. 1, in www.firstthings.com/article/2004/10/dont-call-it-proselytism) evidenzia come “[p]hrases such as ‘feminist proselytism’ or ‘environmentalist proselytism’ are unknown; it is considered natural, even laudable, for adherents of those secular belief systems to seek converts all over the world, even in culture where their beliefs are profoundly alien”.

bertà di religione degli altri *if all involved parties are adults able to reason on their own and if there is no relation of dependency or hierarchy between the missionaries and the objects of the missionary activities*⁶⁶. In particolare, l'intervento del Relatore ONU viene a comporre il contrasto sulla legittimità del proselitismo derivante dalla distinzione tra proselitismo proprio e proselitismo improprio. Tale distinzione, invocata dalla Corte già nel caso *Kokkinakis* dove però non se ne approfondiscono i caratteri⁶⁷, poggia su una varietà di componenti, evidenziati soprattutto dalla dottrina, che riguardano le caratteristiche dei soggetti coinvolti – autore e destinatario del proselitismo –, il luogo dove si svolge l'attività e la sua natura. Così affinché si possa parlare di proselitismo proprio occorre che autore non sia lo Stato o un suo funzionario oppure un privato che eserciti autorità su altre persone essendo esse affidate alle sue cure⁶⁸ – come può avvenire in ambienti quali gli ospedali, le scuole, le prigioni –, o che è in rapporto gerarchico con il destinatario del proselitismo⁶⁹. Occorre anche che il destinatario non sia un soggetto vulnerabile, ad esempio bambini, persone semplici o di scarse capacità intellettive⁷⁰, o anche pazienti, detenuti, lavoratori alle dipendenze. E occorre che il luogo, pubblico o privato – chiesa, scuola, parco o strada – in cui si svolge l'attività di proselitismo consenta al destinatario del proselitismo di allontanarvisi liberamente oppure, se l'attività si svolge a casa del destinatario, quest'ultimo deve essere consenziente⁷¹.

Vale notare che nel distinguere tra proselitismo proprio e improprio nel caso *Kokkinakis* la Corte riprende la posizione espressa dal Consiglio ecumenico delle Chiese e alla “testimonianza cristiana” – che è missione essenziale di ogni cristiano- contrappone la sua “corruption and deformation”⁷². Sebbene

⁶⁶ V. General Assembly, res. A/60/399, *Elimination of all forms of religious intolerance*, Note by the Secretary-General, 30 settembre 2005, par. 67 e 68 dove viene sottolineato che “certain forms of ‘unethical’ conversion are not per se contrary to international standard”.

⁶⁷ V. Sentenza *Kokkinakis*, cit., par. 48.

⁶⁸ Cfr. TAD STAHNKE, *Proselytism*, cit., p. 331.

⁶⁹ Emblematico è il caso di proselitismo svolto da militari nei confronti dei loro sottoposti esaminato dalla Corte europea dei diritti umani, v. sent. 24 febbraio 1998, *Larissis and others v. Greece*.

⁷⁰ V. sentenza *Kokkinakis*, cit., *passim*.

⁷¹ Cfr. NATAN LERNER, *Proselytism, change of religion*, cit., pp. 486 e 559; TAD STAHNKE, *Proselytism*, cit., p. 336 ss.; LETICIA MACHADO HAERTEL, [...], *Drawing the line between proper and improper proselytism*, cit., p. 103 ss.

⁷² V. sentenza *Kokkinakis*, cit., par. 48. La stessa distinzione è ripresa in una nota dottrinale della Congregazione della dottrina della fede della Chiesa di Roma che a sua volta richiama il Decreto *Ad Gentes*, n. 13, del Concilio Vaticano II del 1965 secondo cui “la Chiesa proibisce severamente di costringere o di indurre e attirare qualcuno con inopportuni raggiri ad abbracciare la fede, allo stesso modo che rivendica energicamente il diritto che nessuno con ingiuste vessazioni sia distolto dalla fede stessa”. V. anche Dichiarazione *Dignitatis humanae* sulla libertà religiosa, Concilio Vaticano II del 1965, dove al par. 4 si legge: “[...] nel diffondere la fede religiosa e nell'introdurre pratiche religiose,

la Corte precisi di non fornire una definizione di proselitismo improprio, la sentenza *Kokkinakis* ha influenzato la giurisprudenza successiva che sul punto non ha fatto sostanziali passi in avanti⁷³, lasciando inalterate le criticità della sentenza stessa. Infatti, la distinzione offerta dalla Corte – che, come appena osservato, rispecchia una sola religione, quella cristiana⁷⁴ – tiene conto essenzialmente della condizione del destinatario del proselitismo, mentre non chiarisce la condizione dell'autore del proselitismo e trascura la tipologia del luogo dove si svolge l'azione, dati che sono invece significativi nella determinazione del concetto di proselitismo proprio. Sulla condizione dell'autore qualche elemento utile è rintracciabile nella sentenza *Larissis* là dove precisa la rilevanza della posizione di superiori gerarchici dei proselitisti chiamati in causa ai fini della condanna⁷⁵.

In sintesi, le componenti suscettibili di concretizzare una ipotesi di proselitismo improprio essenzialmente sottendono qualche forma di coercizione, quale la posizione autoritaria dell'autore, la fragilità del destinatario, l'accesso e l'allontanamento forzato dal luogo di azione⁷⁶.

Il proselitismo nella sua forma "propria" trova tutela indirettamente⁷⁷ nella previsione sulla libera manifestazione della propria religione che si esprime attraverso attività tipiche del proselitismo⁷⁸ in quanto *includes carrying out*

si deve evitare ogni modo di procedere in cui ci siano spinte coercitive o sollecitazioni disoneste o stimoli meno retti, specialmente nei confronti di persone prive di cultura o senza risorse: un tale modo di agire va considerato come abuso del proprio diritto e come lesione del diritto altrui”.

⁷³ Sul punto la giurisprudenza successiva si limita a richiamare la sentenza *Kokkinakis*, come si evince anche nella recentissima sentenza del 28 agosto 2018, *Ibragim Ibragimov and others v. Russia*, che vale per tutte.

⁷⁴ Per un commento critico sul punto, cfr. TULLIO SCOVAZZI, *Libertà di religione e Testimoni di Geova*, cit., che in nota 16 osserva “tra l’altro, non è chiaro come la distinzione tra testimonianza cristiana e proselitismo possa applicarsi agli appartenenti a confessioni non cristiane, anche per i quali vale il diritto alla libertà di religione sancito dall’art. 9”, e IDEM, *L’osso duro del proselitismo*, cit., p. 439.

⁷⁵ V. sentenza *Larissis*, cit., che al par. 51 afferma: “(...) the Court notes that the hierarchical structures which are a feature of life in the armed forces may colour every aspect of the relations between military personnel, making it difficult for a subordinate to rebuff the approaches of an individual of superior rank or to withdraw from a conversation initiated by him. Thus, what would in the civilian world be seen as an innocuous exchange of ideas which the recipient is free to accept or reject, may, within the confines of military life, be viewed as a form of harassment or the application of undue pressure in abuse of power.”

⁷⁶ V. *Guidelines* 2004, cit., p. 20.

⁷⁷ Solo la Convenzione interamericana sui diritti dell'uomo all'art. 12 prevede esplicitamente che il diritto alla libertà di religione include la libertà “to disseminate one’s religion or beliefs”.

⁷⁸ Sulla esplicitazione delle attività incluse nella libertà di manifestare la religione, V. Dichiarazione del 1981, cit., art. 6, lett. d e f (“[t]o write, issue and disseminate relevant publications in these areas; [t]o teach a religion or belief in places suitable for these purposes”); Commissione dei diritti umani, E/CN.4/RES/2005/40, del 20 aprile 2005, par. 4, lett. d (“[t]o write, issue and disseminate relevant publications in these areas”); Consiglio dei diritti umani, A/HRC/RES/ 6/37, par. 9, lett. g (“[t]o write,

*actions to persuade others to believe in certain religion*⁷⁹. Come si è osservato in precedenza, non è poi da sottovalutare il collegamento tra attività di proselitismo e diritto di cambiare religione, dal momento che, senza l'attività di diffusione dei culti religiosi, lo stesso diritto sarebbe limitato a chi è in grado individualmente di acquisire la conoscenza necessaria a compiere una scelta⁸⁰.

A questa previsione si affiancano le disposizioni relative alla libertà di espressione, ovvero di diffondere e ricevere informazioni e idee o opinioni⁸¹, che, come affermato dal Relatore speciale *[are] formulated in a way that also cover [...] missionary activities*⁸². Più precisamente il diritto di manifestare la religione e il diritto di diffondere le informazioni appartengono al proselitista, mentre il diritto di cambiare religione e il diritto di ricevere informazioni appartengono al proselito e nell'insieme confluiscono nell'accezione positiva del proselitismo.

Il contrappeso di tali diritti è rinvenibile nel diritto della persona di “avere” una propria religione⁸³ il cui esercizio non deve incontrare interferenze provenienti *in primis* dallo Stato ma anche dai privati e che lo Stato ha il dovere di contrastare⁸⁴; e nel diritto alla *privacy*⁸⁵ che può risultare violato da alcune modalità di proselitismo.

Questo intrecciarsi di situazioni spiega la difficoltà di definire il proselitismo e incide sulle scelte degli ordinamenti statali che in alcuni casi vietano for-

issue and disseminate relevant publications in these areas); General Comment No. 22, cit., par. 4 (“to prepare and distribute religious texts or publications”); OSCE, Vienna Concluding Document 1989, principio 16.10 (“to produce, import and disseminate religious publications and materials”) e Copenhagen Document 1990, par. 9.1 (“to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers.”).

⁷⁹ V. General Assembly, res. A/60/399, cit., par. 59.

⁸⁰ Va ricordato che la Corte nella sentenza *Kokkinakis*, cit. (par. 31) afferma che la libertà di manifestare la religione “includes in principle the right to try to convince one’s neighbour, for example through “teaching”, failing which, moreover, “freedom to change (one’s) religion or beliefs” enshrined in Article 9 (...) would be likely to remain a dead letter”.

⁸¹ V. art. 19.2 Patto secondo cui “Ogni individuo ha il diritto alla libertà di espressione; tale diritto comprende la libertà di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee di ogni genere, senza riguardo a frontiere, oralmente, per iscritto, attraverso la stampa, in forma artistica o attraverso qualsiasi altro mezzo di sua scelta; art. 10.1 CEDU secondo cui “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.”.

⁸² V. General Assembly, res. A/60/399, cit., par. 61.

⁸³ V. art. 18.1 Patto, riportato *supra* in nota 11.

⁸⁴ V. *Guidelines* 2015, cit., par. 27. In generale sul compito, assegnato dalla Corte agli Stati, di vigilare sulle violazioni che non provengono direttamente dalla sua azione ma dal comportamento di soggetti diversi v. BENEDETTO CONFORTI, GUIDO RAIMONDI, *sub Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Enciclopedia del diritto (Aggiornamenti)*, vol. VI, 2002, p. 342.

⁸⁵ Protetto dall’art. 17 Patto e dall’art. 8 della CEDU.

malmente il proselitismo e condannano l'apostasia⁸⁶, in altri, pur non vietando formalmente il proselitismo, prevedono misure restrittive con effetti fortemente limitativi della libertà di religione, soprattutto per le confessioni minoritarie.

Le restrizioni al proselitismo hanno carattere eccezionale essendo in deroga al regime di protezione della libertà di religione, ma verificare le condizioni di legittimità del ricorso a tali restrizioni non è un esercizio agevole in ragione dei vari diritti coinvolti, che possono entrare in conflitto tra loro, e della pluralità di soggetti interessati. Infatti, da un canto vi sono diritti dell'individuo che sono di supporto all'esercizio del proselitismo, come il diritto di cambiare religione, il diritto di espressione nella duplice declinazione di diritto di fornire e di ricevere informazioni; e diritti che sono di supporto alle restrizioni del proselitismo, come il diritto di godere della libertà di religione senza interferenze e il diritto alla *privacy*⁸⁷. Dall'altro, alla figura del proselitista con i suoi diritti e doveri si contrappone la figura del proselitito con i propri diritti e doveri, ed entrambe le figure sono portatrici di esigenze specifiche, per non considerare che nella conversione da una religione all'altra ogni nuovo convertito in una religione è, nello stesso tempo, un apostata nella religione che abbandona⁸⁸.

Nel valutare la legittimità delle misure restrittive va considerato il dato che il proselitismo si presenta come espressione della dimensione esterna della libertà di religione ma produce effetti anche sul diritto di cambiare religione che, come già osservato, appartiene alla dimensione interna della stessa libertà ed ha carattere assoluto ed è quindi inderogabile. Eliminare o anche solo limitare la diffusione del culto operata attraverso il proselitismo affievolisce il diritto *de quo* in quanto riduce le possibilità del credente di conoscere religioni diverse ed eventualmente convertirvisi, andando ad incidere pertanto su un diritto inderogabile.

Il controllo di legittimità delle misure restrittive è svolto a livello universale e a livello regionale sulla base di criteri convergenti, anche se non mancano differenze in certi dettagli. Non è sufficiente che la restrizione sia prevista dalla legge ma, allo stesso modo che in materia di rifiuto del riconoscimento delle organizzazioni religiose⁸⁹, è richiesto che tale restrizione sia necessaria al raggiungimento di uno scopo legittimo quale è quello diretto a salvaguarda-

⁸⁶ Per una ricognizione sugli Stati che vietano il proselitismo cfr. ECLJ, ACLJ, *International Legal Protection of the Right to Choose One's Religion and Change One's Religious Affiliation*, in media.aclj.org/pdf/aclj_070911_eclj_aclj_report.pdf. V. anche TAD STAHNKE, *Proselytism*, cit., p. 340.

⁸⁷ Cfr. TAD STAHNKE, *Proselytism*, cit., p. 287 s.

⁸⁸ MOSHE HIRSCH (*The Freedom of Proselytism Under the Fundamental Agreement and International Law*, in *Catholic University Law Review*, 1998, p. 408) mette in evidenza come le religioni operino in "a competitive environment".

⁸⁹ Cfr. *supra* par. 3

re gli interessi pubblici della sicurezza, dell'ordine, della sanità e della morale, oppure i diritti e le libertà altrui.

La giurisprudenza, soprattutto quella della Corte europea dei diritti umani che ha avuto modo più frequentemente di pronunciarsi in materia, ha chiarito che la legge statale di previsione della restrizione deve essere *adequately accessible e formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct*⁹⁰; ed ha individuato il parametro per verificare il carattere necessario della restrizione nel “pressing social need” che più è forte meno difficile sarà giustificare l'interferenza esercitata con la previsione della restrizione da parte dello Stato cui la stessa giurisprudenza riconosce un margine di apprezzamento che consente di adattare il giudizio di legittimità alle diverse realtà statali⁹¹.

Per quanto il rischio che la cosiddetta dottrina del margine statale di apprezzamento possa favorire una frammentazione nella applicazione delle norme in materia di religione⁹² sia reale vale notare che la mancanza di una nozione uniforme di religione⁹³ rende il ricorso al margine di apprezzamento una scelta

⁹⁰ V. sentenza *Hasan and Chaush*, cit., par. 84. L'OSCE sottolinea che l'espressione “prescritto dalla legge” contenuta nell'art. 18.2 Patto significa che “(a)the relevant law should be accessible to the concerned person, (b)this person should be capable of foreseeing the consequences, and for that, (c) the law should be compatible with the principle of rule of law”, v. *Limitations to Freedom to Manifest Religion: When They Are “Prescribed by the Law”?*, HDIM.ODIHR/0291/12 del 1 ottobre 2012 in <https://www.osce.org/odihr/94585?download=true>

⁹¹ Sul “pressing social need” v. JIM MURDOCH, *Freedom of thought*, cit., p. 31; sul margine di apprezzamento v., *inter alia*, sent. 25 novembre 1996, *Wingrove v. United Kingdom*, par. 58. Per una bibliografia essenziale in materia, con particolare riferimento al tema trattato in questa sede, cfr. MONICA LUGATO, *The Margin of Appreciation and Freedom of Religion: Between Treaty Interpretation and Subsidiarity*, in *Journal of Catholic Legal Studies*, 2013, p. 49 ss.; VALENTINA FIORILLO, *La sentenza della Grande Camera sul crocifisso: il ritorno del margine di apprezzamento*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, p. 422 ss.; RAFFAELLA NIGRO, *Il margine di apprezzamento e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani sul velo islamico*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2008, p. 71 ss.; PIERLUIGI CONSORTI, *La battaglia per la libertà religiosa nel “dialogo fra Corti” e la funzione dei “margin di apprezzamento”*, in MARIA D'ARIENZO (a cura di), *Il diritto come «scienza di mezzo»*. Studi in onore di Mario Tedeschi, Pellegrini Editore, Cosenza, 2017, p. 607 ss. In generale la teoria del margine di apprezzamento è stata ampiamente commentata in dottrina, *ex multis* cfr. ROSARIO SAPIENZA, *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1991, pp. 571 ss.; ANDREW LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

⁹² In tal senso, FEDERICO CASOLARI, *L'azione dell'Unione europea*, cit., p. 503. In merito all'espressione “dottrina del margine statale di apprezzamento” che è di uso comune in ambito dottrinale, PALMINA TANZARELLA critica l'utilizzo del termine “dottrina” relativamente al margine di apprezzamento trattandosi piuttosto di un approccio metodologico o di una tecnica giudiziale, *Il margine di apprezzamento*, nel vol. MARTA CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 149 ss.

⁹³ In merito a tale mancanza, evidenziata sin dall'inizio di questo contributo, appare utile richiamare la sentenza del 20 settembre 1994, caso *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, par. 50, dove è chiaro che la Corte attribuisce agli Stati un ampio margine di apprezzamento poiché “it is not possible to discern throughout Europe a uniform conception of the significance of religion in society (...) even within a single country such conception may vary”.

quasi obbligata per la Corte. Tuttavia, va osservato che la teoria del margine di apprezzamento ha funzionato nella giurisprudenza della Corte in materia di religione in modo incostante, passando dal riconoscimento di un margine ampio ad uno stretto a seconda di singoli casi, tanto da indurre un giudice della stessa Corte a richiamare l'attenzione sul punto⁹⁴. Il ricorso al margine di apprezzamento, che è sicuramente il *leit motiv* della giurisprudenza della Corte in generale, trova in materia di religione un contrappeso nel principio di neutralità, che richiede allo Stato di *non sostenere, nei limiti del possibile, alcuna posizione in materia di religione e alcuna idea del bene*⁹⁵. Il principio di neutralità, richiamato nell'opinione parzialmente dissidente del Giudice Martens nel caso *Kokkinakis*⁹⁶, è stato spesso invocato nella giurisprudenza successiva a supporto del divieto dello Stato di *giudicare in merito alla legittimità delle convinzioni religiose o dei modi in cui esse sono espresse o manifestate*⁹⁷.

Senza entrare nel dibattito sui contenuti del principio di neutralità e dei suoi rapporti con il principio di laicità⁹⁸, rileva in questa sede la funzione di contenimento esercitata sull'estensione della teoria del margine di apprezzamento dal principio di neutralità⁹⁹ che, nel quadro della verifica del rispetto delle norme sulla libertà di religione e in particolare sulle eccezioni a tale libertà, ha orientato la Corte nelle sue decisioni di condanna degli Stati.

La giurisprudenza successiva al caso *Kokkinakis* sul trattamento dei Testimoni di Geova, pur non avendo del tutto superato le incertezze relative alla

⁹⁴ V. Opinione concorrente del Giudice Pinto de Albuquerque, par. 7, sentenza *Krupko*, cit., dove viene richiamata giurisprudenza contrastante e viene affermato che “[t]he Court cannot allow States a wide margin of appreciation when they interfere with traditional, majority religious communities, and impose on States a narrow margin of appreciation when they interfere with non-traditional, minority religious communities. Traditional, majority religious communities do need, and deserve, protection before the State as much as their non-traditional, minority counterparts.”

⁹⁵ Nel descrivere il contenuto del principio di neutralità in tali termini NICOLA RIVA, *Laicità*, cit., p. 281 s.) precisa che “data una pluralità di posizioni in materia di religione e idee del bene, lo Stato (a) non può giustificare le proprie azioni sulla base di alcuna di esse, (b) non può né imporre né promuovere l’adesione ad alcuna di esse”.

⁹⁶ V. sentenza *Kokkinakis*, cit., Partly Dissenting Opinion of Judge Martens, par. 15 e 16.

⁹⁷ V. sentenza *Manoussakis*, cit., par. 47; sentenza *Hasan e Chaush*, cit., par. 78; sentenza *Metropolitan Church of Bessarabia*, cit., par. 116; Concurring opinion of Judge Pinto de Albuquerque, sentenza *Krupko*, cit., par. 7; sentenza del 10 novembre 2005, *Leyla Sahin v. Turchia*, par. 107; sentenza *Religionsgemeinschaft*, cit., par. 92; sentenza *Testimoni di Geova di Mosca c. Russia*, cit., par. 119 e 181; sentenza 7 luglio 2011, *Bayatyan v. Armenia*, par. 120; sentenza *Begheuri*, cit., par. 158; sentenza *Ibragim Ibragimov*, cit., par. 90.

⁹⁸ Per la dottrina in materia cfr. *supra* nota 4.

⁹⁹ Secondo il giudice Pinto de Albuquerque (Concurring Opinion of Judge Pinto de Albuquerque, cit., par. 7) “[t]he more the Court has stressed the State’s neutrality, the less discretion it has allowed the State (...) the less discretion the State has, the narrower its margin of appreciation with regard to the believer’s speech and conduct”.

contrapposizione “proselitismo proprio-proselitismo improprio”, ha fornito elementi che vanno nella direzione del rafforzamento del diritto al proselitismo e ha mostrato consapevolezza dell'estensione delle azioni statali di contrasto al proselitismo con riferimento in particolare ai Testimoni di Geova. La Corte è stata infatti attenta a valutare, oltre al dato formale, gli effetti anche indiretti che le misure statali producono sulla attività della confessione religiosa¹⁰⁰, a richiamare gli Stati a garantire *effective measures (...) to implement the right*¹⁰¹ ed a considerare i bisogni specifici delle piccole comunità di credenti¹⁰². Nella giurisprudenza più recente, inoltre, l'orizzonte di valutazione della Corte si allarga al complesso dell'azione statale¹⁰³, specialmente lì dove emerge il carattere sistematico dell'intervento statale, che esprime una vera e propria attitudine alla violazione della libertà di religione di determinate confessioni religiose¹⁰⁴.

5. ...politiche di securitization

I limiti posti a livello normativo e in sede giurisprudenziale all'esercizio della libertà di religione si scontrano con la tendenza alla *securitization* dei diritti umani che porta gli Stati a forzare i limiti della tutela internazionale della libertà di religione o ignorandoli oppure interpretandoli in modo strumentale. In questo senso, il comportamento individuale di singoli fedeli è addebitato all'intera comunità religiosa cui appartiene ed è ritenuto conseguenza dei precetti della religione di appartenenza, inducendo a considerare alcune religioni più pericolose di altre rendendole oggetto di un pregiudizio a scapito della neutralità che dovrebbe caratterizzare la posizione dello Stato¹⁰⁵. Analoga-

¹⁰⁰ V. sentenza *Associazione Testimoni di Geova c. Francia*, cit., par. 53 dove la Corte prende atto che “[i]n effetti, l'imposizione fiscale in questione ha minacciato la continuità, se non ostacolato seriamente l'organizzazione interna, il funzionamento e le attività religiose dell'associazione, considerato che gli stessi luoghi di culto ne sono stati interessati (...). Tenuto conto dell'impatto di questa misura sulle risorse dell'associazione ricorrente e sulla capacità di esercitare la propria attività religiosa in quanto tale, la Corte dichiara l'esistenza di un'ingerenza nell'esercizio dei diritti garantiti dall'articolo 9 della Convenzione”.

¹⁰¹ V. sentenza *Begheluri*, cit., par. 164.

¹⁰² V. sentenza 17 ottobre 2016, *Association de solidarité avec les Temoins de Jehovah et autres c. Turquie*, par. 105.

¹⁰³ V. sentenza *Begheluri*, cit., par. 145 e sentenza 17 aprile 2017, *Tsartsidze and others v. Georgia*, par. 78, 82, 86.

¹⁰⁴ V. sentenza *Tsartsidze*, cit., par. 86; caso *Association de solidarité avec les Temoins de Jehovah et autres c. Turquie*, cit., par. 86 e 106; sentenza *Begheluri*, cit., par. 164.

¹⁰⁵ Emergono in questo modo tutte le contraddizioni di uno stato di fatto in cui all'esigenza di sicurezza sembra dover necessariamente corrispondere una diminuzione della libertà: cfr. PIERLUIGI CONSORTI, *La paura della libertà religiosa*, in *Le libertà spaventate* cit., p. 47 ss.

mente, fenomeni contemporanei di estremismo religioso, che tanto occupano e preoccupano gli Stati occidentali, sono talvolta indicati in modo fuorviante come “proselitismo islamico” ma non hanno nulla a che vedere con il proselitismo religioso inteso come espressione della “manifestazione” della propria religione nella misura in cui hanno come obiettivo non di “convertire” ma quello di “reclutare” innanzitutto chi è già di fede islamica e di radicalizzare la sua appartenenza religiosa a fini di violenza.

La *securitization* dei diritti umani non fa altro che acuire l’atteggiamento negativo verso il proselitismo religioso inteso in una accezione negativa in quanto tende ad enfatizzare i comportamenti indebiti di taluni proselitisti rappresentati come una minaccia alla sicurezza e ad invocare la tutela di diritti individuali contrapposti al diritto di manifestare la propria religione, quali il diritto alla *privacy* e il diritto alla identità religiosa. Tale atteggiamento ha di fatto spostato il baricentro della questione dalla analisi delle forme illegittime di proselitismo al proselitismo in sé, ovvero ora la questione è se è possibile proibire, o quanto meno limitare, il proselitismo anche quando è praticato correttamente¹⁰⁶. La svolta appena segnalata è tanto più evidente in quelle realtà statali dove contrastare il proselitismo delle religioni minoritarie è concepito come uno strumento per contrastare la globalizzazione, che favorisce l’omogeneità culturale, attraverso la salvaguardia della religione tradizionale maggioritaria, quale custode dell’identità culturale¹⁰⁷.

Invero, il tema della libertà di religione è certamente legato alla sicurezza tanto che è entrato da qualche decennio nella Strategia di sicurezza nazionale degli Stati Uniti¹⁰⁸. Nondimeno utilizzare la leva della sicurezza per limitare la diffusione dei culti, a prescindere dalle forme che essa assume, contraddice il nesso tra sicurezza e libertà di religione indicato dall’OSCE, secondo cui alla violazione della libertà di religione corrisponde una minaccia alla sicurezza¹⁰⁹, in quanto la restrizione indiscriminata del proselitismo intesa quale strumento di garanzia della sicurezza configura proprio una violazione della libertà di religione, giustificando l’allarme sollevato dal Relatore speciale ONU¹¹⁰.

Nel corso del *Supplementary Human Dimension Meeting* ospitato dall’OSCE

¹⁰⁶ Sul punto cfr. SILVIO FERRARI, *Globalization, Postmodernism, and Proselytism*, in *Fides et Libertas*, 1999, p. 13.

¹⁰⁷ Sul collegamento tra religione e cultura nella lotta contro la globalizzazione cfr. SILVIO FERRARI, *Globalization*, cit., p. 18 s.

¹⁰⁸ V. Helsinki Commission Report, *Religious Freedom in the National Security Strategy of the United States*, 2018.

¹⁰⁹ Cfr. OSCE, *Charter for European Security*, Istanbul 1999, par. 19.

¹¹⁰ Cfr. *supra* par. 1.

nel 2017, dedicato alla libertà di religione e credo per tutti, emerge chiara la preoccupazione per l'uso pretestuoso della sicurezza nazionale come *rational for limiting freedom and restricting religious groups* in quanto guardare alla libertà di religione attraverso la lente della sicurezza produce un effetto distortivo su di essa¹¹¹.

La garanzia della sicurezza non può portare al superamento della neutralità dello Stato ovvero l'appartenenza religiosa non deve avere effetti sul trattamento degli individui come singoli o come gruppo, violando il principio di non discriminazione basata su motivi religiosi che nel diritto internazionale attraversa i regimi giuridici dei diversi settori rilevanti. Né la garanzia di sicurezza può giustificare la scelta dello Stato di difendere la religione maggioritaria in quanto baluardo della identità nazionale, facendo prevalere il diritto di "mantenere" piuttosto che quello di "cambiare" la religione, come nel caso emblematico della Russia nei confronti dei Testimoni di Geova¹¹², laddove la tutela apprestata dal diritto internazionale riguarda l'individuo e non la religione cui appartiene.

¹¹¹ Così l'OSCE (*The need of a shared understanding of freedom in the OSCE Region*, 2017, in <http://hrwf.eu/osce-the-need-of-a-shared-understanding-of-freedom-in-the-osce-region/>) second cui "seeing religious freedom through the prism of security 'will distort and weakening freedom', as balancing national security and individual freedoms in considered a zero-sum game".

¹¹² La Corte Suprema russa ha decretato la messa al bando nel territorio statale dei Testimoni di Geova e ha stabilito la confisca delle proprietà dell'organizzazione con sentenza del 17 luglio 2017, contro cui è stato annunciato ricorso alla Corte europea dei diritti umani, v. ANTONELLA SCOTT, *La Russia mette al bando i Testimoni di Geova*, in *Il Sole 24 Ore*, 20 aprile 2017. La sentenza ha suscitato la immediata reazione dell'Unione europea (https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/30022/statement-spokesperson-upheld-ban-activities-jehovahs-witnesses-russia_en) e anche di diversi Stati, come Regno Unito (<https://www.gov.uk/government/news/minister-for-human-rights-statement-on-russian-supreme-court-ruling>), Germania (http://www.auswaertiges-amt.de/sid_5DAC942B7DE50BC4AFCDFC864C2E383/EN/Infoservice/Presse/Meldungen/2017/170719-Ko_RUS-Zeugen_Jehovas.html), USA (www.state.gov/r/pa/prs/ps/2017/07/272679.htm e www.auswaertiges-amt.de/sid_5DAC942B7DE50BCC4AFCDFC864C2E383/EN/Infoservice/Presse/Meldungen/2017/170719-Ko_RUS-Zeugen_Jehovas.html). Sulle sentenze di condanna della Russia finora rese dalla Corte EDU, v. sentenza 11 aprile 2007, *Kuznetsov and others v. Russia*; sentenza *Testimoni di Geova di Mosca c. Russia*, cit.; sentenza *Krupko*, cit.

Separatismo amichevole e Separatismo proattivo: prospettiva costituzionale tedesca ed indiana comparate

STEFANO TESTA BAPPENHEIM

Recenti interventi legislativi e giurisprudenziali sono intervenuti, nel panorama giuridico dei due Paesi che prendiamo in esame, riportando in primo piano il tema della libertà religiosa costituzionalmente garantita: in Germania, il Presidente della Baviera, Markus Söder, ha emanato un decreto¹ che ha modificato l'ordinamento generale della Pubblica Amministrazione bavarese, riconoscendo ex lege che la Baviera abbia un retaggio storico e culturale cristiano²: provvedimento che, pur avendo suscitato notevoli reazioni polemiche, è stato valutato da due ex giudici costituzionali, Grimm³ e Di Fabio⁴, come rispettoso della libertà religiosa garantita dal Grundgesetz, secondo la giurisprudenza costituzionale federale e quella bavarese relative alla famosa questione del 1995⁵; in India, invece, la giurisprudenza costituzionale ha visto nell'ultimo anno varie sentenze riprendere e ridefinire il concetto di libertà religiosa, declinandolo in varî ambiti concreti⁶.

Abbiamo scelto di comparare questi due Paesi, dunque, perché presentano

¹ Cfr. <http://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-24-april-2018/#1>

² In GVBl. 2018, p. 218, <https://www.verkuendung-bayern.de/files/gvbl/2018/08/gvbl-2018-08.pdf>; v. CARLO CARDIA, *Identità religiosa e culturale europea*, Torino, Allemandi, 2010, *passim*; ANDREA BETTETINI, *Il crocifisso nelle aule scolastiche: la legittimità di un simbolo che "dà a pensare"*, in *NGCC*, 2011, p. 281 ss.; ANTONINO MANTINEO, *Il crocifisso nelle aule scolastiche*, in *qdpe*, 1989, p. 197 ss.

³ Cfr. <https://www.sueddeutsche.de/kultur/soeder-und-das-kreuz-das-kreuz-steht-fuer-den-opfertod-christi-1.3981939>

⁴ Cfr. <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2018-05/kruzifix-behoerden-verfassung-udo-di-fabio-markus-soeder>

⁵ V. FABIO FEDE – STEFANO TESTA BAPPENHEIM, *Dalla laïcité di Parigi alla nominatio Dei di Berlino passando per Roma*, Giuffrè, Milano, 2007, *passim*; GINEVRA CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica Federale Tedesca. Tipologie decisorie e Nachbesserungspflicht nel controllo di costituzionalità*, Giappichelli, Torino, 2002, *passim*.

⁶ Supreme Court of India, n. 366/2018, del 9 aprile 2018; Supreme Court of India, n. 231/2018, del 27 marzo 2018, in questa *Rivista*, n. 1/2018.

alcune caratteristiche comuni: in entrambi abbiamo una Costituzione federale (con disposizioni relative alla libertà religiosa) che si deve coordinare con le Costituzioni interne (a loro volta con disposizioni sulla libertà religiosa)⁷, entrambi sono fenotipi d'un Separatismo *expressis verbis* non ostile verso le religioni, entrambi hanno al proprio interno una molteplicità di religioni diverse e, inoltre, entrambi riconoscono alle confessioni religiose registrate uno *status* di diritto pubblico: è sembrato perciò utile mettere in comparazione parallela due Paesi che, pur essendo fra loro molto lontani geograficamente e con genesi storiche molto differenti, presentano queste interessanti caratteristiche comuni.

I. Il quadro normativo-costituzionale tedesco

Il riconoscimento d'una piena libertà religiosa fu solo progressivo in Germania: all'inizio del XIX secolo questa libertà era riconosciuta solo ai fedeli delle tre confessioni cristiane, ex art. 16 del Patto federale del 1815, che segna la nascita della Confederazione tedesca⁸.

Un'ulteriore tappa molto importante fu il progetto di Costituzione del Reich, che, ex art. IV, § 25, lettera r, riconosceva la libertà di fede e di culto come diritto fondamentale.

È indubbio che dal punto di vista costituzionale le idee veicolate dalla Rivoluzione francese abbiano avuto un ruolo determinante nella proclamazione e nella garanzia delle libertà di coscienza, di fede e di culto, soprattutto dal punto di vista della pratica religiosa pubblica, come emerge dalle Costituzioni prussiane del 1848 e del 1850: la Costituzione di Francoforte è, in origine, l'opera di costituzionalisti liberali tedeschi che desiderano creare uno 'Stato nazionale con fondamenti liberali e democratici', ed all'uopo postulano un Parlamento rappresentativo del popolo tedesco, eletto a suffragio universale.

È in questo contesto che interviene l'Assemblea nazionale tedesca, eletta per la prima volta nella storia tedesca appunto a suffragio universale diretto, che è formata da 598 deputati: essa, che ha davvero i poteri d'un'assemblea costituente, prende il nome di Parlamento di Francoforte, e si riunisce nella chiesa protestante di San Paolo per elaborare la Costituzione dello Stato

⁷ V. GUIDO GUIDI, *Stati federali senza federalismo*, in *DPCE*, 2004, p. 600 ss.; BENIAMINO CARAVITA, *Lineamenti di diritto costituzionale federale e regionale*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 62 ss.; AA.VV., *La Costituzione indiana, profili introduttivi*, Giappichelli, Torino, 2013, *passim*.

⁸ ERNST RUDOLF HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, I, Stuttgart, Kohlhammer, 1995, p. 411 ss.

federale tedesco, che si aprirà con un elenco dei diritti fondamentali dei cittadini tedeschi, largamente ripreso dalla Costituzione belga del 1831.

La Costituzione imperiale del 28 marzo 1849 garantisce così, oltre al principio di eguaglianza, anche numerose libertà individuali, fra cui, nell'ambito che ci interessa, la libertà di coscienza, di fede religiosa e di culto.

L'art. V (§145) della Costituzione di Francoforte recita: "Ogni tedesco è libero nella pratica collettiva privata o pubblica della sua religione", ed in questo modo, infatti, si garantisce la libera pratica religiosa pubblica, e si superano non solo le definizioni costituzionali adottate negli Stati tedeschi del sud prima del 1848, ma anche l'art. 16 del Patto federale, che limitava il godimento della libertà religiosa ai soli fedeli delle confessioni cristiane.

La Costituzione di Francoforte introduce anche, per la prima volta nella storia costituzionale tedesca, una norma precisa riguardo ai rapporti fra Stato e Chiese, norma che si articola in due punti: l'art. V, §147/1 stabilisce l'eguaglianza di diritto di tutte le confessioni religiose, l'assenza di Chiese di Stato, l'autonomia delle confessioni religiose e la loro soggezione al diritto comune; l'art. V, § 147/3, poi, stabilisce la libertà d'associazione in materia religiosa.

Questi principî si caratterizzano per la loro grande modernità, data l'epoca, e preconizzano le norme della Costituzione di Weimar: la libertà religiosa garantita dalla neutralità dello Stato, l'eguaglianza di tutte le confessioni, la loro autonomia e la loro soggezione al diritto comune.

Purtroppo, però, questa Costituzione non entrò mai in vigore, per varie cause, la principale delle quali fu probabilmente il rifiuto del Re di Prussia, Federico Guglielmo IV, d'accettare la corona imperiale⁹.

Nonostante ciò, comunque, l'influenza del movimento rivoluzionario del 1848 non restò senza effetti sul piano costituzionale, e si tradusse nell'avvento in Prussia, ch'era il più importante Stato tedesco, d'un vero Stato costituzionale che, in un quadro monarchico certo autoritario, garantiva tuttavia le libertà fondamentali.

La libertà religiosa, nello specifico, era garantita dalla Costituzione del 5 dicembre 1848 e dall'art. 12 di quella del 31 gennaio 1850, che riconosceva la libertà religiosa, la libertà di culto pubblico o privato, e vietava discriminazioni su base religiosa per il godimento dei diritti civili e politici.

Il riconoscimento di questa libertà religiosa è però circoscritto dall'art. 14 della stessa Costituzione, che sottolinea ancora il ruolo preminente del Cristianesimo: "Senza inficiare la libertà religiosa garantita dall'art. 12, la religione cristiana è a fondamento di tutte le istituzioni dello Stato che hanno un rap-

⁹ *Ibidem*, II, p. 139 ss.

porto con la religione”: questa configurazione di Stato cristiano che rispetta la libertà religiosa e di culto di tutti (e non solo dei propri cittadini) sembra quasi l’attuazione pratica delle teorie che avevano teorizzato un’unità sostanziale fra Stato cristiano e Stato di diritto, configurando lo Stato di diritto come organo esecutivo dello Stato cristiano¹⁰; queste disposizioni conobbero, con le leggi del 1873, il famoso *Kulturkampf*, alcune limitazioni, che però scomparvero dopo l’accordo fra Bismarck e Leone XIII¹¹.

Dopo la fine della Prima Guerra Mondiale, nell’ottobre del 1918 si susseguirono vari avvenimenti importanti: il 3 la costituzione d’un Governo sostenuto da liberali e socialisti, il 4 la richiesta delle condizioni di pace al Presidente Wilson, il 27 accettazione delle condizioni di pace, ed ecco che il 9 novembre il Re di Prussia ed Imperatore di Germania abdica e va in esilio, sicché il deputato Friedrich Ebert, capo del Partito socialdemocratico, forma un Governo provvisorio ed indice le elezioni per il 19 gennaio 1919.

L’Assemblea costituente così eletta si riunisce a Weimar ed approva la nuova Costituzione, promulgata il 14 agosto 1919¹².

Fin dall’inizio s’era però posto il problema della necessità d’una vera normativa che regolasse la caratterizzazione religiosa dello Stato a livello centrale, principalmente per mettere fine ai tentativi troppo apertamente autonomi di alcuni Länder, con la Baviera che voleva riconoscere efficacia diretta di legge al diritto canonico e proclamare lo Stato non solo cattolico, ma fedele suddito del Papa, ed alcuni Länder protestanti del nord che, al contrario, volevano o proclamarsi atei, ispirandosi all’Unione Sovietica, o dichiararsi confessionalmente protestanti.

La Costituzione fu quindi frutto d’un compromesso, che tuttavia espressamente non voleva riprodurre le esperienze americane e francesi di Stato separatista¹³.

All’Assemblea costituente si fronteggiarono diverse tendenze politiche: v’era una forte maggioranza di sinistra, con 188 socialdemocratici e 71 democratici, e buona parte di essi era favorevole ad una netta deconfessionalizzazione dello Stato, alla francese¹⁴; a quest’idea s’opposero però fortemente i

¹⁰ *Ibidem*, III, p. 87 ss.

¹¹ V. WILHELM KAHL, *Lehrsystem des Kirchenrechts und der Kirchenpolitik*, I, Freiburg i. Breisgau, Mohr, 1894, p. 71 ss.

¹² TOMMASO EDOARDO FROSINI, *Costituzione e sovranità nella dottrina della Germania di Weimar*, in *Il politico*, 1996, p. 95 ss.

¹³ GERHARD ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919*, Stilke, Berlin, 1933, p. 31 ss.; ERNST RUDOLF HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, cit., V, p. 800 ss.

¹⁴ V. MARIA D’ARIENZO, *La “religione della laicità” nella Costituzione francese*, in AA.VV., *Sull’invocazione a Dio nella Costituzione federale e nelle Carte fondamentali europee*, Eupress, Lugano, 2013,

91 deputati centristi, i 44 nazionali ed i 23 populistici, che non solo rifiutavano il laicismo francese, ma al contrario volevano che la Costituzione contesse i principî d'un diritto civile ecclesiastico che mantenesse i privilegi per le Chiese principali, e riconoscesse il ruolo della religione nella vita della Nazione¹⁵.

Ciò che fece decidere superare i contrasti ideologici in favore della soluzione di compromesso fu, appunto, l'intenzione di mettere fine alle velleità separatiste di alcuni Länder che, sull'onda della caduta della monarchia e di tutti i cambiamenti connessi, avevano adottato o stavano per adottare, sotto l'influenza dei loro Governi anticlericali, Costituzioni fortemente contrarie alle Chiese: si pensi alla Sassonia, alla Prussia, al Brunswick.

La soluzione adottata appare dunque come una soluzione mediana: alla Costituzione federale spetta la determinazione dei principî fondamentali delle relazioni fra Stato e Chiese e la qualificazione confessionale dello Stato, mentre ai singoli Länder spetta l'adozione delle leggi necessarie per attuare concretamente questi principî costituzionali.

La versione finale teneva conto delle esigenze dei socialdemocratici, a favore di una vera separazione fra Chiese e Stato, e di quelle dei centristi e della destra moderata, a favore del riconoscimento del posto della religione nella sfera pubblica¹⁶.

La prima fattispecie è prevista dall'art. 137 comma 1, che vieta la creazione di Chiese di Stato, e la seconda dall'art. 137 comma 5, che riconosce la rilevanza del fattore religioso nello spazio pubblico.

Poiché, però, le posizioni iniziali erano fortemente antitetiche, parte della dottrina ha dubitato della sincerità di questa soluzione di compromesso: stiamo parlando del concetto di 'compromesso dilatorio', formulato da Carl Schmitt nella sua teoria costituzionale¹⁷.

A differenza delle vere decisioni su questioni di principio, infatti, ed a differenza anche dei veri compromessi su dettagli secondari, la Costituzione di Weimar per lui sembra aver dato luogo a compromessi dilatori od apparenti,

p. 139 ss. V. FRANCESCO PAOLO CASAVOLA – PIERLUIGI CONSORTI, *Laicità e radici cristiane dell'Europa*, in AA.VV., *Fede religiosa e fede laica in dialogo*, Guerini, Milano, 2007, p. 117 ss.; MARCO VENTURA, *La laicità dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 123 ss.

¹⁵ PETER BADURA, *Das Staatskirchenrecht als Gegenstand des Verfassungsrechts, die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Staatskirchenrechts*, in *HandBSStKR, I*, Ducker & Humblot, Berlin, 1994, pp. 236 ss.; KLAUS-BERTO VON DOEMMING – RUDOLF FÜSSLEIN – WERNER MATZ, *Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes*, in *JÖR NF*, 1, 1951, p. 73 ss. e 899 ss.

¹⁶ ERNST RUDOLF HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, cit., V, pp. 861 ss.; MARTIN HECKEL, *Gleichheit oder Privilegien? Der Allgemeine und der besondere Gleichheitssatz im Staatskirchenrecht*, in *JE*, 47, 1993, p. 41 ss.

¹⁷ CARL SCHMITT, *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, München – Leipzig, 1928, p. 160 ss.; GODEHARD JOSEF EBERS, *Staat und Kirche im neuen Deutschland*, Hüber, München, 1930, p. 62 ss.

la cui natura serve solo a posticipare ed a rinviare nel tempo le decisioni fondamentali, nella misura in cui la la soluzione infine trovata costituisce una soluzione che soddisfa sì al momento tutte le parti, ma solo in modo temporaneo e provvisorio.

Schmitt si pone quindi la domanda: la vita pubblica tedesca, dopo l'avvento della Costituzione di Weimar, conserva ancora un carattere specificamente religioso? E, dopo un'analisi minuziosa della giurisprudenza amministrativa prussiana, propende per una risposta affermativa, pur precisando che non si tratti d'un carattere religioso riconducibile ad una specifica confessione, bensì piuttosto d'un sentimento popolare generale di cui i Costituenti non hanno potuto fare a meno di prendere atto.

Con l'avvento al potere del nazismo, il 30 gennaio 1933, vi furono enormi cambiamenti sostanziali, dato che non vi furono tanto revisioni costituzionali, quando un azzeramento totale della Costituzione¹⁸.

Quest'annullamento del sistema costituzionale iniziò direttamente il 30 gennaio 1933, anche se il testo costituzionale rimase inizialmente immutato.

La prospettiva istituzionale del nazismo era quella d'uno Stato totalitario con i poteri assoluti nelle mani del Führer e dei suoi seguaci, e principî della WRV quali l'esistenza di diritti fondamentali, o il rango della Costituzione sovraordinato alle leggi normali diventarono concetti molto teorici ed aleatori¹⁹.

Dopo la fine della Guerra, tutte le norme naziste vennero abrogate, comprese quelle nell'ambito del diritto ecclesiastico tedesco, ad eccezione (dopo varie discussioni) del Concordato del 1933, e si tornò a fare riferimento agli articoli della Costituzione di Weimar, ed ai concetti e principî ch'essi esprimevano²⁰.

Il GG postbellico incorpora le norme weimariane sulle relazioni fra Chiesa e Stato, ma bisogna sottolineare che non tutte le disposizioni della WRV sono state riprese, e quelle che sono state riprese hanno oggi valore costituzionale al pari delle altre²¹.

È evidente che fu in un contesto radicalmente diverso da quello della Repubblica di Weimar che fu deciso di incorporare gli articoli 'religiosi' della WRV nel GG, anche se lo sviluppo politico e sociologico del 1949 poteva

¹⁸ ERNST RUDOLF HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, cit.*, VII, p. 1266 ss.

¹⁹ RUDOLF ECHTERHÖLTER, *Das öffentliche Recht im nationalsozialistischen Staat*, DT Verlag, Stuttgart, 1970, p. 15 ss.

²⁰ PAUL MIKAT, *Staat, Kirchen und Religionsgemeinschaften*, in AA.VV., *Handbuch des Verfassungsrechts*, De Gruyter, Berlin, p. 1425 ss.

²¹ Cfr. <https://www.bundestag.de/gg>

forse far sembrare queste disposizioni anacronistiche²².

Anche se, evidentemente, nessuno desiderava ristabilire una Chiesa di Stato nel senso delle disposizioni prussiane del 1794, quest'incorporazione non si spiega tanto con la necessità di garantire vantaggi materiali o finanziari alle principali confessioni religiose, bensì con la volontà dei redattori del GG di sottolineare il ruolo ancora fondamentale del fattore sociale religioso nella società tedesca all'indomani della guerra mondiale e della disfatta del Terzo Reich, che avevano portato ad un vuoto istituzionale ed ad una crisi morale senza precedenti²³.

Quest'importanza del fattore religioso dava alle Chiese una legittimazione morale notevole: in un deserto morale ed ideologico segnato dalla perdita di tutti i punti di riferimento sociali e culturali, le Chiese hanno contribuito a ridare senso ad una società distrutturata ed in preda alle angosce della loro coscienza collettiva²⁴.

Alcuni autori hanno anche evocato l'idea di una diarchia, in cui Chiesa e Stato sarebbero le due autorità di tutela incaricate d'assicurare e garantire il bene della società e dello Stato²⁵, e questa missione d'intervento delle Chiese, grazie all'importanza del fattore sociale religioso nello spazio e nella vita pubblici, è stato specificamente definito e teorizzato col concetto di *Öffentlichkeitsauftrag*²⁶.

Una parte minoritaria della dottrina ha cercato di dimostrare che dal divieto d'una Chiesa di Stato deriverebbe un divieto generale della presenza del fattore religioso nello spazio pubblico, secondo lo schema francese: secondo questa chiave di lettura, l'art. 137 comma 1 è la proclamazione d'una strettissima neutralità da parte dello Stato, che, unita al principio di neutralità religiosa, rende le altre disposizioni costituzionali relative al fattore sociale

²² FREDERIC SPOTTS, *Kirchen und Politik in Deutschland*, DT Verlag, Stuttgart, 1976, p. 45 ss.

²³ ERNST-WERNER FUSS, *Kirche und Staat unter dem Grundgesetz*, in *Öff. Verw.*, 1961, p. 734 ss.; RALF DREIER – FRIEDRICH SCHWEGMANN, *Probleme der Verfassungsinterpretation*, Nomos, Baden Baden, 1976, p. 59 ss.

²⁴ WOLFGANG HUBER, *Kirche und Staat in der BRD*, in WOLFGANG SCHWEITZER (a cura di), *Das Zeugnis der Kirche in den Staaten der Gegenwart*, Bossey, Frankfurt a.M., 1979, p. 131 ss.

²⁵ HANS MAIER, *Die Kirchen*, in RICHARD LÖWENTHAL – HANS-PETER SCHWARZ, *Die zweite Republik*, Seewald, Stuttgart, 1974, p. 494 ss.

²⁶ WOLFGANG CONRAD, *Der Öffentlichkeitsauftrag der Kirche*, Seewald, Göttingen, 1964, p. 73 ss.; GÖTZ KLOSTERMANN, *Der Öffentlichkeitsauftrag der Kirchen, Rechtsgrundlagen im kirchlichen und staatlichen Recht*, Mohr, Tübingen, 2000, p. 102 ss.; GEORG SCHMIDT, *Kirche und Öffentlichkeit: der Öffentlichkeitsauftrag der katholischen Kirche*, Knecht, Münster, 2000, p. 84 ss.; THOMAS FRIEBEL, *Kirche und politische Verantwortung in der sowjetischen Zone und der DDR 1945 – 1969: eine Untersuchung zum Öffentlichkeitsauftrag der evangelischen Kirchen in Deutschland*, Gütersloh, Marburg, 1992, p. 53 ss.

religioso come delle pretese contrarie alla Costituzione considerata nel suo senso sostanziale²⁷.

Queste pretese sono sì formalmente costituzionali, ma contraddicono il GG preso nel suo insieme, il cui asse portante sarebbe in realtà una stretta neutralità alla francese frutto del combinato disposto degli artt. 4 e 137 comma 1.

Questa teoria è stata contestata dalla dottrina maggioritaria²⁸, sulla base soprattutto di due argomenti: *in primis*, essa porta a gerarchizzare le norme del GG, creando una sorte di diritto costituzionale di serie B comprendente le norme 'religiose' del WRV, mentre, lo stesso *Bundesverfassungsgericht* ha sempre fermamente respinto quest'interpretazione e riaffermato il loro valore costituzionale a pari livello con gli altri articoli²⁹.

La seconda obiezione, poi, respinge e rinnega l'esistenza stessa del 'diritto pregiuridico', secondo la definizione usata dal BVerfG, vale a dire il postulato dei fautori d'una lettura radicale del GG, i quali assimilano il principio di neutralità a quello di rigorosa separazione alla francese, che deriverebbe dal combinato disposto degli artt 4 e 137 comma 1 del GG.

Si tratta d'una lettura che sembra infondata, dato che il GG, all'indomani della Guerra, intendeva fondare un nuovo sistema di valori, il cui principio direttivo è enunciato nel preambolo e nell'articolo 1, cioè il rispetto della dignità umana nella consapevolezza delle proprie responsabilità dinanzi a Dio³⁰, cui si ricollega appunto l'articolo art. 137 comma 1 che riconosce il valore pubblico della religione³¹, da cui discende la legittimità della sua presenza nello spazio pubblico³².

²⁷ HERBERT KRÜGER, *Staatslehre*, Kohlhammer, Stuttgart, 1964, p. 77 ss.; JOACHIM BURMEISTER, *Das Verhältnis von Staat und Kirche unter dem GG*, in HERBERT HALLER (a cura di), *Staat und Recht, FS für Günther Winkler*, Springer, Wien, 1997, p. 139 ss.; ERWIN FISCHER, *Die Trennung von Staat und Kirche*, Frankfurt a.M., Metzner, 1971, p. 103 ss.

²⁸ V. ULRICH SCHEUNER, *Auseinandersetzungen und Tendenzen im deutschen Staatskirchenrecht*, in *DÖV*, 1966, p. 145 ss.; ALEXANDER HOLLERBACH, *Das Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in *AÖR*, 1967, p. 99 ss.; ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik*, in *NJW*, 1976, p. 2089 ss.

²⁹ V. BVerfGE, 19, p. 226 ss.

³⁰ BVerfGE, 19, p. 206 ss. V. JÖRG ENNUSCHAT, *'Gott' und Grundgesetz – Zur Bedeutung der Präambel für das Verhältnis des Staates zu Religion und Religionsgemeinschaften*, in *NJW*, 1998, p. 953 ss.

³¹ PAUL MIKAT, *Staat, Kirchen und Religionsgemeinschaften*, in AA.VV., *Handbuch des Verfassungsrechts*, cit., p. 1425 ss.; HERBERT KRÜGER, *Verfassungsauslegung aus dem Willen des Verfassungsgebers*, in *DVBl*, 1961, p. 685 ss.

³² URSULA BOOS-NÜNNING, *Dimensionen der Religiosität*, Mainz, München, 1972, p. 49 ss.; FABIO FEDE – STEFANO TESTA BAPPENHEIM, *Dalla laïcité di Parigi alla Neutralität di Berlino passando per Roma*, cit., p. 55 ss.

II. *Il quadro normativo-costituzionale indiano.*

In India v'è un fondamentale legame fra diritto e religione all'interno della Costituzione³³: nel Preambolo, l'India si definisce una Repubblica "Sovereign, Socialist, Secular, Democratic", ed il carattere secolare è stato esplicitamente normato a partire dal 1976, con il XLII emendamento³⁴: già da tempo, però, la dottrina aveva teorizzato il 'principio supremo' della laicità dello Stato, come barriera insormontabile alla creazione d'uno Stato teocratico, sicché la previsione di particolari e specifici privilegi istituzionalizzati a favore d'una religione di Stato, o d'una religione della maggioranza della popolazione, sarebbe oggi come oggi costituzionalmente illegittima³⁵, e gli eventuali atti del Governo centrale sarebbero automaticamente nulli, mentre se la laicità della Costituzione federale venisse violata da un atto d'uno degli Stati suoi componenti, è la stessa Costituzione, ex art. 356, a prevedere il da farsi: allorché, infatti, uno Stato violasse i propri doveri previsti dalla Costituzione federale, il Presidente federale assume su di sé le competenze legislative del Governo dello Stato de quo, e trasferisce quelle legislative al Parlamento federale³⁶.

Questa rigorosa difesa del carattere laico e secolare dello Stato federale nasce dall'acquisita consapevolezza che la pace sociale in uno Stato multireligioso come l'India è possibile solo a condizione che lo Stato federale non si identifichi con nessuna specifica religione, al contempo garantendo ad ogni cittadino il fondamentale diritto di vivere conformandosi alle proprie convinzioni religiose³⁷, e quindi il principio del pluralismo e della tolleranza, le cui radici vengono individuate dalla dottrina nell'Induismo³⁸, e così definite: "La libertà di religione e di coscienza, compresa la libertà per quelli che non hanno una religione; la libertà di libera attività per tutte le religioni, che hanno il solo obbligo di non interferire l'una con l'altra o con i principi fondamentali dello Stato"³⁹.

Nel testo costituzionale, peraltro, il concetto di 'secolarità' non è definito: secondo la dottrina, esso significa semplicemente eguale rispetto per tutte le

³³ Cfr. <https://www.india.gov.in/my-government/constitution-india/constitution-india-full-text>

³⁴ MOOLAMATTOM VARKEY PYLEE, *Constitutional Amendments in India*, New Delhi, ULP, 2017, p. 170 ss.

³⁵ MAHABIR PRASHAD JAIN, *Indian Constitutional Law*, art. 25, New Delhi, 2013, ULP, p. 1406 ss.

³⁶ V. FABIO FEDE, *Il Capo dello Stato "arbitro" istituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1997, p. 1167 ss.

³⁷ Supreme Court of India, *Affaire Bommai vs India*, in *AIR*, 1994 SC 1918, p. 2000 ss.

³⁸ ROMILA THAPAR, *Secularism and History*, in EADEM (a cura di), *Cultural Pasts. Essays in Early Indian History*, New Delhi, Oxford University Press, 2000, p. 1015 ss.; PROBAT CHANDRA CHATTERJI, *Secular Values for Secular India*, LOLA, New Delhi, 1995, p. 232 ss.

³⁹ BHIKHU PAREKH, *Nehru and the National Philosophy of India*, in *Ec. Pol. Week.*, 1991, p. 34 ss.

religioni⁴⁰, e secondo la Corte Suprema esso significa che non viene accordato a nessuna confessione uno status particolare, ma che lo Stato assume una posizione di benevola ed amichevole neutralità verso tutte le religioni: “La nostra Costituzione è neutrale in materia religiosa, ma allo stesso tempo è benevola e amichevole verso tutte le religioni, per quanto ciò possa sembrare inaccettabile agli atei. Gli articoli 25 e 26 [relativi alla libertà religiosa individuale ed a quella in forma associata, NdA] implicano la tolleranza verso tutte le religioni”⁴¹, e “la tolleranza religiosa e l’eguale trattamento di tutti i gruppi religiosi e la protezione della loro esistenza e delle loro proprietà e dei loro luoghi di culto è parte essenziale del secolarismo come definito nella nostra Costituzione”⁴².

Lo Stato non può operare nessun tipo di discriminazioni su base religiosa, e ciò, in uno Stato la cui popolazione è in larghissima maggioranza induista, dà alla Costituzione un fortissimo carattere di garanzia antimaggioritaria, riconoscendo accanto al dominante Induismo tutte le altre confessioni religiose come titolari di pari diritti.

Un’ulteriore caratteristica del Secolarismo indiano viene individuata dalla Dottrina nell’obiettivo di riforma programmatica prevista dalla Costituzione stessa, sotto il nome di separatismo proattivo⁴³, ovvero la possibilità, ex artt. 15 comma 4⁴⁴, 25 comma 2 e 26 lettera d Cost., di intervenire contro tradizioni religiose contrarie ai diritti umani e promuovere invece riforme religiose ad essi conformi, come *ad ex.* autorizzare misure di aiuto specifiche per i paria che li autorizzino per legge a poter entrare nei templi indù, e misure che dichiarino ammissibile un controllo statale sull’amministrazione dei beni delle confessioni religiose⁴⁵.

Sono poi gli articoli 25-28 Cost. ad illustrare nel dettaglio i vari aspetti in cui si articola la libertà religiosa, che copra la garanzia individuale della

⁴⁰ APARAJITA BARUAH, *Preamble of the Constitution of India: an insight and comparison with other constitutions*, D&D, New Delhi, 2007, p. 45 ss.

⁴¹ Supreme Court of India, affaire Police vs Acharya Jagdishwarananda Avadhuta, dell’11 marzo 2004, in AIR 1984 SC 51 ss.

⁴² Supreme Court of India, affaire Bommai vs India, *cit.*, e affaire Uttar Pradesh vs Lalai Singh Yadav, in AIR 1976 SC 213 ss.

⁴³ JENNIFER COLEMAN, *Authoring (In)Authenticity, Regulating Religious Tolerance. The Implications of Anti-Conversion Legislation for Indian secularism*, in *Cult. Dynam.*, 2008, pp. 245 ss.; GRANVILLE AUSTIN, *The Indian Constitution. Cornerstone of a Nation*, New Delhi, Oxford University Press, 2010, pp. 50 ss.; v. CARLO CARDIA, *Le sfide della laicità*, San Paolo, Cinisello Balsamo, 2007, *passim*.

⁴⁴ “Nothing in this article or in clause (2) of article 29 shall prevent the State from making any special provision for the advancement of any socially and educationally backward classes of citizens or for the Scheduled Castes and the Scheduled Tribes.”

⁴⁵ IRA DAS, *Staat und Religion in Indien*, Tübingen, Mohr, 2004, pp. 32 ss.

libertà religiosa (art. 25)⁴⁶, il diritto d'autonomia ed autodeterminazione delle confessioni religiose (art. 26)⁴⁷, il diritto a non contribuire finanziariamente ad una confessione religiosa (art. 27)⁴⁸, il diritto ad avere scuole statali senza corsi di religione (art. 28)⁴⁹.

Il concetto di 'religione', però, non è stato precisato dalla Costituzione indiana, per varie ragioni storico-politiche⁵⁰, ma è stato definito dalla Corte Suprema: la religione è materia di fede individuale e collettiva, non è necessariamente teista, si basa indubbiamente su un sistema di dogmi o dottrine che sono visti, dai fedeli, come strumenti per il loro benessere spirituale e include anche un codice di norme etiche per i suoi fedeli⁵¹.

La sottolineatura del 'benessere spirituale' ricomprende sia la fede in una

⁴⁶ "25. (1) Subject to public order, morality and health and to the other provisions of this Part, all persons are equally entitled to freedom of conscience and the right freely to profess, practise and propagate religion.

(2) Nothing in this article shall affect the operation of any existing law or prevent the State from making any law—

(a) regulating or restricting any economic, financial, political or other secular activity which may be associated with religious practice;

(b) providing for social welfare and reform or the throwing open of Hindu religious institutions of a public character to all classes and sections of Hindus.

Explanation I.—The wearing and carrying of kirpans shall be deemed to be included in the profession of the Sikh religion.

Explanation II.—In sub-clause (b) of clause (2), the reference to Hindus shall be construed as including a reference to persons professing the Sikh, Jaina or Buddhist religion, and the reference to Hindu religious institutions shall be construed accordingly."

⁴⁷ "26. Subject to public order, morality and health, every religious denomination or any section thereof shall have the right—

(a) to establish and maintain institutions for religious and charitable purposes;

(b) to manage its own affairs in matters of religion;

(c) to own and acquire movable and immovable property; and

(d) to administer such property in accordance with law"

⁴⁸ "27. No person shall be compelled to pay any taxes, the proceeds of which are specifically appropriated in payment of expenses for the promotion or maintenance of any particular religion or religious denomination"

⁴⁹ "28. (1) No religious instruction shall be provided in any educational institution wholly maintained out of State funds.

(2) Nothing in clause (1) shall apply to an educational institution which is administered by the State but has been established under any endowment or trust which requires that religious instruction shall be imparted in such institution.

(3) No person attending any educational institution recognised by the State or receiving aid out of State funds shall be required to take part in any religious instruction that may be imparted in such institution or to attend any religious worship that may be conducted in such institution or in any premises attached thereto unless such person or, if such person is a minor, his guardian has given his consent thereto".

⁵⁰ SANWAT RAJ BHANSALI, *The Constitution of India*, IPH, Jodhpur, 2007, p. 200 ss.

⁵¹ Supreme Court of India, *affaire Madras vs Sri Lakshmindra Thirtha Swamiar of Sirur Mutt*, in *Mad. Law Jour.*, 1954, p. 596 ss.

vita trascendente come pure in un'immanenza totale, a seconda dei principi religiosi delle varie confessioni religiose, che con questa formula sono tutte parimenti protette, sicché qualunque cosa leghi una persona alla propria coscienza e qualunque morale ed etica principi regolino la vita degli uomini, ciò rispondere al concetto di religione come intesa nella Costituzione⁵².

Ex art. 25 sono protetti tanto il foro interno quanto il foro esterno, cioè non solo la libertà di avere una data fede religiosa, ma anche quella di manifestarla⁵³: quest'ultima, secondo la costante giurisprudenza, rientra però nella protezione costituzionale della libertà religiosa solo in parte, ossia limitatamente alla misura in cui la manifestazione religiosa *in se ipsa* sia sostanzialmente ed integralmente legata e prescritta dalla confessione religiosa de qua, mentre non garantirebbe le manifestazioni accessorie o comunque dipendenti dalla libera scelta del fedele; ciò obbliga i Tribunali ad un'autonoma valutazione, sulla base degli scritti e delle tradizioni della confessione religiosa coinvolta, per valutare se una data manifestazione religiosa sia prescritta dai principi generali di quella fede: è stata la Corte Suprema, infatti, a stabilire che il diritto alla libertà religiosa, garantito ex artt. 25 e 26 Cost., non è un diritto assoluto o illimitato a fare propaganda della propria religione, cosa che è sottoposta alle norme di legge che regolano o limitano ogni attività, economica, finanziaria, politica, cui sia associata una fede, credenza, opinione o pratica religiosa; ciò che sia parte essenziale di una religione *in se ipsa* e dei suoi riti religiosi e di culto non può essere definito una volta per tutte, ma dev'essere valutato nel contesto in cui la questione si pone, allo scopo di determinare i riferimenti di fatto e storico-normativi da prendere in considerazione per poter prendere una decisione; spetta quindi ai tribunali, volta per volta, valutare il singolo caso concreto e stabilire se una determinata pratica o ritualità sia essenziale per una determinata confessione religiosa rientrando fra quelle assolutamente fondamentali sulla base dell'evidenza dei precetti religiosi della confessione stessa, e non sulla base di decisioni umane, in modo da garantire allo Stato la possibilità di garantire l'esercizio della libertà religiosa nell'interesse della comunità di fedeli, *in primis*, e di quella generale *in secundis*⁵⁴.

La dottrina, tuttavia, ha rilevato come rimangano imprecisate le fonti ed i criteri su cui si possa basare questa valutazione, ovvero a chi un Tribunale possa chiedere di valutare l'essenzialità d'un dato fenotipo della libertà religiosa⁵⁵, ed anzi l'attribuzione di questa competenza valutativa a tribunali

⁵² Supreme Court of India, affaire Andhra Pradesh vs Narayana Deekshitulu, in AIR, 1996 SC 1765 ss.

⁵³ Supreme Court of India, affaire Madras vs Sri Lakshmindra Thirtha Swamiar of Sirur Mutt, *cit.*,

⁵⁴ Supreme Court of India, affaire Andhra Pradesh vs Narayana Deekshitulu, *cit.*, p. 1792 ss.

⁵⁵ RAJEEV DHAVAN, *Religious Freedom in India*, in Am. J. Comp. Law, 1987, p. 209 ss.; BADRINATH RAO,

statali indiani costituisce, secondo alcuni autori, una lesione del principio costituzionale del secolarismo, ed è una particolarità che richiama, ancora una volta, un precedente tedesco, ossia quando il *Bundesverfassungsgericht* valutò autonomamente la religiosità di un simbolo, nella famosa sentenza del 1995⁵⁶.

L'applicazione di questa valutazione si è avuta a proposito del gruppo indù degli Ananda Margis, ai cui fedeli è stata vietato lo svolgimento in pubblico della danza Tandava, nella quale venivano usati teschi ed ossa umane, ed è stata giudicata in sede giudiziaria non essenziale, cioè non obbligatoriamente prescritta né dai principî fondamentali dell'Induismo, né da quelli specifici e particolari del gruppo Ananda Margis⁵⁷.

Analoga situazione si è avuta riguardo alla comunità islamica, cui è stato vietato per sentenza di procedere all'uccisione rituale di mucche durante la festa dell'*Eid ul-Adha*, ritenuta un rituale non essenzialmente legato ai precetti islamici: secondo la sentenza, infatti, nel Corano è prevista *expressis verbis* la possibilità alternativa dell'uccisione di cammelli e di capri, ciò che evidentemente dimostra come non sia essenziale l'uccisione proprio di mucche⁵⁸.

Come limitazioni del foro esterno, ex art. 25 comma 1, possono aversi l'ordine pubblico, la moralità e la tutela della salute, elementi che però possono essere invocati anche come limitazioni del diritto alla libertà di parola, ex art 19 comma 2⁵⁹, e la Corte Suprema ha, al riguardo, chiarito come le discussioni in materia religiosa, anche pubbliche, siano di per sé lecite e costituzionalmente consentite, quand'anche avessero un tono critico, purché rispettino alcune limitazioni: non possono essere fatte per motivi politici, non possono criticare i principî od i dogmi religiosi in se ipsis⁶⁰, ma solo una loro interpretazione od

Religion, Law and Minorities in India. Problems with Judicial Regulation, in JAMES RICHARDSON (a cura di), *Regulating Religion. Case Studies from Around the Globe*, New York, Kluwer, 2004, p. 381 ss.

⁵⁶ PRATAP BHANU MEHTA, *Passion and Constraint. Courts and Regulation of Religious Meaning*, in RAJEEV BHARGAVA (a cura di), *Politics and Ethics of the Indian Constitution*, New York, Oxford University press, 2008, p. 309 ss.; MARIO PATRONO, *The Protection of fundamental Rights by Constitutional Courts – A comparative Perspective*, in *New Z. Ass. Comp. Law Yearbook*, 1999, p. 409 ss.

⁵⁷ SANWAT RAJ BHANSALI, *The Constitution of India*, art. 25, cit., p. 370 ss.

⁵⁸ Supreme Court of India, *affaire Hashmattullah vs. State of Madhya Pradesh*, 10 maggio 1996, in AIR, 1995 SC 464 ss.

⁵⁹ 19. (1) All citizens shall have the right—
(a) to freedom of speech and expression;
[...]

(2) Nothing in sub-clause (a) of clause (1) shall affect the operation of any existing law, or prevent the State from making any law, in so far as such law imposes reasonable restrictions on the exercise of the right conferred by the said sub-clause in the interests of the sovereignty and integrity of India, the security of the State, friendly relations with foreign States, public order, decency or morality, or in relation to contempt of court, defamation or incitement to an offence”.

⁶⁰ V. FAUSTINO DE GREGORIO, *Idea della sovranità del diritto divino*, in AA.VV., *Studi in memoria di*

applicazione, debbono essere fatte in buona fede, la quale è presunta nel caso in cui fossero fatte da un fedele della religione criticata, mentre va provata nel caso in cui fossero fatte da un fedele di un'altra religione⁶¹.

L'art. 25 comma 2 Cost. dà allo Stato il potere di regolamentare le attività economiche, politiche, culturali, *etc.*, anche se connesse all'esercizio della libertà religiosa, ed inoltre esso può anche farsi promotore di riforme specifiche nell'ambito delle tradizioni e dei principî religiosi, come permettere il libero accesso dei paria ai tempi hindu pubblici⁶².

La giurisprudenza costituzionale ha posto al centro del punto di bilanciamento fra il diritto di libertà religiosa e di culto, da un lato, e questo potere di regolamentazione dello Stato, dall'altro, il fattore dell'ordine pubblico, o della pace sociale: il diritto di libertà religiosa, individuale e collettivo, comprende senz'altro il diritto di fare propaganda della propria religione, a patto che ciò non turbi la pace sociale, come è stato stabilito nella sentenza *Veerabrahmam*, in cui un autore indù aveva scritto un libro di critiche davvero pesantissime alla Bibbia, ridicolizzandone i dogmi e gli avvenimenti narrati, ed invitando i Cristiani a convertirsi all'Induismo; citato in giudizio, aveva invocato la libertà religiosa nella declinazione concreta della libertà di fare propaganda della propria confessione, ed era stato assolto, perché "a tutti i cittadini indiani è assicurata la libertà religiosa [...] e ciascuno ha il diritto di cercare di convincere altri a seguire la sua via per la salvezza, se ciò non turba la pace sociale [...] Il tono del libro citato in giudizio è indubbiamente molto aggressivo, tuttavia non ci sono state reazioni di massa, quindi non è stata turbata la pace sociale, sicché questo libro costituisce legittimo esercizio di quell'aspetto della libertà religiosa che è il diritto di propaganda"⁶³.

In questo ambito della propaganda religiosa, poi, la giurisprudenza indiana ha sviluppato un concetto interessante, cioè quello del proselitismo statale non comparativo: proprio perché l'India non è uno Stato laicista in senso antireligioso od a-religioso, è possibile che in un libro di testo scolastico statale adottato in una scuola statale venga fatta propaganda a favore dell'Induismo,

Antonio Romano Tassone, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 1053 ss.; MARIA GABRIELLA BELGIORNO DE STEFANO, *La comparazione nel diritto delle religioni del libro*, IANUA, Roma, 2002, *passim*; JUAN IGNACIO ARRIETA, *La salus animarum quale guida applicativa del diritto da parte dei pastori*, in *IE*, 2000, p. 343 ss.

⁶¹ SHUBHADA KUMBHAJ, *Freedom & Public Peace*, UBK, Jaipur, 1990, p. 20 ss.

⁶² JOHN DUNCAN DERRETT, *Religion, Law and the State*, Oxford University Press, New Delhi, 2009, p. 448 ss.

⁶³ Andhra Pradesh High Court, affare *N. Veerabrahmam vs. Andhra Pradesh*, 12 marzo 1959, in *CriLJ*, 1959, p. 1280 ss.

a condizione, però, che nel contempo non si denigrino le altre religioni⁶⁴; a questo riguardo, la giurisprudenza elabora anche il concetto di suscettibilità religiosa da non urtare, ossia la suscettibilità di parte della popolazione relativamente alla propria sensibilità religiosa⁶⁵, la quale, tuttavia, non può essere illimitata e lasciata al sentimento individuale, ma dev'essere ancorata ad una oggettiva valutazione che può fare solo il giudice del caso concreto.

⁶⁴ Punjab High Court, affaire Master Aman Preet Singh vs India, 19 aprile 1996, in AIR, 1996, p. 284 ss.

⁶⁵ Supreme Court of India, affaire Faruk vs. Madhya Pradesh, 1 aprile 1969, in SCR, 1970, p. 156 ss.

Linguaggi liturgici e identità religiose nella Riforma Protestante. La musica nel rito luterano e calvinista

MARIA D'ARIENZO

1. Note introduttive

«...Il silenzio e gli occhi di tutti fissarono il predicatore.

Egli si fermò un momento; poi, inginocchiatosi sulla prora del pulpito, congiunse le grandi mani brune sul petto, sollevò gli occhi chiusi, e pregò con devozione così profonda che pareva inginocchiato a pregare dal fondo del mare.

Finito che ebbe, cominciò, con tonalità lunghe e solenni, come quelle dell'incessante rintocco della campana di bordo su una nave che affonda in alto mare nella nebbia, a leggere l'inno che segue, cambiando il tono in esultante e gioioso verso le ultime strofe:

*Le costole e i terrori dentro la balena,
racchiudevano sopra di me orride tenebre,
mentre i flutti di Dio si volgevano sereni nel sole,
sprofondandomi nella mia sorte funesta.
Vidi spalancate le fauci dell'inferno,
là dov'erano patimenti e dolori senza fine
di cui nessuno, se non chi li ha provati, può dire.
Oh, cadevo nell'abisso della disperazione.
Dalla cupa angoscia invocai il mio Dio
mentre appena potevo sperare in Lui,
ed Egli piegò il capo a udire i miei lamenti
e la balena mi lasciò libero.
Veloce volò Egli in mio aiuto
come portato da un argenteo delfino;
terribile eppur fulgido, come luce sfolgorante,
era il volto del mio Dio liberatore.
I miei canti per sempre ricorderanno
quella tremenda, quella gioiosa ora.*

*Io rendo gloria al mio Dio,
alla sua misericordia e alla sua potenza!*

Tutti s'unirono a cantare quest'inno che saliva alto, sopra il lamento della bufera. Seguì una breve pausa, il predicatore voltò lentamente le pagine della Bibbia e, alla fine, posando la mano sulla pagina giusta, disse: «Amati compagni, prendete il primo verso del secondo capitolo del Libro di Giona: "E Dio preparò un gran pesce per inghiottire Giona».

(HERMANN MELVILLE, *Moby Dick*, traduzione di Cesarina Minoli, Mondadori, Milano, 1986)

Il passo del capitolo IX, *Il Sermone*, del celebre romanzo di Melville, *Moby Dick*, riportato in esergo – dove è citata una parafrasi libera del Salmo 18 – introduce efficacemente alla tematica dei rapporti tra la religione e le arti, o più precisamente tra la religione e la letteratura, anche tra l'altro nella sua narrazione cinematografica.

Ancor più *l'incipit* è apparso incisivo proprio in quanto indica immediatamente l'oggetto di riflessione che si intende affrontare nel prosieguo del contributo: la funzione del canto nella preghiera, e più ampiamente della musica nel rito religioso, quale espressione della teologia su cui si strutturano le norme liturgiche degli specifici culti. La regolamentazione della musica nel diritto liturgico è, in altri termini, l'angolazione prescelta per delineare la specificità delle diverse identità religiose.

Il rapporto tra suono e parola nel procedere del rito appare un profilo di particolare interesse sotto diversi aspetti. Innanzitutto poiché consente di evidenziare l'essenza di funzione che accomuna la musica come forma di comunicazione relazionale tra la sfera intellettuale ed emotiva e la spiritualità della parola, nella preghiera. Inoltre, e soprattutto, perché suggerisce le affinità riscontrabili tra il linguaggio della musica e il linguaggio liturgico in quanto concatenazioni secondo uno schema ritmico di atti e gesti cerimoniali da un lato, e sequenze di intervalli melodici ed armonici dall'altro, all'interno di un sistema compiuto e regolato da precise, anche se non rigide, strutture formali che contraddistinguono gli stili e la loro evoluzione nelle diverse culture¹.

¹ Sulla relazione intrinseca tra forma e significato sottesa al linguaggio della musica occidentale cfr. THRASYBULOS GEORGIADIS, *Musica e linguaggio*, Guida editori, Napoli, 1989 [ed. or., *Musik und Sprache. Das Werden der abendländischen Musik dergestellt, un der Vertonung der Messe*, Springer Verlag, Berlin, 1954].

Sul rapporto tra le strutture formali della musica e del linguaggio, cfr. EDUARD HANSLICK, *Il Bello musicale*, Aesthetica, Palermo, 2001 [ed. or., *Vom Musikalisch-Schönen*, Leipzig, 1854]. Sull'estetica musicale di Hanslick, cfr. MASSIMO MILA, *L'esperienza musicale e l'estetica*, Einaudi, Torino, 1981⁵,

Vorrei subito precisare tre punti.

Le mie riflessioni non saranno incentrate sui rapporti tra musica e religione, sebbene questi siano indubbiamente di grande interesse proprio nella prospettiva propria ad entrambe di ricerca del principio di perfettibilità nel processo che conduce all'armonia tra esteriorità ed interiorità². Dunque non mi soffermerò sul valore conoscitivo più che sensoriale del carattere sacro della musica che si invera nel rito³ riscontrabile in ogni tradizione religiosa, da quella ebraica a quella cristiana, da quella islamica a quella indù o buddhista.

Così come non mi soffermerò sui rapporti tra musica e diritto sotto il profilo del metodo di interpretazione⁴ o della regolamentazione, attraverso la misu-

cap. I, *Hanslick, pro e contro*, pp. 1-23.

Sulla musica come "linguaggio delle emozioni", cfr. CARL DAHLHAUS, *L'estetica musicale*, Astrolabio, Roma, 2009 [ed. or., *Musikästhetik*, Laaber Verlag, Laaber, 1986]; STEFANO OLIVA, *Perché la musica? Le quattro cause dell'estetica musicale*, in *De musica*, 21, 2017; Id., *Quale paradigma per il 'linguaggio della musica'? Verso una filosofia del gesto musicale*, in *Rivista italiana di filosofia del linguaggio*, 2, 2017, pp. 205-216.

² Nella vasta letteratura sull'argomento, si veda *inter alios*, GIUSEPPE SCHENA, *Musica e religione. Conferenza tenuta nel salone Chigi-Saracini il 6 aprile 1946*, in *Quaderni dell'Accademia Chigiana*, 8, 1946, pp. 1-24; BIANCAMARIA BRUMANA, GALLIANO CILIBERTI (a cura di), *La musica e il sacro. Atti dell'Incontro internazionale di studi (Perugia, 29 settembre-1 ottobre 1994)*, Olschki, Firenze, 1997; JULES COMBAREIEU, *La musica e la magia*, Mondadori, Milano, 1982, Parte V, cap. I, *Musica e religione*, p. 375 ss. [ed. or., *La musique et la magie. Étude sur les origines populaires de l'art musical. Son influence et sa fonction dans les sociétés*, A. Picard ed., Paris, 1909]; EDWIN SEROUSSI, *La musica e il trascendente*, in TULLIA MAGRINI, *Universi sonori*, Einaudi, Torino, 2002; SUSANNA PASTICCI, *Musica e Religione*, in *Enciclopedia della Musica*, diretta da JEAN-JACQUES NATTIEZ, Parte I, *Il Novecento*, Einaudi, Torino, 2001, pp. 420-443; i contributi pubblicati in JEAN-JACQUES NATTIEZ (dir.), *Enciclopedia della musica*, vol. III, *Musica e culture*, parte III, *Musica e religioni*, Einaudi, Torino, 2003, pp. 279-501; HANS KUNG, *Musica e religione*, Queriniana, Brescia, 2012. Per il taglio incentrato sul linguaggio della musica quale codice culturale identitario, si segnala il numero monografico, *Musica e Religione*, con i contributi di FRANCESCO SPAGNOLO, NICOLA TANGARI, GIROLAMO GAROFALO, EDWIN SEROUSSI, SIMONE TARSIANI, pubblicati su *EM. Rivista degli Archivi di Etnomusicologia dell'Accademia Nazionale Santa Cecilia*, II, n. 2, 2006.

³ BRUNO CERCHIO, *Il suono filosofale. Musica e alchimia*, Libreria Musicale Italiana Editrice, Lucca, 1993, p. 53. Sulla musica come linguaggio simbolico dei sentimenti e sul rapporto tra logica simbolica e strutturazione formale dell'esperienza, cfr. SUSANNE K. LANGER, *Filosofia in una nuova chiave: linguaggio, mito, rito e arte*, Armando, Roma, 1965 (ed. or. *Philosophy in a new key. A Study in the Symbolism of Reason, Rite and Art*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1942); EAD., *Sentimento e forma*, Feltrinelli, Milano, 1965 (ed. or. *Feeling and Form: A Theory on Art Developed from Philosophy in a New Key*, Routledge and Kegan Paul, London, 1953). Riguardo alla teoria della Langer sulla musica, cfr. ENRICO FUBINI, *Musica e linguaggio nell'estetica contemporanea*, Einaudi, Torino, 1973, pp. 70-84. Sulla estetica musicale analitica, cfr. SILVIA VIZZARDELLI, *Musica*, in PAOLO D'ANGELO (a cura di), *Le arti nell'estetica analitica*, Quodlibet, Macerata, 2008, pp. 77-103; DOMENICA LENTINI (a cura di), *La musica e le emozioni. Percorsi nell'estetica analitica*, Mimesis, Milano-Udine, 2014, pp. 9-33. Per un confronto tra Langer e Wittgenstein sulla forma di conoscenza sensibile, cfr. STEFANO OLIVA, *La chiave musicale di Wittgenstein. Tautologia, gesto, atmosfera*, Mimesis, Milano-Udine, 2016.

⁴ In ambito anglosassone già a partire dagli anni quaranta del Novecento JEROME FRANK pubblicò due saggi (*Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation*, in *Columbia Law Review*, 8,

ra, della dimensione spazio-temporale e la declinazione, attraverso il criterio della forma, delle categorie che strutturano il sistema musicale da un lato e giuridico dall'altro⁵. Aspetti e prospettive di indagine di grande interesse e fecondi di ulteriori approfondimenti a partire dalle riflessioni già sviluppate nei pregevoli studi che hanno evidenziato le profonde affinità tra campi apparentemente così distanti⁶.

1947, pp. 1259-1278; Id., *Say it with Music*, in *Harvard Law Review*, 61, 1948, p. 921 ss.), nei quali la funzione performativa dell'interpretazione musicale era posta in parallelo con l'interpretazione giurisprudenziale. Jerome Franck è difatti considerato a buon diritto come l'antesignano della corrente di studi incentrata sulla comparazione tra diritto e musica, denominata a partire dagli anni ottanta come *Law as music*. Quasi contemporaneamente, anche in Italia si sviluppò in campo musicologico un vivace dibattito sulla natura dell'interpretazione, inaugurata dall'articolo di GUIDO M. GATTI, *Del problema dell'interpretazione musicale*, in *Rassegna musicale*, 3, 1930, p. 225 ss., nel quale intervennero anche valenti giuristi come Salvatore Pugliatti ed Emilio Betti. Per una ricostruzione del dibattito italiano sulla funzione dell'interprete, cfr. ENRICO FUBINI *Musica e linguaggi nell'estetica contemporanea*, Einaudi, Torino, 1973, p. 8 ss.

La comparazione tra l'esperienza giuridica e quella musicale è affrontata da Emilio Betti già nella prolusione al corso di diritto civile pubblicata con il titolo: *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 85, 1948, p. 34 ss., sviluppate successivamente in Id., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Giuffrè, Milano, 1949, pp. 4 e 22; Id., *Teoria generale dell'interpretazione*, II, Giuffrè, Milano, 1955, p. 760 ss.

Nota è la critica al formalismo del linguaggio musicale e giuridico e al rapporto tra creatore dell'opera ed esecutore affrontata da SALVATORE PUGLIATTI in alcuni suoi scritti: *L'interpretazione musicale*, in *Secolo nostro*, 1, 1940, pp. 12-27, ora ripubblicato a cura di ALBA CREA e con una presentazione di ENRICO FUBINI dalle edizioni della Filarmonica Laudano, Messina, 1993; Id., *Variazioni al tema dell'interpretazione musicale*, in *Secolo nostro*, 2, 1940, pp. 79-93; Id., *Nuove variazioni all'interpretazione musicale*, 4, 1940, pp. 155-159; Id. *La musica nell'opera di Dicearco da Messina e di Cicerone*, Reale Accademia Peloritana, Messina, 1945. Sulla comparazione tra l'interpretazione giuridica e musicale nel pensiero di Pugliatti, cfr. GIOVANNI IUDICA, *Interpretazione giuridica e interpretazione musicale*, in *Rivista di diritto civile*, 2, 2004, pp. 467-479; DIEGO ZUINO, *Profili dell'interpretazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 173 ss.; CIRO PALUMBO, *Norma, diritto, interpretazione. Grammatica e filosofia del diritto a partire da Salvatore Pugliatti*, con prefazione di ANGELO FALZEA, Giappichelli, Torino, 2016, p. 269 ss. Per un raffronto tra la teoria dell'interpretazione di Pugliatti e quella del Betti cfr. GIORGIO RESTA, *Variazioni comparatistiche sul tema diritto e musica*, in *Comparazione e diritto civile*, 2010, consultabile all'indirizzo: www.comparazioneediritto.civile.it; Id., *Il giudice e il direttore d'orchestra. Variazioni sul tema: diritto e musica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2011, pp. 435-460.

⁵ DANIEL KORNSTEIN, *The Music of the Laws*, Everest House Publisher, New York, 1982; NORBERT ROULAND, *La raison, entre musique et droit: consonances*, in *Droit et musique. Actes du colloque d'Aix-Marseille III*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille-PUAM, Aix-en-Provence, 2001, pp. 109-191; ERIKA ARBAN, "Seeing Law in Terms of Music". *A Short Essay on Affinities between Music and Law*, in *Les Cahiers de droit*, 58, 2017, pp. 67-86.

⁶ Tra gli studi attinenti alle affinità tra diritto e musica o più specificamente riconducibili alla corrente denominata *Law as music* – che ha per obiettivo la interazione tra la metodologia della critica musicale e quella giuridica – cfr. GEORG SCHWALM, *Gedanken über gemeinsamkeiten zwischen der juristischen und der musikalischen Interpretation*, in HANS-HEINRICH JESCHECK, HANS LÜTTGER (eds.), *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1977, pp. 53-77; CAROL WEISBROD, *Fusion Folk: A Comment on Law and Music*, in *Cardozo Law Review*, 20, 1999, pp. 1439-1458; JACK M. BALKIN, SANFORD LEVINSON, *Law, Music and Other Performing Arts*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 139, 1991, pp. 1597-1658; Id., *Interpreting Law and Music: Performance Notes on "The Banjo Serenader" and "The Lying Crowd of Jews"*, in *Cardozo Law Review*, 20,

Il mio contributo verterà invece sui rapporti tra diritto e religione *attraverso* la musica e più specificamente attraverso la regolamentazione dell'uso della musica nel suo aspetto culturale e liturgico⁷.

La pregnanza della funzione del canto e in senso più ampio dell'elemento musicale nella liturgia religiosa⁸ è contraddistinta dai limiti dati dal rito, dai suoi ritmi, dalla sequenza degli atti cerimoniali con i quali concorre, insieme alla parola e ai gesti, a far risaltare il senso teologico dell'azione culturale e

1999, pp. 1513- 1572; DESMOND MANDERSON, *Songs without Music. Aesthetic Dimensions of Law and Justice*, University of California Press, Berkeley, 2000, *passim*; ID., *Fission and Fusion: From Improvisation to Formalism in Law and Music*, in *Critical Studies in Improvisation*, 6, 2010, p. 1 ss., consultabile all'indirizzo: <http://ssrn.com/abstract=2122874>; EUGENIO PICOZZA, *L'interpretazione musicale ed il metronomo. Problemi di interpretazione tra diritto e musica*, in *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 9, 2004, pp. 327-366; JEAN COMBACAU, *Interpréter des textes, réaliser des normes: la notion d'interprétation dans la musique et dans le droit*, in *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 261-277; MÔNICA SETTE LOPES, *Uma metáfora: música & direito*, LTR, São Paulo, 2006; JAHIEL RUFFIER-MERAY, *Lire la partition juridique. Interprétation en droit et en musique*, in JEAN JACQUES SUEUR (ed.), *Interpreter et traduire*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 233-272; BERNHARD GROSSFELD, JACK A. HILLER, *Music and Law*, in *The International Lawyer*, 3, 2008, pp. 1147-1180; GIORGIO RESTA, *Variazioni comparatistiche sul tema diritto e musica*, cit.; ID., *Il giudice e il direttore d'orchestra. Variazioni sul tema: diritto e musica*, cit.; MARCO COSSUTTA, *Sull'interpretazione della disposizione normativa e su i suoi possibili rapporti con l'interpretazione musicale*, in *Tigor. Rivista di scienze della comunicazione*, 1, 2011, pp. 101-112; VALERIO NITRATO IZZO, *Interprétation, Musique, droit: performance musical et exécution de normes juridiques*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1, 2007, pp. 99-127; ID. *Diritto e musica; performance e improvvisazione nell'interpretazione e nel ragionamento giuridico*, in MARIA PAOLA MITTICA (a cura di), *Dossier Diritto e narrazioni. Temi di diritto, letteratura e altre arti. Atti del secondo convegno nazionale, Bologna 3-4 giugno 2010*, Ledizioni, Milano, 2011, pp. 125-143; FLAVIA MARISI, *Judicial Interpretation and Musical Performing Practice. A Comparison*, in *International Journal of the Arts in Society*, 5, 2011, pp. 289-302; AGATA AMATO MANGIAMELLI, CLAUDIA FARALLI, MARIA PAOLA MITTICA (a cura di), *Arte e limite. La misura del diritto. Atti del III Convegno nazionale della Società Italiana di Diritto e Letteratura. Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata", 16-17 giugno 2011*, Aracne, Roma, 2012; MARIO CATERINI, *Musica, diritto e legalità. Il giudice penale tra Stravinskij e Glenn Gould*, in PAOLO STANCAI (a cura di), *Scritti in memoria di Albino Saccomanno. Costituzione, garanzie, tutele sociali*, Aracne, Roma, 2012, pp. 99-126; LUCA ORCIANI, *Verso una comune forma di improvvisazione. Intelletto, emozione, intuizione in Law & Music*, in *Italian Society for Law and Literature, ISLL Papers*, vol. 6, 2013, consultabile all'indirizzo: <http://www.lawandliterature.org>, pp. 14-16; MARIO BRUNELLO, GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Interpretare: dialogo tra un musicista ed un giurista. Il Mulino*, Bologna, 2016; ANGELO PIO BUFFO, *Interpretation and Improvisation: The Judge and the Musician Between Text and Context*, in *International Journal for the Semiotics of Law-Revue internationale de Sémiotique juridique*, 2, 2018, pp. 215-239.

Per una critica alla utilità effettiva per i giuristi degli studi sui rapporti tra musica e diritto, cfr. tuttavia BASIL MARKESINIS, *Good and Evil in Art and Law. An Extended Essay*, Springer, Wien-New York, 2007, pp. 10-12.

⁷ GINO STEFANI, *L'espressione vocale e musicale nella liturgia: gesti, riti, repertori*, Ldc, Torino-Leumann, 1967; ID., *Musica, Liturgia, cultura*, in *Nuova Rivista Musicale Italiana*, 14, 1980, pp. 479-496; ROBIN A. LEAVER, JOYCE ANN ZIMMERMANN, *Liturgy and Music. Lifetime Learning*, The Liturgical Press, Collegeville (Minn.), 1998.

⁸ FELICE RAINOLDI, *Traditio Canendi. Appunti per una storia dei riti cristiani cantati*, Centro Liturgico Vincenziano, Roma, 2000.

dell'evento salvifico che attraverso esso si realizza⁹.

La natura liturgica, in altri termini, non è intrinseca alla musica stessa, che difatti può essere utilizzata anche in contesti extraliturghi, ma è acquisita in quanto parte significante e attiva di quel dinamismo ordinatorio rappresentato dalla esatta e corretta reiterazione dei segni rituali.

La musica è in sintesi parte significante e funzionale ad un linguaggio liturgico che contraddistingue la realtà esistenziale delle varie comunità di fede.

In questa prospettiva, appare di particolare interesse evidenziare la diversa funzione che la musica riveste negli interventi normativi riguardanti in particolar modo la liturgia luterana e calvinista. Le diversità dottrinali e la pluralità di interpretazioni del messaggio evangelico che condussero alla nascita delle Chiese della Riforma, difatti, trovano proprio nelle innovazioni rituali specifiche la rappresentazione di una concezione teologica identificativa e distintiva rispetto alla Chiesa di Roma¹⁰.

2. Il corale nella riforma liturgica di Martin Lutero

Il valore spirituale della musica come veicolo di coinvolgimento liturgico di ogni fedele è fortemente sostenuto da Martin Lutero¹¹, che del resto era stato seguace fervido della dottrina di Sant'Agostino che proprio nel *De musica* aveva sottolineato la pregnanza del canto nell'efficacia della preghiera¹².

⁹ VIRGINIO SANSON, *Musica nella liturgia, note storiche e proposte operative*, Edizioni Messaggero Padova, Padova, 2002; PIERANGELO SEQUERI, *Musica e mistica. Percorsi nella storia occidentale delle pratiche estetiche e religiose*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2005; MARGHERITA FÜRSTE-WULLE, *Il canto cristiano nella storia della musica occidentale*, Claudiana, Torino, 1974; JEAN-YVES HAMELINE, *L'accordo rituale. Pratiche e poetiche della liturgia*, Glossa, Milano, 2009; LUIGI GIRARDI, *L'emozione del canto liturgico*, in Id., *Liturgia ed emozione. Atti della XLII Settimana di Studio dell'Associazione Professori di Liturgia, Bocca di Magra (SP), 25-29 agosto 2014*, Centro Liturgico Vincenziano, Roma, 2015; PIER GIUSEPPE ARCANGELI (a cura di), *Musica e liturgia nella cultura mediterranea. Atti del convegno internazionale di studi (Venezia, 2-5 ottobre 1985)*, Olschki, Firenze, 2012; GIACOMO BAROFFIO, *Re-tractationes: liturgia in-canto*, Chorabooks, Hong Kong-Roma, 2018.

¹⁰ HELMUTH GEORG KOENIGSBERGER, *Music and Religion in Early Modern European History*, in *Politician and Virtuosi. Essays in Early Modern History*, Hambledon Press, London, 1986, pp. 179-210; CHIARA BERTOGGIO, *Reforming Music. Music and Religious Reformations of the Sixteenth Century*, De Gruyter, Berlin-Boston, 2017.

¹¹ Cfr. MARGHERITA FÜRST-WULLE, *Il canto cristiano nella storia della musica occidentale*, cit., pp. 119-128 e pp. 191-325; MIUKKA E. ANTILA, *Luther's Theology of music. Spiritual Beauty and Pleasure*, de Gruyter, Berlin-Boston, 2013; JOLANDO SCARPA, *Il pensiero musicale in Lutero. 'Ein feste Burg' oltre l'icona della Riforma*, in *Protestantesimo*, 70, 2015, pp. 117-134; ROBIN A. LEAVER, *Luther's Liturgical Music. Principles and Implications*, Fortress Press, Minneapolis, 2017.

¹² AGOSTINO, *De musica*, PL 3, 2, coll. 1081-1194. La più recente edizione italiana del trattato è SANT'AGOSTINO, *La musica*, a cura di MARIA BETTETINI, La Vita Felice, Milano, 2017. In merito alla

Egli stesso compose, con l'aiuto musicale di John Walter, una raccolta di "Cantici spirituali"¹³, comprensivi di testo in lingua tedesca e musica, da diffondere insieme alla Bibbia per essere intonati da ogni fedele non solo in chiesa, ma anche nelle famiglie o nei luoghi di lavoro¹⁴. Il *Lied* religioso popolare, di natura meramente devozionale, trova nella forma del culto luterano uno strumento vivo di fede¹⁵.

L'introduzione del canto in lingua volgare, all'interno dell'opera di rinnovamento formale e sostanziale della liturgia, quale espressione di una diversa concezione teologica rispetto al cattolicesimo, rappresenta indubbiamente l'innovazione più evidente del principio "Sola Scriptura" che caratterizza la comunicazione diretta e non mediata del fedele con il divino¹⁶. Ma è so-

concezione agostiniana della musica, cfr., *inter alios*, GINO STEFANI, *L'etica musicale di S. Agostino*, Jucunda Laudatio, Venezia, 1968; i saggi di UBALDO PIZZANI e GUIDO MILANESE, in «*De Musica*» di *Agostino d'Ippona*, Edizioni Augustinus, Palermo, 1990.

¹³ Le raccolte di cantici spirituali vennero pubblicate tra il 1523 e il 1545 sotto la supervisione di Lutero. La prima raccolta sistematica, contenente quarantatré brani, dei quali ventitré di Martin Lutero, e melodie di Johann Walter venne pubblicata nel 1524 a Wittenberg, con prefazione dello stesso Lutero, con il titolo: *Geystliche Gesangk Buchlein*. Cfr. ALBERTO BASSO, *Frau Musica. La vita e le opere di J. S. Bach*, vol. I (1685-1723), EDT, Torino, 1979, p. 125 ss. Ne attribuisce ventiquattro a Lutero invece ROLAND DE CANDÉ, *Johann Sebastian Bach*, Edizioni Studio Tesi, Pordenone, 1990, p. 362 [ed. or. Editions du Seuil, Paris, 1984]. L'ultima raccolta, pubblicata da VALENTIN BABST sotto il controllo di Lutero, è: *Geistliche Lieder. Mit einer neuen vorrhede D. Mart. Luth.*, Leipzig, 1545. Un'edizione moderna tedesca recente è *Die Lieder Martin Luthers*, mit einer Einführung von Dr. JOHANNES HARTLAPP, Edition Akanthus, Spröda, 2013. La raccolta in traduzione italiana è stata pubblicata in MARTIN LUTERO, *Canti spirituali*, a cura di BENNO SCHARF, con prefazione di PIERANDRO VANZAN, Morcelliana, Brescia, 1982. Una edizione più recente è MARTIN LUTERO, *Inni e canti*, a cura di BENNO SCHARF, Claudiana, Torino, 2017.

¹⁴ Lutero, oltre ad essere un buon cantore e a saper suonare il flauto e il liuto, aveva una buona preparazione teorica acquisita presso la Facoltà di Arti dell'Università di Erfurt. Sulla formazione musicale di Lutero, cfr. ALBERTO BASSO, *op. ult. cit.*, pp. 122-123, il quale ridimensiona la storiografia apologetica di impronta luterana tesa ad esaltare la maestria musicale del Riformatore. Infatti sostiene che: «Lutero era, sostanzialmente, un dilettante di musica, ma l'amore ch'egli professava nei confronti di quell'arte era soprattutto una conseguenza dell'affetto religioso, del moto spirituale che governava la sua concezione del mondo, guidata dalla dottrina agostiniana di cui Lutero era seguace e fervido apostolo». Sul punto, cfr. inoltre HUBERT GUICHARROUSSE, *Les musiques de Luther*, Préface de MARC LIENHARD, Labor et Fides, Genève, 1995, pp. 19-28; ROBIN A. LEAVER, *Luther as Musician*, in *Lutheran Quarterly*, 20, 2006, pp. 125-183 e in TIMOTHY J. WENGERT (dir.), *The Pastoral Luther. Essays on Martin Luther's Practical Theology*, Eerdmans Publishing Company-Grand Rapids, Michigan-Cambridge UK, 2009,

¹⁵ Sull'evoluzione del *Lied* dalle origini al tempo di Bach, cfr. HANS JOACHIM MOSER, s.v. *Lied*, in *Dizionario Enciclopedico della Musica e dei Musicisti*, diretta da ALBERTO BASSO, II, *Il Lessico*, D-LIV, Utet, Torino, 1983, pp. 707-708; MICHELE CASSESE, *Il canto sacro come strumento di formazione religiosa. Alcune esperienze cristiane nell'età moderna*, in *Annali di storia dell'educazione*, 13, 2006, pp. 191-208, in particolare, pp. 192-198; ID., *Antropologia e teologia della musica in Lutero*, in *Syzetesis*, 2, 2018, pp. 191-225.

¹⁶ PAUL NETTL, *Luther and Music*, Russell and Russell, New York, 1948; SUSAN L. HAMMOND, *To Sing or Not to Sing: Music and the Religious Experience from 1500-1700*, in *International Journal of Religion & Spirituality in Society*, 3, 2014, pp. 67-76; PATRICE VEIT, *Martin Luther, chantre de la*

prattutto nella struttura strofica, rimata e simmetrica dal punto di vista sia ritmico che melodico, del canto ecclesiastico luterano, organizzato sui modi gregoriani maggiormente usati¹⁷, che è possibile evidenziare la caratteristica più incisiva ed efficace per l'esecuzione, in forma monodica, o anche con armonizzazioni a quattro voci miste, di tutti i fedeli¹⁸. Nella cd. *Lutherstrophe*, costituita da sette versi al fine di un più facile apprendimento e una maggiore efficacia nella memorizzazione¹⁹, il *cantus firmus* è inizialmente affidato al *tenor*, quale sostegno per la polimetria delle altre voci. Successivamente è invece possibile registrare uno stile maggiormente omoritmico²⁰, con la melodia posta alla voce superiore (*supranus*), al fine di una maggiore comprensibilità del testo.

Il *Geistliches Lied*, come forma di canto popolare, pur derivando dal *Kirchenlied* cattolico e dai canti devozionali in lingua tedesca già sviluppatasi nel XII secolo nell'ambiente hussita, acquista una sua precisa fisionomia distintiva della pratica liturgica luterana, non solo rituale e collettiva, ma anche domestica e individuale, la cd. *Hausmusik*.

L'adattamento di testi biblici – costituiti da cantici e inni, ma principalmente da salmi, ad imitazione di Salomone e Davide che cantillavano i salmi con accompagnamento di strumenti in un'armonica fusione di musica e parola divina – a melodie semplici, tratte dalle antiche sequenze del graduale romano o anche da *cantionales* popolari, consente la diffusione della pratica musica-

Réforme. Sa conception de la musique et du chant d'Église, in *Positions luthériennes*, 1, 1982, pp. 47-66; BEAT FÖLLMI, *Luther et la musique. Concepts théologiques et anthropologiques*, in FRANÇOIS BOESPFLUG, EMANUELA FOGLIADINI (eds.), *Lutero, la Riforma e le arti. L'articolato rapporto con la pittura, l'architettura e la musica. 38° Convegno di Studi religiosi promosso dall'Istituto Superiore di Studi religiosi e dalla Fondazione Ambrosiana Paolo VI, 23-25 febbraio 2017, Villa Cagnola-Gazzada (Varese)*, Glossa, Milano, 2017, pp. 99-122; ROBIN A. LEAVER, *Luther on Music*, cit., pp. 271-291 (saggio apparso già in *Lutheran Quarterly*, citato alla nota 14); JOHANNES SCHILLING, *Musik (Luthers)*, in ALBRECHT BEUTEL (ed.), *Luther Handbuch*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, pp. 236-244; ID., *Luther, die Musik und der Gottesdienst*, in ULRICH HECKEL, JÜRGEN KAMPMANN, VOLKER LEPPIN, CHRISTOPH SCWÖBEN (eds.), *Luther heute. Ausstrahlungen der Wittenberger Reformation*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, pp. 194-210.

¹⁷ TIZIANA PANGRAZI, *Il gregoriano tedesco. Fede e sentimento in Lutero*, in *Aisthema. International Journal*, V, 2018, pp. 55-79, in particolare p. 71: «Dal punto di vista melodico, i *Lieder* sono organizzati sui modi gregoriani allora in uso, schemi melodici di facile memorizzazione incardinati sulle note della *Finalis* e della *Repercussio*». L'A., attraverso l'analisi di alcuni *Lieder*, segnala le parafrasi e la libertà interpretativa nella traduzione dei testi adattati a sequenze, sulla base dei modi gregoriani, o a canti popolari preesistenti, ed evidenzia il valore pedagogico affidato nella teologia luterana alla parola cantata.

¹⁸ ALBERTO BASSO, *op. cit.*, pp. 131-132.

¹⁹ ERNST SOMMER, *Die Metrik in Luthers Liedern*, in *Jahrbuch für Liturgik und Hymnologie*, 9, 1964, pp. 29-81.

²⁰ *Ibidem*.

le considerata quale veicolo privilegiato di interiorizzazione del messaggio evangelico²¹.

Anche per la musica occorre ritornare alla Chiesa delle origini²², caratterizzata in un primo momento dal *cantus planus* gregoriano quale forma di lode al Signore, con una coincidenza tra parola e melodia, in contrapposizione alla fioritura di melismi che caratterizzava la musica liturgica cattolica, poiché è proprio attraverso la semplicità e la purezza del canto corale che il fedele si predispone all'ascolto interiore della parola di Dio.

Nonostante la prescrizione di Lutero di non utilizzare l'organo durante il rito, la Chiesa riformata, nella prassi esecutiva del corale, adottò tuttavia il metodo dell'alternanza tra le strofe intonate dai fedeli senza accompagnamento strumentale e l'intervento dell'organo e del coro²³.

I trentasei *Lieder* di Lutero²⁴ costituirono la base per la pubblicazione di successivi *Gesangbücher*²⁵.

L'importanza assunta dal *Lied* o *Choral* luterano portò all'elaborazione di diverse forme musicali legate al corale, come il corale figurato, il preludio corale, la fantasia su corale, il corale con variazioni, che toccano l'apice proprio nella produzione di Johann Sebastian Bach²⁶.

²¹ REBECCA WAGNER OETTINGER, *Music as Propaganda in the German Reformation*, Ashgate Publishing Company, Aldershot, 2001; CHRISTOPHER BROWN, *Singing the Gospel: Lutheran Hymns and the Success of the Reformation*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 2005.

²² «Habet enim natura Musicae, excitare tristem, pilgrum et stupidum animum. Sic Helizeus vocavit psalten, ut excitaretur ad prophetiam. Quare Mnazeah est proprie incitabulum, invitatorium, provocatorium ac velut calcar Spiritus, stimulus et hortatorium. [...] Quia in his omnibus acuitur et accenditur animus ignavus, ut vigil et strenuus eat ad opus. Quod si ista simul cantentur in Musica artificiali, vehementius et acrius accendunt animum. Et hoc modo hic David fecit hunc psalmum la mnazeah, i.e. pro invitatorio, excitatorio et inflammatorio, ut scilicet haberet, quo seipsum excitaret ad devotionem et affectionem cordis, et ut acrius hoc fieret, fecit in musicalibus. Sic olim Ecclesia solebat psalmos ante missam legere, scilicet pro incitatorio, cuius adhuc versus restant de introitu. Et adhuc in matutinis habet invitatorium psalmum, scilicet 'venite exaltemus', quo sese mutuo invitavit ad laudem Dei. Et recte vocatur psalmus sic invitatorium, quia non solum se, sed etiam alios invitavit ad laudem Dei. Sicut Sanctus Ambrosius fecit cum cantu, quo Mediolanensium tristitiam depulit, ut levius ferrent tedium temporis. Sed et non vane potest invitatorium dici eo quod isto modo etiam Spiritus sanctus invitetur. Quia cum nos sumus provocati, mox etiam deus excitatur. Ex istis igitur discimus, quod qui vult seipsum ad devotionem excitare, apprehendat psalmos», *D. Martin Luthers Werke. Kritische Gesamtausgabe*, Hermann Böhlau's Nachfolger, Weimar, 1883-2009, III, 40. (Per i riferimenti successivi, l'edizione critica degli scritti di Lutero, denominata anche *Weimarer Ausgabe*, sarà citata: WA).

²³ Sul valore simbolico dell'organo nelle funzioni liturgiche, cfr. GINO STEFANI, *Musica Barocca 2. Angeli e sirene*, cap. II, par. 4, *Il "Re degli strumenti"*, Bompiani, Milano, 1987, pp. 113-125.

²⁴ Sull'attribuzione delle melodie ai trentasei testi luterani, cfr. HANS-JOACHIM MOSER, *Die Melodien der Lutherlieder*, Gustav Schössmanns Verlagsbuchhandlung, Leipzig-Hamburg, 1935.

²⁵ Cfr. ALBERTO BASSO, *op. cit.*, pp.130-134.

²⁶ EDWINE LIEMOHN, *The Chorale through Four Hundred Years of Musical Development as a*

3. L'ordinamento liturgico di Lutero

L'ordinamento liturgico viene stabilito da Lutero in suoi due principali scritti: la *Formula Missae et Communionis* del 1523²⁷ e la *Deutsche Messe* del 1526²⁸, perfezionata nel *Kirchenordnung* del 1533²⁹.

Nella *Formula Missae et Communionis* è conservata la distinzione propria del rituale romano tra *Ordinarium*, comprendente il *Kyrie*, il *Gloria*, il *Sanctus*, il *Benedictus*, l'*Agnus Dei*, e il *Proprium*, con testi e melodie differenti per i diversi periodi dell'anno liturgico, comprensivo dell'*Intritus*, *Graduale cum Alleluja* o *Tractus* nel periodo quaresimale.

Le preghiere e i canti in latino non sono sostituiti, sebbene già appare profilarsi una diversa articolazione liturgica rispetto al rito romano attraverso l'aggiunta di inni, letture e sermoni in lingua tedesca. È proprio rispetto alle aggiunte di scritti confessionali che Lutero auspica la composizione di nuovi canti al fine di consentire una effettiva partecipazione dell'intera comunità alla Messa, quale espressione di sacerdozio universale, in contrapposizione alla distinzione tra sacerdozio ecclesiastico e sacerdozio comune propria della Chiesa cattolica³⁰.

In questa prima fase già si delinea la riforma liturgica che Lutero porterà a compimento successivamente attraverso alcune sostanziali innovazioni consistenti essenzialmente: nell'abolizione dell'*Offertorio* e del *Canone*; nell'eliminazione delle sequenze introdotte nella prassi liturgica romana come espediente mnemonico per intonare i lunghi melismi dell'*Alleluja*; nell'organizzazione del culto che trova la sua centralità nel Sermone.

Lutero prescrive che, a differenza del *Missale romanum*, il *Gloria in excel-*

Congregational Hymn, Muhlenberg Press, Philadelphia, 1953; KONRAD AMELN, *The Roots of German Hymnody of the Reformation Era*, Concordia Publishing House, St. Louis, 1964; PATRICE VEIT, *Le Cantique luthérien et ses prolongements jusqu'à l'époque de J. S. Bach (XVI^e-XVIII^e siècle). Pour une étude de la sensibilité religieuse*, in *Bulletin de la Société de l'Histoire du Protestantisme Français*, 129, 1983, pp. 23-46; HEINRICH MAGIRIUS, *La riforma di Martin Lutero e i suoi effetti sull'arte dell'epoca*, in GIUSEPPE BESCHIN, FABRIZIO CAMBI, LUCA CRISTELLON (eds.), *Lutero e i linguaggi dell'Occidente, Atti del Convegno tenuto a Trento dal 29 al 31 maggio 2000*, Morcelliana, Brescia, 2002, pp. 239-254; MARION LARS HENDRICKSON, *Musica Christi. A Lutheran Aesthetic*, Peter Lang, New York, 2005.

²⁷ MARTIN LUTHER, *Formula Missae et Communionis pro Ecclesia Vuittembergensi*, s.e., Wittenberg, 1523, in WA, cit., XII, 1891, pp. 197-220.

²⁸ MARTIN LUTHER, *Deutsche Messe und Ordnung Gottesdiensts*, in WA, cit., XIX, 1897, pp. 44-113. Cfr. THOMAS GIRMALM, *Formula Missae 1523 och Deutsche Messe 1526 som uttryck för Luthers kyrkosyn*, in *Svenskt Gudstjänstliv*, 92, 2017, pp. 35-65.

²⁹ Si veda EMIL SEHLING (hrsg), *Die Evangelischen Kirchenordnungen des XVI. Jahrhunderts*, O. R. Reisland, Leipzig, 1902, bd. I/1, 700-710.

³⁰ MARTIN LUTHER, *Formula Missae et Communionis pro Ecclesia Vuittembergensi*, cit., p. 210.

sis debba essere intonato coralmemente³¹ e possa essere mantenuto, a discrezione delle singole comunità, anche nel periodo dell'Avvento e nei giorni di Quaresima.

Nella pratica evangelica i *Lieder* in lingua tedesca sostituirono progressivamente il latino dell'*Alleluja*, il *Sanctus* e l'*Agnus Dei*, assurgendo a simbolo distintivo della comunità luterana³².

Più radicale è invece la riforma della liturgia stabilita da Lutero nella *Deutsche Messe*.

In quest'opera, Lutero prescrive la struttura della Messa e i modi e le melodie da intonare, prevedendo, almeno in una prima fase, l'alternanza nel rito domenicale del latino e del tedesco per favorire il processo di adattamento al nuovo culto, sebbene successivamente si imponga il rito interamente in lingua tedesca³³. Vengono aboliti il *Gloria*, l'*Offertorio* e il *Communio*.

L'abolizione dell'*Offertorio* assume sensibile rilevanza dal punto di vista teologico.

Per Lutero, infatti, proprio l'*Offertorio* è considerato di grave scandalo in quanto esprime la concezione cattolica della Messa, intesa come celebrazione del sacrificio, nel quale la comunità dei fedeli è consacrata proprio dall'Eucaristia, momento culminante del rito in quanto *sacrificium expiationis*.

Nella dottrina luterana, al contrario, la comunità di fede costituisce una *congregatio fidelium*: è il risultato dell'insieme dei credenti, nella quale si realizza la perfetta comunione tra creatura e Creatore. È pertanto la partecipazione collettiva alla Messa come momento comunitario il punto fondamentale del rito luterano nel quale l'intera assemblea dei fedeli è coinvolta attivamente nella celebrazione³⁴, e che trova proprio nella centralità del Sermone il punto focale del suo significato di meditazione sulla Parola. Se nel rito cattolico la liturgia, comprensiva anche dell'elemento musicale, era affidata al clero e ai cantori mentre il fedele laico vi assisteva passivamente, nella liturgia luterana proprio l'elemento corale in cui tutta la comunità dei fedeli è coinvolta esprime l'unità dell'intera assemblea con il divino³⁵.

³¹ Nel *Missale romanum* il *Gloria in excelsis Deo* è cantato dalla *Schola cantorum* a più voci solo nelle solennità.

³² JONATHAN T. KNIGHT, *Conservative Radical: Martin Luther's Influence on Congregational Singing*, in *Musical Offerings*, 2, 2010, pp. 33-53, in particolare p. 49.

³³ Cfr. NICOLA SFREDDA, *La musica nelle Chiese della Riforma*, Claudiana, Torino, 2010, pp. 18-24; TIZIANA PANGRAZI, *Il gregoriano tedesco. Fede e sentimento in Lutero*, cit., p. 65.

³⁴ MICHELE CASSESE, *Martin Lutero e la sua riforma liturgica. Il percorso storico-teologico di un culto rinnovato*, ISE, Venezia, 2017, pp. 130-136.

³⁵ Sulle questioni teologico-giuridiche che differenziano la liturgia luterana e calvinista in rapporto alla liturgia cattolica, si segnala MATHIAS SCHMOECKEL, *Das Recht der Reformation. Die epistemologische*

Le stesse parti della Messa che un tempo erano affidate al coro dei cantori, come l'*Introitus*, il *Graduale*, il *Patrem*, il *Sanctus* l'*Agnus Dei*, sono infatti ora riservate all'intera comunità.

Il culto luterano ruota intorno a due momenti principali: la predicazione del pastore e il canto del popolo che si sviluppa anche in forma polifonica, in stile mottettistico³⁶, ma senza che tale forma stilistica costituisca un ostacolo alla comprensione spirituale del testo.

Proprio per la funzione essenziale che la partecipazione corale riveste nel culto luterano, particolare attenzione nella nuova catechesi è dedicata all'alfabetizzazione musicale soprattutto dei giovani³⁷, in quanto di alto valore pedagogico nella formazione cristiana.

La musica, e specialmente il canto in quanto dono di Dio che contraddistingue l'uomo dalle altre creature³⁸, per Lutero era infatti da considerarsi non solo una nobilissima arte³⁹, ma l'unica degna di essere collocata quasi al livello della teologia, in quanto capace di mettere in comunicazione l'animo umano con l'*harmonia mundi*⁴⁰.

Revolution der Wissenschaft und die Spaltung der Rechtsordnung in der Frühen Neuzeit, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014. Sul ruolo della musica nel rito luterano, cfr. WALTER BLANCKENBURG, *Martin Luther*, in *Die Musik in Geschichte und Gegenwart-Allgemeine Enzyklopädie der Musik*, 8, 1960, coll. 1334-1346; OSKAR SÖHNGEN, *Theologische Grundlagen der Kirchenmusik*, in *Leiturgia-Handbuch des Evangelischen Gottesdienstes*, IV, *Die Musik des Evangelischen Gottesdienstes*, Stauda-Verlag, Kassel, 1961. Tra gli studi più recenti, JOYCE L. IRWIN, *Neither Voice nor Heart Alone. German Lutheran Theology of Music in the Age of the Baroque*, Wipf and Stock Publisher, Eugene (OR), 2017 [I ed. New York, 1993]; ID., *Music and the Doctrine of Adiaphora in Orthodox Lutheran Theology*, in *The Sixteenth Century Journal*, 1983, pp. 157-172; ROBIN A. LEAVER, *Luther's Theological Understanding of Music*, in *Luther Liturgical Music. Principles and Implications*, Grand Rapids, Eerdmans, 2007; ANDREAS LOEWE, 'Musica est optimum'. *Martin Luther's Theory of Music*, in *Music and Letters*, 4, 2013, pp. 573-605; TOMMASO MANZON, *Bridging Heaven and Earth: an investigation in the metaphysics of Martin Luther's theory of music, in continuous dialogue with Florensky*, in *Aisthema. International Journal*, 5, 2018, pp. 37-54.

³⁶ In Germania, lo stile polifonico aveva avuto nel periodo medievale uno sviluppo senz'altro meno fiorente che in Italia, Francia, Paesi Bassi. Assurgono ad una certa notorietà soltanto Heinrich Isaac e Alexander Agricola.

³⁷ JOE E. TARRY, *Music in the Educational Philosophy of Martin Luther*, in *Journal of Research in Music Education*, 4, 1973, pp. 355-365; FREDERICK W. STERNFELD, *Music in the Schools of the Reformation*, in *Musica Disciplina*, 2, 1948, pp. 99-122; ROBIN A. LEAVER, *Luther's Catechism Hymns 6: Confession*, in *Lutheran Quarterly*, 12, 1998, pp. 171-180; MICHELE CASSESE, *Antropologia e teologia della musica in Lutero*, cit., pp. 206-207.

³⁸ MARTIN LUTHER, *Praefatio zu den Symphoniae iucundae*, in WA, cit., 50, 369, 1-6.

³⁹ Sul valore antropologico e teologico delle arti per Lutero, cfr. FRANCO BUZZI, *Martin Lutero: Le arti al servizio della Parola*, in FRANÇOIS BOESPFLUG, EMANUELA FOGLIADINI (eds.), *Lutero, la Riforma e le arti*, cit., pp. 3-20.

⁴⁰ «Et plane iudico, nec pudet asserere, post theologiam esse nullam artem, quae musicae possit aequari», *Lettera di Lutero a Ludwig Senfl a Monaco (4 ottobre 1530)*, in WABr (*Weimar Ausgabebrief Briefwechsel*), 5, 639, 12-13, n. 1727.

Nell'*Encomion Musices* – che è la prefazione alla *Symphoniae iucundae*, la raccolta di mottetti a quattro voci di autori vari pubblicata da George Rhau a Wittemberg nel 1538⁴¹– la musica è definita *donum divinum et excellentissimum*⁴² e *gubernatrix affectuum humanorum*⁴³ poiché è considerata un mezzo spirituale per predisporre alle virtù e, in quanto tale, strumento per l'azione divina di salvezza e di redenzione. La concezione della musica quale dono divino da cui deriva il beneficio della fede appare rispecchiare il concetto teologico luterano della giustificazione per la fede. Come è stato sottolineato dallo studioso inglese Leaver: «nella stessa maniera in cui la giustificazione è il dono di Dio della grazia piuttosto che una ricompensa per lo sforzo umano, così la musica nella sua essenza è il dono di Dio della creazione, piuttosto che un risultato umano»⁴⁴.

Anche nella celebre ode *Frau Musica*, Lutero così si esprime rispetto alla musica, regina delle arti:

*«Nessuna tra tutte le gioie esistenti in terra può essere più perfetta di quella che io esprimo con il mio canto e con tanti dolci suoni. Dove dei compagni cantano bene, non può esservi malvagità; non restano qui le ire, le liti, l'odio né l'invidia; ogni affanno deve cessare. Con la tristezza se ne vanno la cupidigia, le preoccupazioni e tutto ciò che ci affligge. Inoltre ognuno si sente libero e contento perché questa gioia non è peccato: anzi essa piace a Dio molto più di qualsiasi altra gioia esistente nel mondo intero. Essa distrugge l'opera del diavolo e impedisce tanti delitti. Lo dimostra l'esempio del re Davide, che suonando dolcemente l'arpa, ha più volte frenato l'ira di Saul, impedendo grandi misfatti. La musica rasserena il cuore e lo rende pronto ad accogliere la parola e la verità divina. Questo ha riconosciuto Eliseo, quando incontrò lo Spirito, suonando l'arpa»*⁴⁵.

La preghiera cantata, quale dono di Dio, nella concezione di Lutero rende il cuore dell'uomo libero dalle angustie della malvagità e pieno di gioia spirituale che, in quanto tale, non è da considerarsi peccaminosa, poiché espressio-

⁴¹ Il testo dell'*Encomion musices* può leggersi in WA, cit., 50, 364 ss. La *Symphonia iucundae* può leggersi in edizione moderna in GEORG RHAU, *Musikdrucke aus den Jahren 1538 bis 1545*, a cura di HANS ALBRECHT, III, Bärenreiter, Kassel, 1959.

⁴² MARTIN LUTHER, *Praefatio zu den Symphoniae iucundae*, in WA, cit., 50, 368, 4-5.

⁴³ *Ivi*, 369, 2

⁴⁴ ROBERT A. LEAVER, *Luther on Music*, cit., p. 278. La traduzione è citata da MICHELE CASSESE, *op. ult. cit.*, p. 215.

⁴⁵ MARTIN LUTHER, *Frau Musica*, in WA, 35, 483, 16 e 484, 26. La traduzione è tratta da MARTIN LUTERO, *Canti spirituali*, a cura di BENNO SCHARF, cit., pp. 35-37.

ne della fede nella grandezza e misericordia divina. La musica svolge infatti per Lutero una funzione di predisposizione all'accoglimento della grazia offerta da Dio e nel contempo di professione di fede, in quanto testimonianza dell'opera redentrice dello Spirito divino nella propria esistenza⁴⁶.

4. Il canto nella riforma liturgica di Calvino

Nella concezione di Giovanni Calvino la musica non aveva la stessa pregnanza e centralità culturale che il canto corale rivestiva nella dottrina luterana⁴⁷.

Pur apprezzando il valore della musica, definita «un dono di Dio per la gioia spirituale dell'uomo»⁴⁸, Calvino ne sottolinea tuttavia l'ambivalenza degli effetti che può avere sulla sensibilità dell'uomo. Per questa ragione, la musica deve essere regolata secondo un principio di moderazione, al fine di fugare la sua azione potenzialmente corruttiva ed esaltarne al contrario la funzione di sostegno nel processo di edificazione dell'uomo.

I due elementi, la “parola” e “la melodia”, di cui si compone il canto possono svolgere un'azione convergente nel favorire la slancio di devozione verso la santificazione divina⁴⁹, purché la melodia sia ancillare alla parola, ossia la

⁴⁶ Sulla concezione luterana della musica portatrice di gioia, cfr. MICHELE CASSESE, *op. ult. cit.*, pp. 219 ss.

⁴⁷ LESLIE P. SPELMAN, *Calvin and the Arts*, in *The Journal of Aesthetics and Art Criticism*, 3, 1948: «Calvin allowed very little place in his life for purely aesthetic enjoyment of art. His whole attention was directed to theological matters and the precise, and to him the inevitable, relation which these theological matters bore to human conduct», pp. 246-252, specificamente p. 246; MATHIAS SCHMOECKEL, *Das Recht der Reformation: Die epistemologische Revolution der Wissenschaft und die Spaltung der Rechtsordnung in der Frühen Neuzeit*, cit., p. 201. Sulle differenze tra la concezione musicale di Lutero e quella di Calvino, cfr. NEIL STIPP, *The Music Philosophies of Martin Luther and John Calvin*, in *The American Organist*, 68, 2007, pp. 68-72.

⁴⁸ «Notre Seigneur, pour nous distraire et retirer des séductions de la chair et du monde, nous présente tous les moyens possibles, afin de nous remplir de cette joie spirituelle qu'il nous recommande tant. Or entre les choses qui sont propres pour recréer l'homme, et lui procurer du plaisir, la musique est ou la première, ou l'une des principales: et il nous faut estimer que c'est un don de Dieu destiné à cet usage», *La forme des prières et chantz ecclesiastiques, avec la maniere d'administrer les Sacremens, et consacrer le Mariage: selon la coutume de l'Eglise ancienne*, in GUILIELMUS BAUM, EDUARDUS CUNITZ, EDUARDUS REUSS (éds.), *Joannis Calvini Opera quae supersunt omnia*, Schwestschke et Filium, Brunswick- Berlin, 1863-1900, (d'ora in poi *CO*), VI, 169-170.

⁴⁹ «Or en parlant maintenant de la Musique ie comprends deux parties, à scavoir la lettre, ou subiect et matière: secondement, le chant ou la mélodie. Il est vray que toute parole mauvaise (comme dit saint Paul) pervertit les bonnes mœurs: mais quand la mélodie est avec, cela transperce beaucoup plus fort le cœur, et entre au-dedans: tellement que comme par un entonnoir le vin est ietté dedans le vaisseau: aussi le venin et la corruption est distillée iusques au profond du cœur, par la mélodie. Qu'est-il donc question de faire? C'est d'avoir chansons non seulement honnestes, mais aussi saintes, lesquelles nous

dimensione emotiva sia canalizzata nella sua funzione virtuosa dalla dimensione cognitiva rappresentata dalla santità della parola⁵⁰.

Nel rispetto del principio riformato della *Sola Scriptura*, il canto dei Salmi⁵¹, con la versificazione dei testi biblici ispirati direttamente dallo Spirito divino, appare il più confacente alla funzione devozionale del canto spirituale⁵².

Il canto spirituale per Calvino inizialmente era destinato a svolgere una funzione di preghiera e di catechesi soprattutto in ambito extraliturgico, come espressione di *devotio domestica*, in una dimensione pertanto privata⁵³. Nella prima edizione della *Christianae Religionis Institutio* del 1536 non vi è, difatti, alcun riferimento alla importanza della musica nella liturgia⁵⁴.

Solo a partire dagli “*Articoli*” che Farel e Calvino presentano ai Magistrati ginevrini al fine di consolidare la Chiesa di Ginevra è possibile trovare le prime argomentazioni a favore dell’introduzione del canto nel culto. Come è affermato nel *Preambolo* agli *Articoli*:

«*c’est une chose bien expediente à l’edification de l’esglise de chanter aulcungs pseumes en forme d’oraysons publicqs [...] affin que les cueurs de tous soyent esmeuz et incités à former [pareilles] oraysons et rendre pareilles louanges et grâces à Dieu d’une mesme affection*»⁵⁵.

soyent comme aiguillons pour nous inciter à prier et louer Dieu, à méditer ses œuvres, à fin de l’aimer, craindre, honorer, et glorifier», *La forme des prieres et chantz ecclesiastiques*, in *CO*, VI, 170-171.

⁵⁰ OLIVIER MILLET, *Calvin et la dynamique de la parole. Étude de rhétorique réformée*, Slatkine, Genève, 1992, pp. 207-224.

⁵¹ Nella Bibbia diversi sono i riferimenti all’uso del canto degli Inni e dei Salmi nel culto divino: «Davide ordinò ai capi dei Leviti che chiamassero i loro fratelli cantori a prestare servizio con i loro strumenti musicali, saltèri, cetre e cembali, da cui trarre suoni vigorosi, per cantare in segno di gioia ...», *1 Cronache 15, 16*; «Esultate, o giusti, nel Signore; la lode s’addice agli uomini retti. Celebrate il Signore con la cetra; salmeggiate a lui con il salterio a dieci corde. Cantategli un cantico nuovo, sonate bene e con gioia ...», *Salmo 33, 1-3*; «Egli ha messo nella mia bocca un nuovo cantico a lode del nostro Dio. Molti vedranno questo e temeranno, e confideranno nel Signore...», *Salmo 40, 3*; negli *Atti degli Apostoli*: «Verso la mezzanotte Paolo e Sila, pregando, cantavano inni a Dio; e i carcerati li ascoltavano» *Atti 16, 25*; nelle *Lettere* di San Paolo: «siate ripieni di Spirito, parlandovi gli uni gli altri con salmi, inni e cantici spirituali, cantando e lodando col vostro cuore il Signore, ...», *Efesini 5, 18-19*; «La parola di Cristo abiti in voi abbondantemente; istruitevi ed esortatevi gli uni gli altri con ogni sapienza; cantate di cuore a Dio, sotto l’impulso della grazia, salmi, inni e cantici spirituali», *Colossesi 3, 16*; «... Pregherò con lo spirito, ma pregherò anche con l’intelligenza; salmeggerò con lo spirito, ma salmeggerò anche con l’intelligenza», *1 Corinzi 14, 15*.

⁵² «Nul ne peut chanter choses dignes de Dieu, sinon qu’il ait receu d’iceluy: parquoy quand nous aurons bien circuy par tout pour chercher çà et là, nous ne trou verons meilleures chansons ne plus propres pour ce faire que les Pseumes de David, lesquelz le saint Esprit luy a dictz et faicts», *La forme des prieres et chantz ecclesiastiques*, in *CO*, VI, 171-172.

⁵³ ANNE ULLBERG, *Au chemin de salvation: la chanson spirituelle réformée (1533-1678)*, Uppsala Universitet, Uppsala, 2008.

⁵⁴ *CO*, I, 3-252.

⁵⁵ *CO*, X, 6-12 («*Articles concernant l’organisation de l’Église et du culte a Genève, proposés au*

Durante l'esilio a Strasburgo dal 1538 al 1541 Calvino sviluppa più compiutamente una teoria della funzione della musica nella preghiera culturale, sulla base delle innovazioni liturgiche introdotte da Martin Bucer⁵⁶ che prevedono, oltre al rito nella lingua francese e alle preghiere tratte esclusivamente dalle Sacre Scritture, anche il canto degli Inni e dei Salmi da parte dell'intera comunità nella nuova forma di corale monodico che i compositori strasburghesi, tra cui il Kantor della cattedrale di Strasburgo Greiter, avevano elaborato⁵⁷.

Richiamato a Ginevra nel 1541, Calvino pubblica nel 1542 *La forme des prieres et chantz ecclesiastiques*⁵⁸ nella cui prefazione – intitolata, nella prima edizione, «*Épistre au lecteur*», mentre dall'edizione del 1543: «*À tous chrétiens et amateurs de la parole de Dieu, salut*»⁵⁹ – espone la propria “teologia della musica”⁶⁰.

Contraffondendosi implicitamente a coloro, come Zwingli, i quali consideravano la musica come elemento profano non confacente al culto divino⁶¹, Calvino afferma al contrario che il canto nella liturgia costituisce un sostegno per un coinvolgimento anche emotivo del fedele nella preghiera, nella sua funzione di meditazione profonda e di slancio nella lode a Dio, come affermato già da San Paolo e come sostenuto dai Padri della Chiesa. L'uso della musica è pertanto lecito, purché sia “regolato” in funzione della spiritualità della

Conseil par les ministres, du 16 janvier 1537). In merito, cfr. CHARLES GARSIDE JR., *The origins of Calvin's Theology of music (1536-1543)*, in *Transactions of the American Philosophical Society*, 69, 1979, pp. 5-36; JAN SMELIK, *Die Theologie der Musik bei Johannes Calvin als Hintergrund des Genfer Psalters*, in ECKHARD GRUNEWALD, HENNING P. JÜRGENS, JAN R. LUTH, *Der Genfer Psalter und seine Rezeption in Deutschland, der Schweiz und den Niederlanden, 16-18. Jahrhundert*, Max Niemeyer Verlag, Tübingen, 2004, pp. 61-77; CHRISTIAN GROSSE, *L'esthétique du chant dans la piété calviniste aux premiers temps de la Réforme (1536-1545)*, in *Revue de l'histoire des religions*, 1, 2010, pp. 13-31.

⁵⁶ ANNE HOFFMANN, *Le psautier de Jean Calvin. Genèse, rayonnement et enjeux*, in *La Revue Réformée*, 4, 2010, consultabile all'indirizzo: <http://larevuereformee.net>.

⁵⁷ ROBERT WEEDA, *L'«Église des Français» de Strasbourg (1538-1563). Rayonnement européen de sa liturgie et de ses Psautiers*, Éditions Valentin Koerner, Baden-Baden e Bouxwiller, 2004, pp. 13-39.

⁵⁸ *La forme des prieres et chantz ecclesiastiques, avec la maniere d'admissionner les Sacremens, et consacrer le Mariage: selon la coutume de l'Eglise ancienne.* [Jean Girard, Genève], 1542, ora pubblicata in *CO*, VI, 161-210.

⁵⁹ *CO*, VI, 165-172.

⁶⁰ PIERRE PIDOUX, *La Genève des psaumes et les psaumes de Genève, 1536-1562*, in *La Musique à Saint-Pierre*, Clefs de Saint-Pierre, Genève, 1984: «C'est à Genève qu'il s'élabore, selon un plan déterminé, dans une unité de pensée et d'intention qui ne varie pas au long des années, pas davantage que ne varie la méthode de travail. Le maître d'œuvre est Calvin à l'instigation duquel versifient ou composent cinq collaborateurs. Le terme Psautier de Genève est celui qui rend le mieux compte de ces conditions», p. 60; *Id.*, *Au XVI^e siècle. La Genève de Calvin et le chant des psaumes*, in *Revue Musicale de Suisse Romande*, 1991, pp. 139-159.

⁶¹ MARKUS LENNY, *Luther, Zwingli, Calvin in ihren Liedern*, Theologischer Verlag, Zürich, 1983, pp. 175-214; HARRY PETER CLIVE, *The Calvinist Attitude to Music, and its Literary Aspects and Sources*, in *Bibliothèque d'humanisme et Renaissance*, 19, 1957, pp. 80-102, 294-319; 20, 1958, pp. 179-207.

parola e non utilizzato in forma puramente estetica, per il puro compiacimento sensoriale, che è invece caratteristica della musica profana⁶². Il canto è difatti considerato come una forma di preghiera pubblica accanto a quella parlata⁶³.

In ossequio alle Sacre Scritture⁶⁴, nell'ordinamento ecclesiastico liturgico calvinista viene introdotto il canto dei Salmi⁶⁵ come modo di partecipazione corale della comunità dei fedeli al culto⁶⁶, sebbene non nella forma polifonica⁶⁷.

Alla proliferazione di corali polifonici, Giovanni Calvino oppone la *sim-*

⁶² «Indubbiamente il canto, accompagnato alla serietà che conviene avere davanti a Dio e ai suoi angeli, è un ornamento che conferisce maggior grazia e dignità alle lodi di Dio, ed è ottimo mezzo per incitare i cuori e infiammarli ad un maggiore impegno nella preghiera; bisogna però sempre badare a che le orecchie non siano attratte dall'armonia del canto più di quanto gli spiriti lo sono dal senso spirituale del testo. [...] Se dunque si canta con una tal moderazione, si tratta di un canto indubbiamente molto sano ed utile; al contrario, i canti e le melodie composte unicamente per il piacere dell'orecchio, come lo sono tutti i ballabili e i ritornelli della papisteria, e tutto quel che chiamano musica modulata, costruzioni musicali e canti a quattro parti, non si addicono affatto alla serietà della Chiesa, e certamente dispiacciono molto a Dio», GIOVANNI CALVINO, *Istituzione della Religione Cristiana*, III, 20, 32, a cura di GIORGIO Tourn, Utet, Torino, 1983², p. 1066.

⁶³ «Quant est des prières publiques, il y en a deux espèces: les unes se font par simples paroles, les autres avec le chant. Et n'est pas chose inventée depuis peu de temps. Car dès la première origine de l'Église cela a esté, comme il appert par les histoires. Et mesmes saint Paul ne parle pas seulement de prier de bouche, mais aussi de chanter. Et, à la vérité nous cognoissons par expérience que le chant a grande force et vigueur d'esmouvoir et enflamber le cœur des hommes, pour invoquer Dieu d'un zèle plus véhément et ardent. Il y a toujours à regarder que le chant ne soit ni légier et volage: mais qu'il ait poids et maiesté, comme dit saint Augustin. Et ainsi, il y ait grande différence entre la musique qu'on fait pour réjouir les hommes à table et en leur maison, et entre les Psalmes qui se chantent en l'Église, en la présence de Dieu et de ses anges», *La forme des prieres et chantz ecclesiastiques*, in *CO*, VI, 167-168, 169-170.

⁶⁴ «[...] nous ne trouverons meilleures chansons ne plus propres pour ce faire, que les Pseaumes de David; lesquels le saint Esprit luy a dictés et faicts. Et pourtant, quand nous les chantons, nous sommes certains que Dieu nous met en la bouche les paroles, comme si luy-mesme chantoit en nous, pour exalter sa gloire. Par quoy Chrysostome exhorte tant hommes et femmes et petis enfants, de s'accoutumer à les chanter, à fin que cela soit comme une méditation pour s'associer à la compagnie des Anges. Au reste il nous faut souvenir de ce que dit S. Paul, Que les chansons spirituelles ne se peuvent bien chanter que de cœur. Or le cœur requiert l'intelligence. Et en cela (dit S. Augustin) gist la différence entre le chant des hommes et celuy des oiseaux. Car une Linote, un Rossignol, un Papegay chanteront bien, mais ce sera sans entendre. Or le propre don de l'homme est de chanter sachant qu'il dit. Après l'intelligence doit suivre le cœur et l'affection: ce qui ne peut estre que nous n'ayons le Cantique imprimé en nostre mémoire, pour ne jamais cesser de chanter», *La forme des prieres et chantz ecclesiastiques*, in *CO*, VI, 171-172. Cfr. CHRISTIAN GROSSE, *L'esthétique du chant dans la piété calviniste aux premiers temps de la Réforme (1536-1545)*, cit., p. 23 ss.

⁶⁵ R. WEEDA, *L'Église des Français de Strasbourg (1538-1563). Rayonnement européen de sa Liturgie et de ses Psautiers*, cit., p. 33; ROGER ZUBER, *Les psaumes dans l'histoire des Huguenots*, in *Bulletin de la Société de l'Histoire du Protestantisme Français (1903-2015)*, 23, 1977, pp. 350-361.

⁶⁶ JEFFREY T. VANDERWILT, *John Calvin's Theology of Liturgical Psalm*, in *Christian Scholar's Review*, 1, 1995, pp. 63-82.

⁶⁷ ROBERT WILL, *La première liturgie de Calvin*, in *Revue d'Histoire et de Philosophie religieuses*, 18, 1938, pp. 523-529;

plicitas e lo stile austero proprio al fine di evitare il rischio di un compiacimento puramente estetico della musica nell'ascoltatore e nell'esecutore⁶⁸. Come afferma chiaramente nell'*Institutio Religionis Christianae* del 1559, il canto monodico è considerato da Calvino maggiormente confacente alle funzioni liturgiche, in quanto consente una maggiore concentrazione della congregazione sul testo della preghiera cantata, mentre la polifonia rischierebbe di distogliere l'attenzione dal significato delle parole e dalla funzione meditativa del testo cantato⁶⁹.

Viene così introdotto il Salterio ginevrino o calvinista costituito dalla traduzione francese dei Centocinquanta Salmi biblici⁷⁰.

Le melodie si articolano su valori lunghi, principalmente la breve e la semibreve, per conferire un andamento uniforme con armonie essenziali⁷¹ e con la corrispondenza di ogni nota a una sillaba⁷². L'assenza di melismi non solo facilita la memorizzazione, ma soprattutto consente di operare un controllo della parola sulla melodia, e dunque di affermare la predominanza dell'aspetto cognitivo, di comprensione del testo, su quello emotivo e sensoriale⁷³. Come Calvino afferma nell'*Institutio Christianae Religionis* del 1559: «bisogna però sempre badare a che le orecchie non siano attratte dall'armonia del canto più di quanto gli spiriti lo sono dal senso spirituale del testo»⁷⁴.

⁶⁸ ÉMILE DOUMERGUE, *La musique dans l'oeuvre de Calvin*, in ID., *L'art et le sentiment dans l'oeuvre de Calvin*, Slatkine Reprints, Genève, 1970 (I ed. *Musik in the work of Calvin*, in *The Princeton Theological Review*, 4, 1909); WALTER BLANCKENBURG, *Calvin*, in *Die Musik in Geschichte und Gegenwart-Allgemeine Enzyklopedie der Musik*, Bärenreiter Verlag, Kassel und Basel, II, 1952, pp. 653-666; CHARLES L. ETHERINGTON, *Protestant Worship Music: Its History and Practice*, Greenwood Press, Connecticut, 1962: «The Calvinists' music was much simpler than the Catholic's because they believed that too much complexity would distract the listener and that the real purpose of worship would be overshadowed by the elaborate motets and masses», p. 98.

⁶⁹ Vedi nota 58. Cfr., sul punto, ERIN LAMBERT, 'In corde iubulum': *Music in Calvin's Institutes of the Christian Religion*, in *Reformation and Renaissance Review*, 4, 2012, pp. 269-287.

⁷⁰ PIERRE PIDOUX, *Le Psautier huguenot du XVI^e siècle. Mélodies et Documents*, I-II, Baerenreiter, Bâle, 1962; EDITH WEBER, *Le psautier huguenot: hier et aujourd'hui*, in *Bulletin de la Société de l'Histoire du Protestantisme Français (1903-2015)*, 125, 1979, pp. 523-547; EAD., *Les mélodies du Psautier huguenot, des origines à nos jours*, in MICHEL PERRONNET (ed.), *La controverse interne au protestantisme, XVI^e-XX^e siècles, Actes du 2^e colloque Jean Boisset, VII^e Colloque du Centre d'Histoire des Réformes et du Protestantisme*, Université Paul Valéry, Montpellier, 1983, pp. 185-200.

⁷¹ JOHN D. WITVLIET, *The Spirituality of the Psalter: Metrical Psalms in Liturgy and Life in Calvin's Geneva*, in *Calvin Theological Journal*, 2, 1997, pp. 273-297; ALLEN CABANISS, *The Background of Metrical Psalmody*, in *Calvin Theological Journal*, 2, 1985, pp. 191-206; JOHN OTTENHOFF, *Recent Studies in Metrical Psalms*, in *English Literary Renaissance*, 2, 2003, pp. 252-275.

⁷² BRANDON J. BELLANTI, *Sing to the Lord a New Song: John Calvin and the Spiritual Discipline of Metrical Psalmody*, in *Musical Offerings*, 2, 2014, pp. 65-85.

⁷³ CHRISTIAN GROSSE, *L'esthétique du chant dans la piété calviniste aux premiers temps de la Réforme (1536-1545)*, cit., pp. 27-28.

⁷⁴ GIOVANNI CALVINO, *Istituzione della Religione Cristiana*, cit., II, p. 1066.

Il Salterio monodico e senza alcun accompagnamento⁷⁵ costituisce la forma tipica della musica liturgica calvinista, distinguendosi nettamente dalla musica profana⁷⁶.

5. Il Salterio ginevrino

Il primo Salterio pubblicato da Calvino nel 1539 a Strasburgo, dove era predicatore, prevedeva diciotto Salmi tra cui dodici parafrasati in forma poetica in francese da Clement Marot e sei dello stesso Calvino, oltre il *Cantico di Simeone (Nunc dimittis)*, il *Decalogo* e il *Credo*, con melodie in gran parte composte dal cantore della Cattedrale di Strasburgo, Matthäus Greiter⁷⁷. L'edizione era destinata all'uso personale di ciascun partecipante al culto della congregazione francofona di Strasburgo. Ritornato a Ginevra nel 1541, Calvino dà nuovo impulso al progetto di traduzione in francese e parafrasi in versi rimati dei Salmi biblici.

Nel 1542 pubblica, come già detto *supra*⁷⁸, la liturgia del culto calvinista intitolata *La forme des prieres et chantz ecclesiastiques*, contenente trenta salmi parafrasati dal Marot – che intanto si era rifugiato anch'egli a Ginevra – e solo cinque di Calvino stesso. Le melodie del Salterio di Strasburgo del 1539, come ha dimostrato Pierre Pidoux⁷⁹, sono sostituite da melodie composte da Guillaume Franc, cantore a Ginevra e maestro di musica nelle scuole di Salmi per i giovani.

Grande importanza assume l'aspetto pedagogico dell'insegnamento della musica attraverso solfeggi ritmici e cantati e con metodi diversificati e per-

⁷⁵ W. DAVID O. TAYLOR, *John Calvin and Musical Instruments. A Critical Investigation*, in *Calvin Theological Journal*, 2, 2013, p. 254; ANNE HOFFMANN, *Le psautier de Jean Calvin. Genève, rayonnement et enjeux*, cit..

⁷⁶ Cfr. BRENO BOCCADORO, *L'éthique musicale chez Jean Calvin*, in GUY BEDOUELLE, CHRISTIAN BELIN, SIMONE DE REYFF, *L'art de la tradition. Journées d'études de l'Université de Fribourg*, Academic Press Fribourg, Fribourg, 2005: «Entre le XVI^e et XVIII^e siècle, Genève est peut-être la seule ville dans laquelle les principes d'une morale musicale d'État obtiendront une sanction législative et seront appliqués à la lettre par un système pénal rendu efficace par l'exiguité de la population et par le contrôle ponctuel des autorités compétentes», pp. 243-265, specificamente, p. 245.

⁷⁷ JEAN CALVIN, *Avlvns pseumes et cantiques mys en chant*, [Johannes Knobloch], Strasborg, 1539. In merito, RICHARD R. TERRY, *Calvin's First Psalter, 1539*, in *Proceedings of the Musical Association*, 57, 1930, pp. 1-21; ALBERTO BASSO, *Frau Musika...*, cit., p. 136. Cfr. inoltre PIERRE PIDOUX, *Le Psautier Huguenot du XVI^e siècle*, I, *Le Psautier Huguenot: Les Mélodies*, Édition Baerenreiter, Basel, 1962, p. IX, il quale che attribuisce le ultime melodie del Salterio a Pierre Davantès.

⁷⁸ Vedi nota 58.

⁷⁹ PIERRE PIDOUX, *Franc, Bourgeois, Davantès: leur contribution à la création des mélodies du Psautier de Genève*, edizione ciclostilata, Genève, 1993.

sonalizzati poiché, come si specifica anche negli *Articoli* che Calvino e Farel sottopongono all'approvazione del Consiglio cittadino di Ginevra, il canto dei fanciulli può svolgere un ruolo trainante al fine di ottenere una maggiore uniformità e sincronia del canto ecclesiastico durante il culto così da rappresentare liturgicamente il fervore che nasce dall'unità della fede di tutta l'assemblea⁸⁰. A tale scopo nel 1559 Calvino, con la promulgazione delle *Leges Academiae Genevensis*, istituisce il nuovo ordinamento del *Collège de Genève*⁸¹ – con cui dota la Repubblica di Ginevra non solo di un Istituto di istruzione secondaria, obbligatorio e gratuito, ma anche di un'Università⁸² – i cui programmi d'insegnamento prevedono anche un'ora di pratica del canto sacro e un'ora aggiuntiva di corsi di musica al giorno⁸³.

Nella *Prefazione* all'edizione del 1542 de *La forme des prieres et chantz ecclesiastiques*, Calvino indica i principi fondamentali della liturgia della Chiesa di Ginevra articolata essenzialmente nei tre momenti costituiti dalla preghiera, dalla predicazione e dalla celebrazione dei Sacramenti. Ai fini di una partecipazione attiva e diretta di ogni singolo fedele al culto, sottolinea la necessità dell'uso della lingua popolare nella preghiera regolata secondo le Scritture⁸⁴ e attraverso il canto dei Salmi al fine di una reale conoscenza e comprensione spirituale della volontà divina, per ottenere i benefici della fede.

Nel 1543 è pubblicata la raccolta dei *Cinquanta Salmi* del Marot, più precisamente quarantanove Salmi e il *Cantico si Simeone*, senza accompagnamento musicale, dove non compare alcun Salmo parafrasato da Calvino⁸⁵, probabilmente in quanto le sue parafrasi sono ritenute dallo stesso meno pregevoli dal punto di vista poetico.

Con la morte del Marot l'anno successivo e la partenza di Guillaume Franc per Losanna, il completamento dell'opera di traduzione in versi dei Salmi è affidata da Calvino a Théodore de Bèze, che nel 1551 pubblica presso l'edi-

⁸⁰ ERIC KAYAYAN, *Le psautier de Genève et l'esprit de la Réforme*, in *Foi et Vie réformées*, dicembre 2016, consultabile all'indirizzo: <https://www.foietviereformees.org/le-psautier-de-geneve-et-l'esprit-de-la-reforme>.

⁸¹ Cfr. in merito JEAN-CLAUDE FRACHEBOURG, *Quatrième centenaire de la mort de Jean Calvin, fondateur du Collège de Genève*, Département de l'Instruction Publique, Genève, 1964.

⁸² *Leges Academiae Genevensis*, Rob. P. Stephanus, Genevae, 1559.

⁸³ ANNE HOFMANN, *Le psautier de Jean Calvin. Genève, rayonnement et enjeux*, cit.,

⁸⁴ «Pourtant, si nous voulons bien honorer les saintes ordonnances de nostre Seigneur, desquelles nous usons en l'Église, le principal est de sçavoir, qu'elles contiennent, qu'elles veullent dire, et à quelle fin elles tendent: afin que l'usage en soit utile et salutaire, et par consequent droictement reiglé», in *CO*, VI, 165-166.

⁸⁵ CHARLES GARSIDE JR., *The origins of Calvin's Theology of Music (1536-1543)*, cit.

tore Jean Crispin, la prima edizione di una raccolta di *Ottantatré Salmi*⁸⁶ con musiche composte da Louis Bourgeois che, con alcune aggiunte, venne ristampata in ben venticinque edizioni successive non solo a Ginevra, ma anche in altre città francesi.

L'edizione completa dei *Centocinquanta Salmi* di David parafrasati da Théodore de Bèze venne stampata tuttavia soltanto nel 1562⁸⁷. Il Salterio ginevrino del 1562 contiene centoventicinque melodie, di cui ottanta composte da Bourgeois e le restanti, come ha ipotizzato nei suoi studi Pierre Pidoux, da Pierre Davantés⁸⁸.

In occasione della sua partecipazione nella disputa tra Riformati e Cattolici al Colloque di Poissy, Théodore de Bèze ottiene dal Re di Francia il privilegio reale di esenzione dal pagamento delle tasse per dieci anni a nome dell'editore Antoine I Vincent, il quale tra l'altro aveva già ottenuto l'esclusività dei diritti per dieci anni dal Consiglio di Ginevra. Antoine I Vincent pubblica l'edizione dei *Centocinquanta Salmi*, affidando la stampa a diversi torchi non solo ginevrini, ma anche di molte altre città quali Parigi, Lione, Caen, Rouen, contribuendo in tal modo ad una sua rapida e capillare diffusione⁸⁹.

A partire dal 1566 vennero pubblicate traduzioni del Salterio ginevrino nelle diverse lingue delle comunità riformate presenti nei Paesi non di lingua francese⁹⁰. La metrica dei Salmi in francese del Marot e Bèze viene conservata per adattare la traduzioni in versi nelle lingue diverse dal francese alle melodie di Franc, Bourgeois, Davantés.

Quasi paradossalmente, si potrebbe dunque affermare che nonostante il significato ancillare della musica rispetto alla parola sottolineato da Calvino nella sua riforma liturgica, saranno invece proprio le melodie del Salterio ginevrino a costituire l'elemento unitario delle diverse comunità della Riforma

⁸⁶ *Octante trois Pseaumes de David, mis en rime françoise. A sauoir, quaranteneuf par Clément Marot [...] et trentequatre par Théodore de Bèze*, Jean Crispin, Geneva, 1551 consultabile in <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1086533/f4.image>. Per l'analisi delle diverse edizioni delle raccolte di salmi si rinvia a PIERRE PIDOUX, *Le Psautier Huguenot du XVI^e siècle. II, Documents et bibliographie*, cit.

⁸⁷ *Les Pseaumes mis en rime françoise par Clement Marot et Theodore de Beze*, Jean I de Laon pour Antoine I Vincent, [Genève], 1562, reperibile all'indirizzo: <http://doi.org/10.3931/e-rara-2674>.

⁸⁸ PIERRE PIDOUX, *Franc, Bourgeois, Davantès: leur contribution à la création des mélodies du Psautier de Genève*, cit.

⁸⁹ L'elenco delle tipografie è pubblicato in *Le Psautier de Genève, 1562-1685. Images commentées et essai de bibliographie*, ed. Bibliothèque Publique et Universitaire, Genève, 1986, p. 17.

⁹⁰ JEAN-MICHEL NOAILLY, *Le psautier des églises réformées au xv^e siècle*, in *Chrétiens et Sociétés*, 1, 2011, pp. 57-90. Le parafrasi in lingua diversa dal francese sulla metrica dei Salmi del Salterio di Ginevra vennero pubblicate in italiano, olandese, tedesco, latino, ebraico, polacco, spagnolo, ungherese, ceco, danese, portoghese. Per le comunità dei Paesi extraeuropei si ricordano le traduzioni in malese (1735), in tamil (1755) e in turco.

in territorio europeo ed extraeuropeo⁹¹.

6. *Brevi note conclusive*

Già a partire da Louis Bourgeois e Jean Godimel le melodie del Salterio ginevrino vennero armonizzate anche in forma polifonica, così come fiorirono anche versioni strumentali del Salterio, ma solo in ambito extraliturgico. Lo stesso Corale luterano ebbe una grande fioritura di rielaborazioni in forme nuove al di fuori del culto pubblico anche in ambiente non riformato.

In ultima analisi, è possibile pertanto affermare che l'elemento identitario proprio del Corale luterano e del Salterio di Ginevra ha contribuito in maniera efficace alla diffusione dei rispettivi culti, quale espressione della propria fede rispetto alle altre appartenenze confessionali.

La concezione teologica del canto e la differente posizione dei Riformatori sull'uso della musica in ambito culturale ha consentito indubbiamente la realizzazione di riforme liturgiche che contrassegnano una nuova ecclesiologia in contrapposizione alla tradizione cattolica, sebbene proprio le diverse regolamentazioni sulle modalità di utilizzo del linguaggio musicale all'interno della liturgia evidenzino la diversità tra le differenti interpretazioni del cristianesimo.

Nel contempo, i limiti imposti dalle norme liturgiche all'uso della musica nel servizio divino hanno favorito lo sviluppo di un linguaggio musicale in ambito anche non culturale con elaborazioni in nuove forme polifoniche e strumentali⁹² che hanno contribuito in maniera non trascurabile allo sviluppo fino ai tempi più recenti di successive forme musicali⁹³.

Il rapporto tra musica e diritto indagato attraverso la prospettiva della regolamentazione liturgica del canto consente, in conclusione, due prospettive di riflessione.

Da un lato, evidenzia la valenza specifica di simbolo identitario attribuita a determinate forme musicali nel linguaggio religioso, sia in una dimensione *intraconfessionale*, ossia quale espressione culturale della propria fede religiosa, sia in una dimensione *extraconfessionale*, ovvero quale elemento distintivo nello spazio pubblico caratterizzato dal pluralismo confessionale.

⁹¹ EMANUELE FIUME, *Il salterio ugonotto: una Confessione in musica*, in *Protestantesimo*, 70, 2015, pp. 139-151.

⁹² JOLANDO SCARPA, *Il pensiero musicale in Lutero. 'Ein feste Burg' oltre l'icona della Riforma*, cit., p. 117 ss. L'A. sottolinea l'influenza che la riforma del canto liturgico luterano ha avuto sullo sviluppo della polifonia moderna di matrice protestante.

⁹³ JÉRÔME COTTIN, *L'influence du protestantisme sur l'art moderne et contemporain (19^e -21^e siècle)*, in FRANÇOIS BOESPFLUG, EMANUELA FOGLIADINI (eds.), *op. cit.*, p. 153 ss.

Allo stesso tempo, d'altro canto, il rapporto tra linguaggio musicale e linguaggio liturgico consente di articolare in una specifica prospettiva anche la riflessione sulle matrici religiose, non solo musicali, della cultura occidentale.

Lo sviluppo extraliturghico della musica di matrice religiosa permette, difatti, di individuare l'influsso che proprio il canto liturgico riformato, specialmente luterano e calvinista, nella loro successiva rielaborazione culturale ed extraculturale hanno avuto sullo sviluppo di quei processi di contaminazione e trasformazione che caratterizzano le interazioni tra identità differenti e che possono essere individuati quale cifra distintiva del pluralismo, inteso come integrazione nel rispetto delle diversità, che contraddistingue la cultura e la civiltà occidentale.

Il giurisdizionalismo borbonico e la «nuova scienza economica»: prevenzione e repressione della manomorta ecclesiastica

PIETRO LO IACONO

1. La «conquista» da parte di Carlo III ed il riformismo meridionale: l'aspirazione alla redistribuzione della ricchezza

Un'indagine che voglia individuare le principali connotazioni del riformismo meridionale settecentesco (assumendo, ovviamente, come termine *ad quem* il 1789, allorché lo scoppio della Rivoluzione francese indusse in molti casi i Principi a modificare radicalmente la propria politica e ad abbandonare l'idea di una riforma dell'assetto dello Stato e del rapporto intercorrente tra l'ordinamento secolare e gli ordinamenti confessionali) focalizzandosi sui principali *iura maiestatica circa sacra* di cui i Borbone di Napoli e di Sicilia vantavano la titolarità, non può non dedicare grande rilievo al regime giuridico degli enti e dei beni ecclesiastici: la regolamentazione degli uni e degli altri costituiva, infatti, una delle materie alle quali la legislazione del Settecento era particolarmente attenta.

Tradizionalmente le monarchie europee pretendevano di disciplinare non solo gli elementi costitutivi necessari perché una fattispecie subiettiva diversa da una persona fisica potesse assurgere a persona giuridica e potesse essere connotata dalla qualifica dell'ecclesiasticità, ma anche la capacità negoziale degli enti così personificati, soprattutto in ordine alla facoltà di effettuare acquisizioni patrimoniali.

Il regime giuridico degli enti della Chiesa veniva costantemente ricollegato a quello inerente al patrimonio ecclesiastico: la disciplina delle persone giuridiche dotate di ecclesiasticità assumeva valore strumentale in ordine al controllo dell'estensione della manomorta. Ciò caratterizzò fortemente anche l'azione riformatrice di Carlo III (1716-1788) e del figlio Ferdinando IV (1751-1825)¹: non a caso, la storiografia dominante ha ripetutamente eviden-

¹ Nell'Italia meridionale esistevano, è risaputo, due distinte entità politiche, il Regno di Napoli ed il

ziato che una delle tre grandi «questioni» che i Borbone dovettero affrontare immediatamente dopo la conquista del Mezzogiorno fu proprio il ridimensionamento della manomorta ecclesiastica, il cui sviluppo ipertrofico soffocava l'economia meridionale (le altre due grandi «questioni» sono state identificate nella modernizzazione dell'apparato pubblico e nella eliminazione delle immunità clericali).

La forte interrelazione esistente tra la tematica inerente al regime giuridico dei beni ecclesiastici e quella relativa agli enti è resa evidente anche dall'insistenza e dalla cura con cui, ad avviso della dottrina, la dinastia borbonica manteneva fermo il principio tradizionale della classificazione delle persone giuridiche in due grandi categorie: i Luoghi pii ecclesiastici ed i Luoghi pii laicali. In ordine ai primi, lo Stato riconosceva ampi poteri di intervento e di controllo all'autorità ecclesiastica: ciò anche con riferimento a profili di natura temporale, quale, appunto, l'amministrazione del patrimonio; i secondi erano sostanzialmente sottratti, invece, alla potestà di governo della Gerarchia.

La partizione enti ecclesiastici/enti laicali si risolveva, quindi, nella correlativa distinzione tra beni ecclesiastici, assoggettati ad un regime giuridico singolare, e beni laicali sottoposti al diritto comune: da qui l'interesse dell'autorità secolare a restringere il più possibile la categoria delle persone giuridiche ecclesiastiche. Ciò soprattutto in ordine ad una particolare tipologia di enti e cioè i benefici, che nell'organizzazione ecclesiale dell'epoca rivestivano rilevanza centrale.

Data la complessità e la vastità della tematica concernente i *beneficia*, un'indagine sulla loro regolamentazione trascenderebbe l'oggetto del presente lavoro. Qui ci limitiamo, perciò, a sottolineare che la contrapposizione Stato-Chiesa relativa agli enti beneficiari va ricondotta all'interno della più ampia tensione dialettica esistente tra la pretesa curialista di riservare esclusivamente alla Gerarchia, *in primis* alla S. Sede, la potestà di governo sugli enti e la corrispondente pretesa giurisdizionalista di considerare le strutture patrimoniali ecclesiastiche (abbiamo evidenziato *supra* il nesso esistente tra la personalità giuridica e la capacità di effettuare acquisizioni patrimoniali) quali strumentali alla solidità ed operatività della comunità politica e, quindi, subordinate anch'esse al primato della ragion di Stato. Siffatte pretese contrapposte acquisivano peculiare rilievo alla luce non solo dei principi teorici che ne stavano alla base, ma anche, e soprattutto, della situazione economica del

Regno di Sicilia, che tra il 1734 ed il 1735 riottennero, con la conquista da parte di Carlo III (utilizziamo questa denominazione, pur essendo consapevoli della sua non piena correttezza, poiché è la più adottata — Carlo Sebastiano di Borbone assunse il nome di Carlo III soltanto nel 1759, allorquando divenne re di Spagna.), l'indipendenza politica.

Mezzogiorno d'Italia, situazione caratterizzata da una sostanziale stagnazione il cui superamento richiedeva il concorso di tutti i fattori produttivi e la possibilità per lo Stato di avvalersi di tutte le componenti della ricchezza nazionale.

L'Italia meridionale versava, invero, in condizioni di grande arretratezza economica e sociale. Le attività manifatturiere erano assai poco consistenti, mentre il commercio, sia interno che estero, era ben lontano dal raggiungere un volume di affari soddisfacente; relativamente all'agricoltura, poi, va sottolineata la massiccia presenza del latifondo e la conseguente carenza di una classe di proprietari terrieri piccoli e medi. Gran parte dei fondi rustici era incolta o sottoutilizzata; la presenza di un patrimonio ecclesiastico non indifferente faceva sì, inoltre, che una grande quantità di beni venisse sottratta alla circolazione giuridica per un lasso di tempo alquanto lungo e potenzialmente illimitato.

L'esistenza di una vasta manomorta ecclesiastica arrecava allo Stato un duplice nocumento, giacché non solo incideva negativamente sul trasferimento dei beni, e, quindi, sulla facoltà di riscuotere i tributi, ma, inoltre, deprimeva l'economia nazionale, impedendo lo sviluppo della produzione agricola. Data la rilevanza centrale attribuita nel Settecento all'agricoltura, non deve meravigliare l'attenzione con cui la stessa venne considerata dai riformatori meridionali: è ben noto l'influsso esercitato sugli intellettuali partenopei dalle teorie fisiocratiche, influsso chiaramente percepibile, ad es., nella riflessione sviluppata dal Genovesi².

L'attenzione verso le tematiche di ordine economico era accentuata dal fatto che, secondo le frange più sensibili del ceto intellettuale, le quali auspicavano che l'avvento al trono di Carlo III si traducesse in un radicale rinnovamento delle strutture economiche e sociali, il «risveglio» morale delle popolazioni meridionali richiedeva imprescindibilmente il miglioramento delle loro condizioni di vita: non sarebbe stato possibile un autentico progresso civile senza un parallelo aumento del benessere degli abitanti e, soprattutto, senza una migliore distribuzione della ricchezza tra i consociati; dalla realizzazione della giustizia distributiva dipendeva, in definitiva, il raggiungimento di gran parte degli obiettivi propri del movimento riformista.

² Per un'ampia sintesi del pensiero del Genovesi, cfr. RAFFAELE AJELLO, *Attualità di Antonio Genovesi: sintesi globale della natura e critica della società italiana*, in *Frontiera d'Europa*, 2/2004, pp. 5 ss.

2. I riformatori meridionali, la manomorta ecclesiastica e la riforma agraria

I riformatori meridionali sottolinearono ripetutamente l'eccessiva consistenza del patrimonio ecclesiastico³, la sua nocività per l'economia nazionale e la sua contrarietà sia alle norme statuali, sia ai principii propri dell'autentico diritto canonico (essi ritenevano che il Papato avesse distorto ed alterato i principii giuridici che regolamentavano la Chiesa delle origini e ciò allo scopo di legittimare le proprie ingerenze nell'ambito temporale). Veniva evidenziato, invero, come, ai sensi delle regole fondamentali che disciplinavano la *societas Ecclesiae*, la proprietà del patrimonio ecclesiastico spettasse all'insieme dei fedeli, essendone la Gerarchia semplice amministratrice: da qui il diritto del sovrano di disporre dei beni della Chiesa quando ciò fosse necessario per la realizzazione del benessere collettivo⁴.

In particolare, il Genovesi osservava che il sovrano avrebbe dovuto costringere sia la nobiltà, sia il clero a concedere in enfiteusi le proprie terre⁵. Una legge che avesse espropriato i latifondi per ripartirli fra i contadini avrebbe perturbato in modo irrimediabile la pace sociale⁶: una normativa sull'obbliga-

³ Cfr. GAETANO FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, in *Illuministi italiani*, t. V, *Riformatori napoletani* (a cura di FRANCO VENTURI), Ricciardi, Milano-Napoli, 1962, p. 704, secondo cui «Basta scorrere per le campagne per vedere che due terze parti de' fondi sono tra le mani degli ecclesiastici»; ANTONIO GENOVESI, *Prefazione* a COSIMO TRINCI, *L'agricoltore sperimentato*, *ibidem*, pp. 171 s., il quale attribuisce alla manomorta ecclesiastica una consistenza finanche maggiore. Cfr. anche Prammatica, 16 maggio 1750, in LORENZO GIUSTINIANI, *Nuova collezione delle Prammatiche del Regno di Napoli*, t. VII, Titolo CLXV, n. V, Napoli, 1804, pp. 132 ss., ove si rileva come gli enti ecclesiastici possedessero «la maggior parte delle case di questa Capitale [Napoli: n.d.a.]». In dottrina, cfr. PIA ONNIS, *Bernardo Tanucci nel moto anticurialista del Settecento*, in *Nuova rivista storica*, 1926, p. 329, che sottolinea come il patrimonio ecclesiastico ammontasse a circa un terzo della ricchezza complessiva del Regno di Napoli; PASQUALE VILLANI, *Risultati della recente storiografia e problemi della storia del Regno di Napoli (1734-1860)*, in *Mezzogiorno tra riforme e rivoluzione*, Laterza, Bari, 1962, pp. 14 s., ove si rileva come tra la fine del Seicento e l'inizio del Settecento gli enti ecclesiastici esistenti nell'Italia meridionale abbiano grandemente accresciuto il proprio patrimonio; RAFFAELE AJELLO, *L'esperienza giuridica di Carlantonio Brogna in tre sue opere ritenute disperse*, in *Arcana juris. Politica e diritto nel Settecento italiano*, Jovene, Napoli, 1976, pp. 361 ss.; MARIO ROSA, *Le istituzioni ecclesiastiche italiane tra Sei e Settecento*, in *Religione e società nel Mezzogiorno tra Cinque e Seicento*, De Donato, Bari, 1976, p. 290; SIMONA NEGRUZZO, *Chiesa e denaro tra Cinquecento e Settecento*, in *Riv. storia Chiesa in Italia*, 2004, pp. 564 ss.

⁴ Cfr. GENNARO MARIA MONTI, *Il Genovesi e la lotta anticlericale (Un episodio ignorato delle riforme anticurialiste del '700)*, in *Nuova rivista storica*, 1922, pp. 552 s.

⁵ Cfr. ANTONIO GENOVESI, *op. cit.*, pp. 172-174. Su questa proposta del Genovesi, cfr. BENEDETTO CROCE, *Storia del Regno di Napoli*, Laterza, Bari, 1965 (6° edizione), pp. 200-203; FRANCO VENTURI, *Settecento riformatore*, II, *La chiesa e la repubblica dentro i loro limiti. 1758-1774*, Einaudi, Torino, 1976, pp. 168-170.

⁶ Cfr. FRANCO VENTURI, *Introduzione*, in *Illuministi italiani*, cit., pp. XI s. e XVI; ID., *Il movimento riformatore degli illuministi meridionali*, in *Riv. storica italiana*, 1962, p. 9, secondo cui all'interno della riflessione del Genovesi, analogamente alla gran parte degli esponenti del movimento riformatore,

torietà dell'enfiteusi, invece, non avrebbe determinato alcuno sconvolgimento della società ed al tempo stesso avrebbe comunque agevolato i coltivatori diretti ritenuti la categoria maggiormente utile all'economia nazionale, perché contraddistinta dalla laboriosità e dall'onestà⁷.

Le proposte del Genovesi, che, secondo autorevole dottrina, costituisce una delle figure centrali dell'Illuminismo napoletano⁸, appaiono assai significative, giacché evidenziano l'evoluzione subita nel corso del Settecento dal movimento riformatore meridionale. Mentre nella prima metà del secolo i giurisdizionalisti avevano utilizzato, nel contrapporsi all'autorità ecclesiastica, categorie concettuali desunte dalla scienza giuridica e dall'analisi storica, con la nascita dell'interesse per gli studi di economia politica la lotta anticuriale venne condotta utilizzando anche apporti desunti da altre scienze, quali appunto l'economia, la geografia, la statistica⁹.

un rilievo non indifferente riveste il timore che riforme improvvise possano determinare «una crisi più profonda ancora... una dissoluzione stessa del corpo sociale». *Contra*, cfr. ALBERTINA PANAREO, *Il ministro Carlo De Marco e la politica ecclesiastica napoletana dal 1760 al 1798*, in *Studi salentini*, 1/1956, p.73, ove si afferma che Genovesi fosse favorevole all'espropriazione del patrimonio ecclesiastico da parte dello Stato.

⁷ Su questa concezione del Genovesi, cfr. GIORGIO GIORGETTI, *Capitalismo e agricoltura in Italia*, Editori Riuniti, Roma, 1977, pp. 129 e 280. Sulla reazione degli scrittori curialisti, i quali cercarono di dimostrare che i latifondi ecclesiastici, lungi dal nuocere al benessere collettivo, fossero di giovamento all'economia nazionale, cfr. FRANCO VENTURI, *Settecento riformatore...*, cit., pp. 185-205.

⁸ Non va dimenticato che, com'è noto, fu Genovesi a ricoprire, nel 1754, la prima cattedra italiana di economia politica. Cfr., oltre agli Autori citati nelle note precedenti, ETTORE PASSERIN, *Giansenisti e illuministi*, in AA.Vv., *La cultura illuministica in Italia* (a cura di MARIO FUBINI), Radio Italiana, Torino, 1957, p. 192, e VINCENZO FERRONE, *Scienza natura religione. Mondo newtoniano e cultura italiana nel primo Settecento*, Jovene, Napoli, 1982, p. 605, secondo i quali il Genovesi seppe fondere insieme la fedeltà alla Tradizione cattolica e l'aspirazione alla libertà di pensiero. Si sofferma su questi profili della personalità del Genovesi DANIELE MENOZZI, *Lecture politiche della figura di Gesù nella cultura italiana del Settecento*, in AA.Vv., *Cattolicesimo e lumi nel Settecento italiano*, Herder, Roma, 1981, p. 148-152. Per un'ampia sintesi del pensiero del Genovesi, cfr. RAFFAELE AJELLO, *Attualità di Antonio Genovesi...*, cit., pp. 5 ss.; Id., *Il pragmatismo giuridico di Antonio Genovesi. Tra rivoluzione scientifica e restaurazione idealistica*, in *Frontiera d'Europa*, 2/2005, pp. 75 ss.

⁹ Cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, *Il giansenismo in Italia prima della Rivoluzione*, Laterza, Bari, 1928, pp. 389 s., secondo cui l'interesse verso siffatte branche della scienza impedisce di qualificare come aderenti al giansenismo, attento principalmente alle dispute teologico-dottrinali, numerosi esponenti del riformismo meridionale; Id., *Stato e Chiesa negli scrittori politici italiani del '600 e del '700*, Morano, Pompei (Napoli), 1972 (2° edizione), pp. 27-30 e 239, che, dopo aver distinto tra i giurisdizionalisti della prima metà del XVIII secolo, molto attenti alla dimensione storico-giuridica, e quelli della seconda metà, particolarmente sensibili alle nuove scienze economiche, sottolinea come nel Mezzogiorno d'Italia si sia sempre attribuita grande rilevanza alle ripercussioni della politica ecclesiastica sull'economia nazionale; GUIDO DE RUGGIERO, *Il pensiero politico meridionale nei secoli XVIII e XIX*, Laterza, Bari, 1946, pp. 38-102; LUIGI SALVATORELLI, *Il pensiero politico italiano. Dal 1700 al 1870*, Einaudi, Torino, 1949, pp. 55-58, ove si analizza il pensiero del Filangieri, rilevando come per quest'ultimo l'obiettivo primario della legislazione secolare debba essere lo sviluppo economico della società civile; ROSARIO ROMEO, *Illuministi meridionali. 1. Giannone e Galiani*, in AA.Vv., *La cultura illuministica in Italia*, cit., p. 170; Id., *Illuministi meridionali, 2. Dal Genovesi ai patrioti della*

Obiettivo principale del Genovesi, nonché del gruppo di riformatori creatosi attorno alla sua figura ed al suo insegnamento, era quello di giungere ad un rivolgimento totale delle strutture economiche del Mezzogiorno, in primo luogo di quelle concernenti l'agricoltura¹⁰. L'avversione nei confronti della manomorta ecclesiastica non era fine a se stessa (anche se l'atteggiamento

Repubblica partenopea, ibidem, pp. 174-180, che si sofferma soprattutto sul Genovesi e sul Filangieri, evidenziandone l'eccessiva attenzione alla speculazione teorica e la non piena conoscenza dei problemi pratici che affliggevano l'economia meridionale; BENEDETTO CROCE, *op. cit.*, p. 175, ove si afferma che «Il maggiore acquisto scientifico, che allora si fece nel campo delle discipline sociali e politiche, fu appunto la scienza dell'Economia»; ANDREA MELPIGNANO, *L'anticurialismo napoletano sotto Carlo III*, Herder, Roma, 1965, pp. 42-44, il quale evidenzia come i giurisdizionalisti della seconda metà del Settecento «arricchirono i loro studi con considerazioni di ordine economico»; GIUSEPPE RICUPERATI, *Il pensiero politico degli illuministi*, in AA.VV., *Storia delle idee politiche economiche e sociali* (diretta da LUIGI FIRPO), vol. IV, *L'età moderna*, t. II, UTET, Torino, 1975, pp. 382 s.; VINCENZO FERRONE, *op. cit.*, pp. 553-556, ove si puntualizza l'intimo nesso esistente tra i progetti di riforma propugnati dal potere politico e le esigenze di ordine economico; AURELIO CERNIGLIARO, *Agricoltura e pubblica felicità. Dalla ragion economica alla ragion civile*, in *Frontiera d'Europa*, 2/2000, pp. 115 ss.; LUCA NOLASCO, *Guerra e pubblica felicità nel pensiero illuministico di Giuseppe Palmieri*, Congedo Editore, Galatina (Lecce), 2003, pp. 5-63; RAFFAELE IOVINE, *Elementi di continuità nell'Illuminismo napoletano. D. Mangieri tra C. Galiani e G.M. Galanti*, in *Frontiera d'Europa*, 1/2004, pp. 144 s., secondo cui il movimento riformatore concentrò la propria attenzione sulle «operazioni dirette al benessere sociale»; ANTONIO TRAMPUS, *La genesi e la circolazione della Scienza della Legislazione. Saggio bibliografico*, in *Riv. storica italiana*, 2005, pp. 309 ss., il quale pone in risalto l'attenzione del Filangieri per le problematiche di ordine economico.

⁹fr. anche EUGENIO GARIN, *Antonio Genovesi storico della scienza*, in *Dal Rinascimento all'Illuminismo. Studi e ricerche*, Nistri Lischi, Pisa, 1970, pp. 223 ss.; RAFFAELE AJELLO, *Pietro Giannone fra libertini e illuministi*, in *Arcana juris...*, cit., p. 253, secondo cui all'interesse verso le discipline economiche e sociali non dev'essere ritenuta estranea la diffusione, in tutta l'Europa, della logica newtoniana fautrice della rilevanza pratica del metodo scientifico (la cd. scienza applicata). Sulla diffusione del newtonianesimo nel Meridione d'Italia, continentale ed insulare, e sulla sua condivisione da parte del ceto intellettuale, cfr. VINCENZO FERRONE, *op. cit.*, *passim*; ID., *I profeti dell'Illuminismo*, Laterza, Roma-Bari, 2000, *passim*; PIETRO NASTASI, *Domenico Scinà e la fisica palermitana fra Settecento e Ottocento*, in *Studi settecenteschi*, 1998, pp. 377 ss.; EDVIGE SCETTINO, *L'insegnamento della fisica sperimentale a Napoli nella seconda metà del Settecento*, *ibidem*, pp. 367 ss.; RAFFAELE IOVINE, *op. cit.*, pp. 127 ss.

⁹sulla mancata recezione da parte della cultura cattolica della nuova scienza economica, cfr. ROMEO DE MAIO, *Pensiero e storia religiosa*, in AA.VV., *Immagini del Settecento in Italia*, Laterza, Roma-Bari, 1980, pp. 37 s., che evidenzia come la Chiesa continuasse a negare autonomia agli studi economici, riconducendoli ad un sottosettore dell'etica; GIUSEPPE LEZIROLI, *Stato e Chiesa. Per una storia del dualismo giurisdizionale cristiano*, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 98-101; RAFFAELE IOVINE, *Tre inedite censure del Sant'Ufficio alle "Lezioni di Commercio" di Antonio Genovesi (1817)*, in *Frontiera d'Europa*, 2/2004, pp. 247 ss. Cfr. anche le considerazioni formulate da MARIO ROSA, *Introduzione all'Aufklärung cattolica in Italia*, in AA.VV., *Cattolicesimo e lumi...*, cit., pp. 5-21.

¹⁰ Sulle riforme economiche propugnate dagli intellettuali meridionali nella seconda metà del XVIII secolo, cfr. FRANCO VENTURI, *Economisti e riformatori spagnoli e italiani del '700*, in *Riv. storica italiana*, 1962, pp. 532 ss.; ID., *Settecento riformatore...*, cit., pp. 44-64, ove si mette in rilievo come la politica economica del Governo spagnolo sia stata presa a modello, seppur solo parzialmente, dal ceto intellettuale del Mezzogiorno d'Italia. Relativamente alla Sicilia, cfr. PASQUALE MATARAZZO, *L'Accademia di agricoltura di Palermo. Stato e feudalità a confronto nel tardo Settecento*, in *Studi storici*, 2002, pp. 1003 ss.

anticuriale del Genovesi si andò sempre più accentuando fino ad assumere carattere polemico), ma era dettata dal convincimento che il riscatto del Meridione fosse impossibile in mancanza della creazione di una classe di piccoli e medi proprietari terrieri, o, quantomeno, del coinvolgimento attivo della classe contadina nella gestione dei fondi rustici (ad es., attraverso la stipula dei contratti di enfiteusi testé menzionati): le tesi della scuola fisiocratica francese¹¹, fautrici, è risaputo, del ruolo centrale dell'agricoltura ai fini della crescita economica, trovavano così accoglimento anche a Napoli.

L'azione riformatrice dei Borbone avrebbe dovuto, auspicava il Genovesi, abbattere, o quantomeno intaccare, le ormai vetuste strutture feudali facenti capo rispettivamente al baronaggio ed alla Chiesa, onde ridare nuovo impulso all'agricoltura e, conseguentemente, ai commerci (l'aumento della produzione di alimenti si sarebbe inevitabilmente risolto in un incremento della loro circolazione)¹²: l'anticurialismo assumeva così una valenza funzionale rispetto alla crescita economica¹³.

Appare altresì degno di nota il proposito del Tanucci¹⁴, che condivideva anch'egli, pur se solo parzialmente, le teorie fisiocratiche¹⁵, di dar vita ad una

¹¹ Su siffatte tesi, cfr. *Studi settecenteschi*, 2004, pp. 11 ss., integralmente dedicato al movimento fisiocratico.

¹² Cfr. le considerazioni formulate da PASQUALE VILLANI, *op. cit.*, pp. 32-35.

¹³ Cfr. GUIDO DE RUGGIERO, *op. cit.*, pp. 57-75, che analizza in modo particolare il pensiero del Genovesi e del Filangieri. Cfr. anche SALVATORE ROTTA, *Economia e società in Montesquieu*, in *Studi settecenteschi*, 1992-1993, pp. 149 ss., ove si mette in evidenza come la cultura illuministica ritenesse che fosse compito precipuo dell'autorità politica creare le condizioni più idonee allo sviluppo economico del Paese.

¹⁴ Sulla figura di Bernardo Tanucci, cfr. ROSA MINCUZZI, *Bernardo Tanucci ministro di Ferdinando di Borbone. 1759-1776*, Dedalo, Bari, 1967, *passim*; AA.VV., *Bernardo Tanucci. Statista letterato giurista* (Atti del Convegno Internazionale di Studi per il secondo centenario 1783-1983 – a cura di RAFFAELE AJELLO –MARIO D'ADDIO), voll. I-II, Jovene, Napoli, 1986, *passim*.

¹⁵ Sulla condivisione soltanto parziale della fisiocrazia da parte del Tanucci, cfr. DONATO MORO, *Cultura e criteri di governo in Bernardo Tanucci (dalle lettere al Galiani e al Viviani)*, in *Nuovi quaderni del Meridione*, 1963, pp. 275 s. e 279-282, ove, pur rilevandosi come lo statista pisano reputasse che la prosperità del Regno dipendesse essenzialmente dallo sviluppo dell'agricoltura, ritenuta prioritaria rispetto alle attività manifatturiere e commerciali, si sottolinea come lo stesso non condividesse affatto il principio della libertà di commercio propugnato, invece, dal movimento fisiocratico; RAFFAELE AJELLO, *Attualità di Antonio Genovesi...*, cit., pp. 207-211, secondo cui il Tanucci attribuiva rilevanza principale all'agricoltura: ciò a differenza del Genovesi, il quale «puntò tanto sull'agricoltura, quanto sul commercio» (p. 207). Cfr. anche ENRICA VIVIANI DELLA ROBBIA, *Bernardo Tanucci ed il suo più importante carteggio*, vol. I, *Biografia*, Sansoni, Firenze, 1942, p. 17, che sottolinea come Tanucci considerasse l'agricoltura «l'arte principale e la base di tutte le altre»; Id., *Bernardo Tanucci ed il suo più importante carteggio*, vol. II, *Le lettere*, Sansoni, Firenze, 1942, pp. 340 s., ove lo statista pisano critica il principio della libera circolazione delle merci, osservando che «colla regoletta dei bottegai di che la roba va ove si venda meglio, cotesta plebe muore di fame; li grandi Romani, tanto lodati e tanto famosi per la politica, non operavano colla regoletta teorica», e pp. 395 s., improntate a concetti analoghi; FRANCESCO RENDA, *Il riformismo di Bernardo Tanucci. Le leggi di eversione dell'asse gesu-*

classe di piccoli proprietari terrieri utilizzando le terre confiscate ai gesuiti dopo la loro espulsione dal Regno (avvenuta nel novembre del 1767). Il tentativo di distribuire la terra ai contadini, impedendo che se ne impadronissero i latifondisti¹⁶, però sostanzialmente fallì: molto probabilmente ciò fu dovuto al suo carattere di iniziativa isolata non accompagnata né da una più ampia riforma agraria, né da misure volte a reprimere realmente l'eccessivo potere del baronaggio¹⁷. Esito sostanzialmente negativo ebbe pure un analogo tenta-

itico (1767-1773), Società di Storia Patria per la Sicilia Orientale, Catania, 1969, pp. 8 s., secondo cui attraverso l'eversione del patrimonio immobiliare della Compagnia di Gesù Tanucci «cercò di tradurre ed applicare non solo l'insegnamento genovesiano, ma anche il pensiero economico più avanzato della fisiocrazia europea e la stessa politica di riforme filocontadine delle grandi potenze»; GIORGIO GIORGETTI, *op. cit.*, p. 277, il quale rileva che l'agricoltura «nelle riforme settecentesche costituì un motivo d'interesse dominante».

Maggiormente favorevole alla libertà dei commerci fu, invece, il Caracciolo: sul punto, cfr. ERNESTO PONTIERI, *Problemiannonari nella Sicilia del Settecento*, in *Il riformismo borbonico nella Sicilia del Sette e dell'Ottocento. Saggi storici*, Perrella, Roma, 1945, pp. 205 ss.; sottolinea come, nonostante questa parziale adesione al principio della libertà di commercio, il Caracciolo non abbia mai aderito pienamente al movimento fisiocratico FRANCO CATALANO, *Il viceré Caracciolo e la Sicilia alla fine del secolo XVIII*, in *Belfagor*, 1952, pp. 395-406.

Si sofferma sulla non unanime condivisione dei postulati fisiocratici da parte degli economisti meridionali UMBERTO SEGRE, *Il pensiero economico nell'Illuminismo italiano*, in AA.Vv., *La cultura illuministica...*, cit., pp. 206 ss. Per considerazioni di ordine generale circa il rapporto intercorrente tra lo sviluppo dell'economia di scambio e l'evoluzione del pensiero occidentale, cfr. GUIDO DE RUGGIERO, *Storia della filosofia. L'età dell'Illuminismo*, vol. II, Laterza, Bari, 1968, pp. 436-441, ove si afferma che il sorgere della scuola dei cd. economisti va ricondotto alla diffusione del razionalismo, che nel XVIII secolo improntò tutte le dimensioni dell'esistenza; LUCIO VILLARI, *Note sulla fisiocrazia e sugli economisti napoletani del '700*, in AA.Vv., *Saggi e ricerche sul Settecento*, Istituto Italiano per gli Studi Storici, Napoli, 1968, pp. 224 ss.; Id., *Teoria economica e rapporti sociali*, in AA.Vv., *Immagini...*, cit., pp. 54 ss.; LUCIEN GOLDMANN, *L'Illuminismo e la società moderna*, Einaudi, Torino, 1973, pp. 27-37, secondo cui l'affermarsi in Europa dell'ideologia razionalista ed illuminista fu determinato anche dallo sviluppo dei commerci, sviluppo che presupponeva che l'individuo si autodeterminasse secondo le esigenze del momento, svincolandosi da tutti quei condizionamenti che non trovassero la propria origine nella situazione fattuale, inclusi quelli derivanti dai convincimenti religiosi.

¹⁶ Cfr. MARIO CONDORELLI, *Momenti del riformismo ecclesiastico nella Sicilia borbonica*, Edizioni Parallelo 38, Reggio Calabria, 1971, p. 37, secondo cui Tanucci condivise l'idea, tipicamente genovesiana, «dell'utilizzazione della proprietà ecclesiastica mediante la sua redistribuzione in piccole quote a chi fosse in grado di coltivarla direttamente».

¹⁷ Su siffatta iniziativa del Tanucci e sul suo esito negativo, cfr. ANTONIO MARONGIU, *Lo Stato moderno. Lineamenti storico-istituzionali*, La Sapienza, Roma (s.d.), pp. 185 e 209-211; ERNESTO PONTIERI, *Il tramonto del baronaggio siciliano*, Sansoni, Firenze, 1943, pp. 142 s., secondo cui «nessun vantaggio il paese ottenne dalla soppressione della Compagnia di Gesù e dall'incameramento dei beni che appartenevano a questa ovvero ad altre corporazioni religiose»; DONATO MORO, *op. cit.*, p. 274; ROSA MINCUZZI, *op. cit.*, pp. 63-66 e 73 s., che distingue tra la parte peninsulare del Regno, ove, anche se solo parzialmente, le terre espropriate ai gesuiti vennero assegnate ai braccianti, e la Sicilia, dove, invece, a beneficiare della soppressione della Compagnia di Gesù furono essenzialmente nobili e latifondisti; MARIO CONDORELLI, *op. cit.*, pp. 21-23 e 33-38, il quale, in ordine alla Sicilia, distingue tra le leggi di ammortizzazione volute dal Tanucci, che ostacolarono il processo di formazione della piccola proprietà terriera, e le successive iniziative adottate dal Governo borbonico tra la fine del XVIII secolo e l'inizio del XIX, iniziative che, frazionando il patrimonio del disciolto ordine dei gesuiti,

tivo posto in essere dal Caracciolo negli anni in cui ricoprì la carica di primo ministro¹⁸.

cercarono di incentivare la parcellizzazione del latifondo; MARIO ROSA, *Le istituzioni...*, cit., pp. 303 s., che rileva come l'espropriazione del patrimonio della Compagnia di Gesù «finì in gran parte col rafforzare i maggiori esponenti del baronaggio siciliano»; ROSARIO VILLARI, *Mezzogiorno e contadini nell'Età moderna*, Laterza, Roma-Bari, 1977, pp. 5-53; MARIO TEDESCHI, *Strutture ecclesiastiche e vita religiosa*, in AA.VV., *Storia della Sicilia*, vol. VII, *Storia di Napoli e della Sicilia*, Palermo, 1978, p. 62, il quale ritiene che, quantomeno in ordine alla Sicilia, l'azione del Tanucci non solo non abbia incentivato il frazionamento del latifondo, ma anzi l'abbia ostacolato, consentendo all'aristocrazia ed all'alta borghesia di appropriarsi di gran parte del patrimonio ecclesiastico; FURIO DIAZ, *La storiografia politica*, in AA.VV., *Immagini...*, cit., pp. 7 s.

Contra, cfr. DOMENICO SCHIAPPOLI, *La legislazione tanucciana contro la manomorta ecclesiastica*, in *Atti della Reale Accademia di scienze morali e politiche*, vol. 50, Napoli, 1927, p. 163, ove si osserva che la devoluzione dei beni della Compagnia consentì di «creare ed aumentare la classe dei proprietari e coltivatori con grande vantaggio dell'agricoltura»; FRANCESCO RENDA, *op. cit.*, pp. 8-14, che sottolinea come l'azione del Tanucci abbia conseguito risultati assai positivi; ID., *Baroni e riformatori in Sicilia sotto il ministero Caracciolo (1786-1789)*, La libra, Messina, 1974, pp. 25-36, secondo cui sotto il Tanucci il patrimonio immobiliare dei gesuiti venne effettivamente ripartito tra i contadini; siffatta opera di parcellizzazione della proprietà immobiliare riguardò anche la Sicilia; fu solo nel 1776, allorché il Tanucci venne destituito (l'Autore attribuisce la caduta dello statista pisano ad una sorta di «complotto» che avrebbe visto la convergenza delle mire asburgiche e degli interessi del baronaggio siciliano) ed il suo posto venne preso dal marchese della Sambuca, che in Sicilia il processo di riforma agraria non solo subì un brusco arresto, ma venne addirittura vanificato, giacché in molti casi le terre furono sottratte ai «bracciali», cioè ai braccianti, e riattribuite alla nobiltà; ID., *Bernardo Tanucci e i beni dei gesuiti in Sicilia*, Storia e letteratura, Roma, 1974, pp. 220-237, ove si osserva che con il passaggio dal Tanucci al Sambuca la politica borbonica subì una «aperta involuzione baronale» (p. 236); FRANCO VENTURI, *Settecento riformatore...*, cit., pp. 176-178, secondo cui il Tanucci riuscì a creare «sulle rovine della grande proprietà ecclesiastica, un nuovo mondo di contadini ancorati alle loro affittanze a lungo termine, ai loro "livelli"» (anche l'Autore reputa che alla destituzione del Tanucci si sia accompagnato un brusco arresto dell'opera di frazionamento della grande proprietà ecclesiastica). Sulle circostanze che determinarono la destituzione dello statista pisano, cfr. ROBERTO TUFANO, «Le renversement des alliances» europee e l'espulsione di Bernardo Tanucci dal governo delle Sicilie (1774-1776), in *Frontiera d'Europa*, 2/2003, pp. 87 ss.

Numerosi provvedimenti normativi sembrano confortare quest'ultima tesi. Cfr., al riguardo: la Consulta del 2 maggio 1768, proveniente dalla Giunta per il governo dell'Azienda gesuitica, ove si prospettano al Tanucci alcune difficoltà pratiche che ostacolerebbero l'assegnazione ai contadini delle terre espropriate alla Compagnia (la Consulta può leggersi in FRANCESCO RENDA, *Il riformismo...*, cit., *Documenti*, pp. 40-43); l'Avviso del 30 agosto 1768, con il quale si prevedono sanzioni per coloro che si impadroniscono delle ex proprietà dei gesuiti utilizzando come prestanome contadini e braccianti (*ibidem*, pp. 50 s.); il Dispaccio, 27 gennaio 1770, ove si ribadisce che soltanto i coltivatori diretti possono partecipare alla ripartizione dei fondi rustici confiscati ai gesuiti (*ibidem*, pp. 62 s.); il Dispaccio, 17 marzo 1770, secondo cui solo eccezionalmente le terre appartenute all'ordine possono essere assegnate a soggetti che non siano né agricoltori, né braccianti (*ibidem*, p. 64); il Biglietto viceregio del 19 giugno 1771, ove si lamenta la mancata assegnazione ai «bracciali» delle proprietà della Compagnia ubicate vicino Messina (*ibidem*, pp. 72 s.); l'Ordine regio del 15 giugno 1773, che, per rendere più agevole la distribuzione dei fondi rustici tra i braccianti, stabilisce che i canonici annui da corrispondere quale corrispettivo della terra ottenuta debbano essere «discreti» (*ibidem*, pp. 78-80); i Dispacci, 13 gennaio 1779 e 30 ottobre 1779, con i quali il marchese della Sambuca revoca in larga misura le assegnazioni effettuate a beneficio dei contadini e dei braccianti (*ibidem*, pp. 104 e 106 s.).

¹⁸ Cfr. Dispaccio, 5 luglio 1788, in FRANCESCO RENDA, *Baroni e riformatori...*, cit., p. II, *Le tre linee di riforma tra il 1786 e il 1789. Documenti*, pp. 287-289, ove si sottolinea l'esigenza di creare una classe

La dinastia borbonica, influenzata molto probabilmente dai summenzionati convincimenti del Genovesi e del Tanucci¹⁹, dedicò sovente attenzione all'incremento dell'agricoltura²⁰, cercando in particolare di incentivare le esportazioni²¹. Emblematici appaiono i provvedimenti volti ad accertare l'estensione dei terreni coltivati, nonché l'ammontare effettivo del raccolto (quantomeno in ordine al grano ed agli altri prodotti di largo consumo, quali granturco, fave, fagioli, etc.). Si impose invero ai proprietari terrieri di comunicare all'autorità comunale la reale ampiezza dei fondi rustici che fossero stati seminati, nonché

di coltivatori diretti. Sul sostanziale fallimento del tentativo del Caracciolo, cfr. MARIO CONDORELLI, *op. cit.*, pp. 39-70, il quale, relativamente alla parte insulare del Regno, analizza l'azione del ministro, nonché i tentativi di riforma agraria operati successivamente, e giunge alla conclusione che se da un lato venne accresciuta la produttività dei fondi, attraverso una razionalizzazione e funzionalizzazione delle strutture rurali, dall'altro non si realizzò alcuna redistribuzione della proprietà fondiaria, dato che le classi più umili non conseguirono alcun beneficio; FRANCESCO RENDA, *Baroni e riformatori...*, cit., pp. 141-149; AUGUSTO PLACANICA, *Alle origini dell'egemonia borghese in Calabria. La privatizzazione delle terre ecclesiastiche (1784-1815)*, Società editrice meridionale, Salerno-Catanzaro, 1979, *passim*; PASQUALE MATARAZZO, *op. cit.*, p. 1026, che sottolinea come in Sicilia «gli stessi baroni, in uno con gli interessi della borghesia terriera, tendevano a divenire consapevoli dell'opportunità di volgersi in grossi proprietari terrieri al fine di conservare la propria potenza politica ed economica»; GIUSEPPE CARIDI, *Latifondo e proprietà ecclesiastica in Calabria nel Settecento*, in *Arch. storico per le province napoletane*, 2000, pp. 151 ss. Cfr. anche SAVERIO DI BELLA, *Chiesa e società civile nel Settecento italiano*, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 6-10. Per una visione d'insieme della figura del Caracciolo, cfr., per tutti, ANTONELLO SCIBILLA, *Domenico Caracciolo*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. XIX, Treccani, Roma, 1976, pp. 337-347.

¹⁹ Una sintesi delle idee del Genovesi e del pensiero di quanti dopo la sua morte continuarono a coltivare gli studi economici può leggersi in FRANCO VENTURI, *op. ult. cit.*, pp. 205-213; relativamente alle idee del Tanucci, cfr. ENRICA VIVIANI DELLA ROBBIA, *Bernardo Tanucci...*, vol. I, cit., pp. 120 s.

²⁰ Cfr. GUIDO DE RUGGIERO, *Il pensiero politico...*, cit., p. 52, che evidenzia come il Regno di Napoli fosse «povero, senza industrie, dove la principale ricchezza è il suolo ed il capitale umano». Purtroppo, al momento dell'ascesa al trono di Carlo III l'agricoltura del Mezzogiorno versava – lo abbiamo già sottolineato – in condizioni di grande arretratezza. Sul punto, cfr. ERNESTO PONTIERI, *Sulla distribuzione della popolazione in Sicilia nel secolo XVIII*, in *Il riformismo...*, cit., pp. 34 ss., che si sofferma soprattutto sulla Sicilia; VIRGILIO TITONE, *Economia e politica nella Sicilia del Sette e Ottocento*, Novocento, Palermo, 1947, pp. 13-50; GIUSEPPE GIARRIZZO, *Appunti per la storia culturale della Sicilia settecentesca*, in *Riv. storica italiana*, 1967, pp. 599-604, che analizza anch'egli la situazione dell'isola; ROSA MINCUZZI, *op. cit.*, pp. 55 ss.; RUGGERO MOSCATI, *I Borboni in Italia*, ESI, Napoli, 1970, pp. 55-65; ANTONINO BLANDO, *La politica in tempi di scarsità: la carestia del 1764 in Sicilia*, in *Arch. storico siciliano*, 2005, pp. 7 ss.; Id., *Informazioni e buone ragioni. La politica economica del grano nella Sicilia del XVIII secolo*, in *Quaderni storici*, 2007, pp. 111 ss. Considerazioni generali sulla situazione economica della penisola italiana nel corso del XVIII secolo sono formulate da PAOLO MALANIMA, *Le crisi in Italia e la crisi del Settecento*, in *Società e storia*, 2003, pp. 373 ss.

²¹ Cfr. RAFFAELE AJELLO, *L'esperienza giuridica...*, cit., pp. 371 ss., ove si rileva come i due obiettivi centrali della politica economica del Governo borbonico fossero «Sviluppo del commercio ed abbondanza del peculio procurata allo Stato»; PAOLA AVALLONE, *Tra teoria e pratica. Il credito agrario nel Regno di Napoli nella seconda metà del XVIII secolo*, in *Riv. storia agricoltura*, 2/2005, pp. 3 ss., secondo cui negli anni Ottanta del XVIII secolo l'attenzione della dinastia borbonica per le tematiche di ordine economico crebbe notevolmente; GIUSEPPE CARIDI, *Essere re e non essere re. Carlo di Borbone a Napoli e le attese deluse (1734-1738)*, Rubbettino, Soveria Mannelli (Catanzaro), 2006, pp. 162 ss.

l'entità del raccolto²²: ciò al fine di consentire al Governo di individuare di quali alimenti, ed in che quantità, potesse essere consentita l'esportazione²³.

È significativo, almeno così ci pare, che i provvedimenti in parola si applicassero anche qualora il proprietario del fondo fosse un chierico o un religioso, oppure un ente ecclesiastico²⁴: data l'esclusiva afferenza della materia regolamentata all'ordine temporale, non sussisteva alcuna ragione che giustificasse un regime di diritto singolare.

3. *L'assenso regio quale condicio sine qua non della capacità di acquistare e di possedere degli enti ecclesiastici*

Il tentativo della dinastia borbonica di impedire che la manomorta crescesse ulteriormente si esplicò poi in una serie di interventi, anche normativi, diretti a controllare non solo la quantità di beni posseduti dagli enti ecclesiastici, ma anche la loro natura (venne considerata con particolare sfavore la titolarità di immobili): ciò al duplice scopo di accrescere le entrate dello Stato (è noto che in base alla cd. immunità reale il patrimonio degli enti ecclesiastici usufruiva sovente di un regime fiscale avente carattere privilegiario) e di stimolare l'economia nazionale, incentivando la libera circolazione dei beni (è risaputo che, data l'esistenza potenzialmente illimitata delle persone giuridiche, i loro beni sono sottratti per un periodo più o meno lungo al libero scambio)²⁵.

Ulteriori regole vennero stabilite con riferimento al cd. patrimonio sacro (com'è noto, con questa locuzione si indicava la dotazione patrimoniale costi-

²² Cfr. Prammatica, 16 maggio 1778, in LORENZO GIUSTINIANI, *Nuova collezione...*, t. II, Titolo XV, n. XCI, Napoli, 1803, pp. 126 ss.; Prammatica, 28 settembre 1778, *ibidem*, n. XCII, pp. 130 ss., che estende ai coltivatori di qualunque tipo di cereale o legume gli obblighi già stabiliti a carico dei produttori di grano.

²³ Cfr. Prammatica, 28 settembre 1778, cit., p. 130, ove si precisa che gli obblighi in parola sono finalizzati a consentire ai coltivatori «di estrarre fuori Regno ogni sorta di vettovaglie, che siano superflue alla sussistenza delle Popolazioni di esso».

²⁴ Prammatica, 16 maggio 1778, cit., pp. 126 e 128, ove si stabilisce che il disposto normativo si applicherà anche alle «persone ecclesiastiche di qualunque grado e condizione»; Prammatica, 28 settembre 1778, cit., p.131.

²⁵ Quest'ultimo obiettivo venne conseguito solo in misura assai parziale, come dimostra la seguente affermazione formulata nel 1780 dal Grimaldi (sulla figura del Grimaldi e sulla sua peculiare sensibilità verso le tematiche di ordine economico, cfr. MARIA LUISA PERNA, *Domenico Grimaldi*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. LIX, Treccani, Roma, 2002, pp. 495-498): «Allora sì che si vedrà come la legge dell'ammortizzazione si trova generalmente delusa riguardo al suo vero fine, mentre invece di animare la circolazione, vie più l'incaglia» (cfr. DOMENICO GRIMALDI, *Piano di riforma per la pubblica economia delle provincie del Regno di Napoli e per l'agricoltura delle Due Sicilie*, in *Illuministi italiani...*, cit., p. 464).

tuita, generalmente, dalla famiglia di chi aspirava all'ordine sacro e destinata a fornirgli i mezzi di sostentamento: ciò in modo che l'eventuale mancanza di un beneficio non fosse di ostacolo all'ordinazione), onde limitare il numero complessivo dei chierici, risultato che venne perseguito, tra l'altro, proprio individuando alcuni requisiti di ordine patrimoniale al cui rispetto era subordinata la possibilità di conferire il sacramento dell'ordine.

I provvedimenti normativi adottati dai Borbone possono essere ripartiti, perciò, in due grandi categorie, a seconda che avessero per oggetto diretto e principale la manomorta *stricto sensu* intesa – cioè i beni di cui erano proprietari gli enti ecclesiastici –, oppure il patrimonio sacro e gli altri cespiti appartenenti ai chierici individualmente considerati. Qui analizzeremo principalmente la prima categoria.

Circa la prevenzione e repressione della manomorta, vanno menzionati, innanzitutto, alcuni dispacci volti ad impedire che il patrimonio degli enti ecclesiastici venisse ulteriormente accresciuto (leggi di ammortizzazione). Tra questi spiccano in modo particolare quelli aventi per oggetto la proibizione di acquistare nuovi beni²⁶.

Inizialmente la legittimità degli incrementi patrimoniali realizzati dai Luoghi pii, cioè dagli enti che o fossero dotati di carattere ecclesiastico, o fossero comunque diretti allo svolgimento di attività religiose e culturali, venne subordinata alla circostanza che la costituzione degli stessi fosse stata approvata espressamente dal sovrano: si reputava, infatti, che l'assenso regio fosse *condicio sine qua non* perché la persona giuridica ottenesse la capacità di acquistare e di possedere.

Non si era stabilito, perciò, un divieto generale, valevole per tutti i Luoghi pii, di acquisire nuovi cespiti, ma si faceva discendere la validità dell'acquisto dal fatto che il monarca avesse approvato l'erezione dell'ente²⁷. Si precisava, comunque, che la concessione dell'assenso regio alla costituzione della persona giuridica implicava semplicemente la titolarità, in via generale ed astratta,

²⁶ Si soffermano sulle leggi di ammortizzazione ALESSIO DE SARIIS, *Codice delle leggi del Regno di Napoli*, I. I, Napoli, 1792, pp. 200-204; VITO GILBERTI, *Polizia ecclesiastica del Regno delle Due Sicilie*, Napoli, 1845, pp. 192-197; DOMENICO SCHIAPPOLI, *op. cit.*, pp. 145 ss. Cfr. anche le considerazioni formulate da PIETRO COLLETTA, *Storia del Reame di Napoli*, vol. I, SEI, Napoli, 1957 (ristampa), pp. 178-181.

²⁷ Cfr. Dispaccio, 27 giugno 1767, in DIEGO GATTA, *Regali Dispacci*, t. I, Titolo I, n. III, Napoli, 1773 (le pagine del tomo I non sono numerate), ove si stabilisce espressamente che «mancando al Conservatorio lo assenso regio, lo dichiara il Re incapace di possedere e di percepire eredità, legati, donazioni, e qualunque altro dominio e azione». Cfr. anche Dispaccio, 20 marzo 1751, in DIEGO GATTA, *Regali Dispacci*, t. III, Titolo III, n. VIII, Napoli, 1775, pp. 47 s., che dichiara caducata una disposizione *mortis causa* effettuata in favore di un gruppo di religiosi, sottolineando che, non essendo stata concessa l'autorizzazione del monarca, si tratta di un «Collegio illecito».

della facoltà di acquistare beni, senza che da ciò derivasse automaticamente la legittimità delle acquisizioni patrimoniali: era necessaria, invero, una ulteriore concessione e cioè l'esplicita autorizzazione da parte del monarca ad effettuare acquisti.

Nel Regno vigevano, infatti, da lungo tempo – veniva fatto riferimento a disposizioni emanate da Federico II ed addirittura a statuizioni risalenti agli Imperatori romani²⁸ – numerose norme che vietavano ai corpi morali, ed in particolare agli enti ecclesiastici, di incrementare il proprio patrimonio, sicché era necessario che il sovrano, dopo avere, lo ribadiamo, approvato l'erezione dell'ente, stabilisse espressamente che lo stesso era esentato dal divieto di procedere ad acquisizioni patrimoniali²⁹.

Parallelamente, in alcuni dispacci veniva ribadita in termini generali l'incapacità dei Luoghi pii di acquisire beni, senza farsi menzione, quantomeno espressamente, della possibilità che il sovrano potesse, in deroga alla predetta incapacità, autorizzare l'acquisto³⁰. L'origine di siffatta inidoneità andava ravvisata nella volontà del monarca, volontà che in materia patrimoniale poteva esplicitarsi con assoluta discrezionalità: era indiscutibile, proseguivano i dispacci, che la regolamentazione dei modi e dei limiti con cui i corpi morali potevano costituire ed accrescere il proprio patrimonio rientrasse tra le materie temporali e dovesse essere dettata, conseguentemente, dall'autorità secolare; si sottolineava, al riguardo, come nei Regni di Napoli e di Sicilia siffatta competenza del potere civile non fosse mai stata contestata, nemmeno nelle

²⁸ Cfr., per tutti, Dispaccio, 22 agosto 1767, in DIEGO GATTA, *Regali Dispacci*, t. I, cit., Titolo I, n. V, che puntualizza come sia volontà del sovrano che vengano osservate «le leggi di Valentiniano, Teodosio e Federico II, proibitive de gli acquisti alle Chiese e Luoghi Pii». Sul punto, cfr. le considerazioni formulate da DOMENICO SCHIAPPOLI, *op. cit.*, pp. 154 s. e 159-162, il quale osserva che l'affermazione relativa alla vigenza dei provvedimenti emanati dagli Imperatori romani, nonché della legislazione federiciana, era sostanzialmente apodittica: i primi, in quanto parte dello *ius commune*, potevano essere applicati solo se e nella misura in cui non fossero stati contraddetti da una disposizione di *ius proprium*; la seconda era stata formalmente abrogata, quantomeno con riferimento al Regno di Napoli (era controversa la sua applicabilità alla Sicilia). Sul complesso rapporto dialettico intercorrente tra lo *ius commune* e lo *ius proprium*, cfr. FRANCESCO CALASSO, *Medio evo del diritto, I – Le fonti*, Giuffrè, Milano, 1954, pp. 453-501. Circa la legislazione federiciana volta a limitare la manomorta ecclesiastica, cfr. AURELIO CERNIGLIARO, *La costituzione 'Praedecessorum nostrorum': una chiave di lettura dei rapporti tra Stato e Chiesa* (prima parte), in *Frontiera d'Europa*, 1/2004, pp. 17 ss.

²⁹ Cfr. Dispaccio, 1 gennaio 1763, in DIEGO GATTA, *Regali Dispacci*, t. I, cit., Titolo I, n. VI, secondo cui «per potersi dalle Mani Morte acquistare, è necessaria l'approvazione della fondazione, con la deroga alle leggi proibitive, e con la espressa permissione di acquistare [corsivo nel testo: n.d.a.]».

³⁰ Cfr. Dispaccio, 30 maggio 1767, in DIEGO GATTA, *Regali Dispacci*, t. I, cit., Titolo I, n. II; Dispaccio, 4 luglio 1767, *ibidem*, n. III; Dispaccio, 22 agosto 1767, cit.; Dispaccio, 10 ottobre 1767, in DIEGO GATTA, *Regali Dispacci*, t. I, cit., Titolo III, n. V, concernente l'ordine dei gesuiti dichiarato incapace di acquistare e di possedere.

epoche in cui le teorie curialiste avevano conosciuto il più largo consenso³¹.

I provvedimenti in oggetto specificavano, tra l'altro, in ordine, però, ai soli acquisti a titolo gratuito, la ragione delle limitazioni poste all'arricchimento degli enti ecclesiastici: occorre impedire che la volontà del disponente di beneficiare il Luogo pio si traducesse in un depauperamento dei parenti dello stesso³² (siffatta motivazione venne ripresa dal legislatore borbonico anche con riferimento alle limitazioni concernenti la costituzione del patrimonio sacro).

La circostanza che le ragioni dei provvedimenti repressivi della manomorta venissero indicate solo con riferimento agli atti di liberalità non deve indurre a ritenere che gli acquisti a titolo oneroso fossero esenti da limitazioni: il divieto di compiere nuove acquisizioni aveva infatti portata onnicomprensiva. Ciò è dimostrato sia da quei dispacci, alquanto numerosi, che dichiarano in termini generali l'incapacità degli enti ecclesiastici di acquistare beni³³; sia da alcuni provvedimenti specifici diretti alla categoria dei notai, provvedimenti che vietano agli stessi di redigere atti di acquisto – sia *mortis causa*, sia *inter vivos*, sia a titolo gratuito, sia a titolo oneroso – a favore dei Luoghi pii³⁴.

Né il rigore, quantomeno formale, del divieto *de quo* può ritenersi sminuito dal fatto che in taluni casi il sovrano abbia autorizzato, eccezionalmente, il corpo morale ad acquisire il cespite. Un'attenta lettura di siffatti provvedimenti autorizzatori evidenzia, infatti, che sovente la motivazione principale della deroga era costituita dalla particolarità che l'ente, pur perseguendo finalità di religione e/o di culto, avesse in realtà natura laicale, in quanto fondato e diretto da soggetti non ordinati³⁵ (certo, non può escludersi che in qualche ipotesi la concessione del permesso di acquistare fosse stata determinata dalla poca fermezza della Corte borbonica nel combattere la manomorta; ci sembra significativo evidenziare, tuttavia, come finalità principale dei dispacci in esame fosse impedire che enti controllati dall'autorità ecclesiastica potessero

³¹ Cfr. Dispaccio, 30 maggio 1767, cit.

³² Cfr. Dispaccio, 19 dicembre 1750, in DIEGO GATTA, *Regali Dispacci*, t. III, cit., Titolo I, n. I, p. 1 ss.; Dispaccio, 30 maggio 1767, cit., ove si osserva come anche i canonisti ed i teologi abbiano condannato «le disposizioni in favore delle Chiese, con impoverimento de' congiunti, e anche gli Ecclesiastici che le van procurando». Cfr. anche Camera di S. Chiara, giugno 1775 (nel testo manca l'indicazione del giorno di emanazione), in LORENZO GIUSTINIANI, *Nuova collezione...*, t. XII, Titolo CCXLII, Napoli, 1805, p. 346; Prammatica, 18 agosto 1781, *ibidem*, n. XVI, p. 348, ove si specifica che l'incapacità degli enti ecclesiastici di effettuare nuove acquisizioni patrimoniali «ebbe special mira di non privarsi i legittimi Eredi laici della legittima successione».

³³ Cfr. i Dispacci citati *supra*, alla nota n. 30.

³⁴ Cfr., per tutti, Dispaccio, 11 febbraio 1769, in DIEGO GATTA, *Regali Dispacci*, t. I, cit., Titolo I, n. VII.

³⁵ Cfr. Dispaccio, 22 febbraio 1766, in DIEGO GATTA, *Regali Dispacci*, t. I, cit., Titolo I, n. I.

disporre di ingenti patrimoni, sia mobiliari, sia, soprattutto, immobiliari).

Fra l'altro, in alcuni dei provvedimenti in parola, pur dichiarandosi, eccezionalmente, lo ribadiamo, la legittimità dell'acquisto, si specificava come il sovrano attendesse dai dicasteri governativi, in particolare dalla Camera di Santa Chiara³⁶, proposte circa le misure generali da adottare per soddisfare l'interesse pubblico alla repressione della manomorta³⁷: ciò dimostra che l'esigenza di controllare gli incrementi patrimoniali degli enti ecclesiastici era fortemente avvertita dalla dinastia borbonica.

4. *La manomorta ecclesiastica tra prevenzione ed eversione: le leggi di ammortizzazione*

Le predette misure generali circa il patrimonio dei Luoghi pii vennero adottate, è noto, nel settembre del 1769 attraverso un dispaccio che non solo vietò in termini assolutamente generali agli enti ecclesiastici di acquisire in futuro nuovi beni, sia a titolo gratuito, sia a titolo oneroso³⁸, ma prevede che

³⁶ La Camera di S. Chiara, costituita, è risaputo, da cinque membri, era titolare sia di funzioni giurisdizionali, sia di funzioni consultive in ordine ad alcune materie ritenute particolarmente delicate ed importanti, quali, ad es., la concessione dell'*exequatur* o l'accertamento dell'applicabilità del privilegio del foro: in ordine alla struttura ed alle attribuzioni della Camera, cfr. MARIA GRAZIA MAIORINI, *Bernardo Tanucci e il «Catechismo del Mesenguy»*, in *Storia e politica*, 1977, pp. 625-632; evidenza come non sempre quest'organo abbia assecondato l'azione riformatrice posta in essere dalla dinastia borbonica MARIO ROSA, *Politica concordataria, giurisdizionalismo e organizzazione ecclesiastica nel Regno di Napoli sotto Carlo di Borbone*, in *Riformatori e ribelli nel '700 religioso italiano*, Dedalo, Bari, 1969, pp. 144-148.

³⁷ Cfr. Dispaccio, 22 febbraio 1766, cit., che recita: «Sul punto generale però dello acquisto de gli Ecclesiastici, sarà bene che la Camera [di Santa Chiara: *n.d.a.*] con più maturità e dettaglio venga proponendo al Re Maggiore la pubblica utilità e necessità».

³⁸ Cfr. Dispaccio, 9 settembre 1769, in DIEGO GATTA, *Regali Dispacci*, t. I, cit., Titolo I, n. VIII, ove si stabilisce che gli enti ecclesiastici non possono effettuare «nuovi acquisti per qualunque specie di contratto, o atto di ultima volontà». Sulla effettiva portata del divieto di effettuare nuove acquisizioni patrimoniali, cfr. anche Dispaccio, 23 luglio 1774, in DIEGO GATTA, *Regali Dispacci*, t. III (la numerazione romana adottata dal Gatta presenta alcune imprecisioni, come, ad es., l'utilizzo del segno «III» in luogo di quello, più corretto, «IV»): riteniamo comunque opportuno riportare fedelmente la numerazione utilizzata dall'Autore), Titolo LVI, n. VII, Napoli, 1775, pp. 267 s. In dottrina, cfr. ROSA MINCUZZI, *op. cit.*, pp. 53 s., la quale osserva come già da molti anni il Tanucci avesse manifestato la volontà di privare gli enti ecclesiastici della capacità di effettuare ulteriori acquisizioni patrimoniali: i contrasti esistenti all'interno del Consiglio di Reggenza impedirono, però, proseguire l'Autrice, l'emanazione di un apposito provvedimento che, non a caso, venne promulgato dopo l'uscita di Ferdinando IV dalla minorità; AURELIO CERNIGLIARO, *La costituzione 'Praedecessorum nostrorum': una chiave di lettura dei rapporti tra Stato e Chiesa* (seconda parte), in *Frontiera d'Europa*, 1/2004, pp. 55 s.; *Id.*, *La "Polizia del Regno" per moderare la manomorta ecclesiastica*, in *Arch. storico per le province napoletane*, 2006, pp. 167 ss.

³⁹ Analoga proibizione venne emanata con riferimento al Regno di Sicilia: sul punto, cfr. Diploma, 2

in talune ipotesi anche gli acquisti già compiuti potessero ritenersi caducati; non furono compresi nell'ambito di efficacia della norma i Luoghi pii laicali – ossia quegli enti che, pur avendo finalità religiose, oppure di assistenza e beneficenza, fossero comunque gestiti da laici –³⁹, ad eccezione delle confraternite laicali (quelle, cioè, istituite da un laico e composte prevalentemente da soggetti non ordinati⁴⁰), che furono espressamente assoggettate alle leggi di ammortizzazione⁴¹.

Venne specificato, inoltre, che anche gli istituti destinati alla formazione ed educazione delle fanciulle, quali, ad es., i Collegi di Maria, diffusi in modo particolare nella parte insulare del Meridione, dovevano considerarsi incapaci di effettuare nuove acquisizioni patrimoniali: ciò sia se gli organi direttivi fossero composti da ecclesiastici, sia se l'amministrazione fosse affidata a laici⁴².

Il divieto era, in linea di principio, inderogabile: affinché un Luogo pio potesse incrementare legittimamente il proprio patrimonio occorreva un'esplicita autorizzazione da parte del monarca, autorizzazione da concedersi di

febbraio 1771, in ANDREA GALLO, *Codice ecclesiastico sicolo*, continuazione e fine I. III, n. CDL, Palermo, 1880, pp. 26 s.; Diploma, 15 giugno 1771, *ibidem*, n. CDLII, pp. 27 s., ove si precisa che il divieto di effettuare acquisti si riferisce anche ai seminari. Si soffermano sulle leggi di ammortizzazione concernenti la Sicilia GIOVANNI EVANGELISTA DI BLASI, *Storia cronologica de Viceré, Luogotenenti, e Presidenti del Regno di Sicilia*, t. III, p. II, Palermo, 1791, pp. 85 s., nonché VITO LA MANTIA, *Leggi civili del Regno di Sicilia (1130-1816)*, Libreria A. Reber, Palermo, 1895, pp. 130-132. Sottolinea come i provvedimenti del 1771 segnano la ripresa, dopo secoli di inerzia, della lotta alla manomorta ecclesiastica GAETANO CATALANO, *I Borboni e la manomorta ecclesiastica di Sicilia*, in *Dir. eccl.*, 1948, pp. 198 s.

³⁹ Cfr., per tutti, Dispaccio, 26 marzo 1774, in DIEGO GATTA, *Regali Dispacci*, t. III, cit., Titolo I, n. XX, p. 17; Dispaccio, 29 marzo 1774, *ibidem*, n. XXII, p. 18; Dispaccio, 20 maggio 1775, *ibidem*, t. V, Titolo I, n. II, Napoli, 1777, p. 5. Norme di segno opposto furono dettate, invece, con riferimento alle istituzioni caritative gestite da *clerici*, alle quali fu inibito di effettuare nuove acquisizioni patrimoniali: cfr. Dispaccio, 29 marzo 1774, in DIEGO GATTA, *Regali Dispacci*, t. III, cit., Titolo I, n. XXIII, p. 18. Cfr. anche Dispaccio, 21 gennaio 1775, in DIEGO GATTA, *Regali Dispacci*, t. III, cit., Titolo XXXVII, n. III, p. 85; Dispaccio, 21 gennaio 1775, *ibidem*, n. III, p. 86.

⁴⁰ Sulla peculiare natura delle confraternite laicali, cfr. GIUSEPPE FERROGLIO, *La condizione giuridica delle confraternite*, Istituto Giuridico della Regia Università, Torino, 1931, pp. 4-6; MASSIMO JASONNI, *Ordo fraternitatis. Alle radici medioevali della modernità: solidarietà cristiana e timore di un governo arbitrario nell'esperienza delle Confraternite «laicali»*, in *Daimon*, 2006, pp. 235 ss.

⁴¹ Cfr. Dispaccio, 9 settembre 1769, cit., che così dispone: «E ben inteso ancora che in questa proibizione di acquistare non sieno compresi i Luoghi Pii laicali di opere pubbliche e di pietà amministrati da Laici, a riserva delle Congregazioni». In numerose fattispecie, invece, l'ente fu ritenuto legittimato ad acquistare in quanto dotato di carattere laicale e dedito a finalità di beneficenza (cfr., ad es., Dispaccio, 25 gennaio 1772, in DIEGO GATTA, *Regali Dispacci*, t. I, cit., Titolo I, n. XX). Un orientamento parzialmente contrario, nel senso cioè di ritenere soggetti alle leggi di ammortizzazione anche quegli enti su cui i laici potessero vantare diritti di patronato, sembra però espresso da Dispaccio, 13 febbraio 1772, in DIEGO GATTA, *Regali Dispacci*, t. III, cit., Titolo I, n. III, p. 5; di segno analogo Dispaccio, 12 novembre 1774, in ALESSIO DE SARIIS, *Codice...*, cit., p. 103.

⁴² Cfr. Dispaccio, 29 marzo 1774, in DIEGO GATTA, *Regali Dispacci*, t. III, cit., Titolo I, n. XXI, p. 17.

volta in volta, quale atto di esercizio della potestà graziosa, ed insuscettibile di estensione analogica⁴³.

Il provvedimento, oltre a disporre per il futuro, ribadendo la vigenza delle norme repressive della manomorta e richiamando l'esigenza che i magistrati ne assicurassero l'osservanza (ciò in conformità ad una prassi diffusissima nelle leggi napoletane dell'epoca, il cui contenuto appare sovente diretto più a reiterare norme precedenti ed a sollecitarne l'applicazione, che ad introdurre nuovi precetti⁴⁴), provvede anche per il passato, stabilendo che tutti gli acquisti posti in essere in precedenza dagli enti ecclesiastici, sia *inter vivos*, che *mortis causa*, fossero considerati nulli. Ciò, però, in due sole ipotesi: qualora l'acquisto fosse stato subordinato all'adempimento di una determinata condizione che al momento dell'entrata in vigore del dispaccio non si fosse ancora verificata; nel caso in cui l'ente avesse perfezionato l'acquisto e fosse entrato in possesso del bene, ma il possesso fosse stato oggetto di contestazione⁴⁵.

Quest'ultima fattispecie fu ulteriormente precisata tramite provvedimenti successivi volti a determinare in quali fattispecie il possesso potesse reputarsi non pacifico⁴⁶. Venne stabilito, in particolare, che qualunque eccezione sollevata antecedentemente o contestualmente al momento in cui era iniziato il possesso dovesse essere considerata idonea a renderlo oggetto di contestazione: il disposto normativo prescindeva dalla natura dell'eccezione e dalla sussistenza, o meno, del *fumus boni iuris*⁴⁷.

Con riferimento, invece, alle contestazioni sollevate successivamente all'i-

⁴³ Un esempio di siffatta autorizzazione può leggersi in Dispaccio, 11 marzo 1775, in DIEGO GATTA, *Regali Dispacci*, t. III, cit., Titolo XXXVII, n. II, p. 88. Va rilevato che in Sicilia le leggi di ammortizzazione vennero parzialmente temperate a favore dei Collegi di Maria: il sovrano, accogliendo, sia pure solo parzialmente, una richiesta formulata dal Parlamento isolano, concesse ai Collegi la facoltà di acquisire i beni necessari per il perseguimento delle proprie finalità; il lecito esercizio di siffatta facoltà fu però subordinato alla concessione, da chiedersi ed ottenersi di volta in volta, dell'autorizzazione regia (cfr. Diploma, 5 aprile 1778, in ANDREA GALLO, *Codice*..., cit., n. CDLXII, p. 31).

⁴⁴ Cfr. RAFFAELE AJELLO, *Preilluminismo giuridico e tentativi di codificazione nel Regno di Napoli*, Jovene, Napoli, 1968, pp. 74-76, il quale utilizza la locuzione «inflazione legislativa»; l'Autore attribuisce questo fenomeno alla sistematica disapplicazione delle norme da parte dei giudici, disapplicazione che costringeva sovente la monarchia, nel tentativo di impedire la caducazione del precetto per desuetudine, a promulgare disposizioni che non avevano altro scopo se non quello di ribadire la coerenza di leggi precedentemente emanate e mai formalmente abrogate.

⁴⁵ Cfr. Dispaccio, 9 settembre 1769, cit. Per il *Regnum Siciliae*, cfr. Diploma, 2 febbraio 1771, cit., p. 27.

⁴⁶ Cfr. Dispaccio, 23 giugno 1770, in DIEGO GATTA, *Regali Dispacci*, t. I, cit., Titolo I, n. XI; Dispaccio, 22 agosto 1772, *ibidem*, n. XXIII; cfr. anche Dispaccio, 16 settembre 1775, *ibidem*, t. V, cit., Titolo I, n. III, pp. 5 s. Su siffatti provvedimenti interpretativi, cfr. AURELIO CERNIGLIARO, *La costituzione 'Praedecessorum nostrorum'...* (seconda parte), cit., pp. 56-59.

⁴⁷ Cfr. Dispaccio, 23 giugno 1770, cit., secondo cui «Ha dichiarato il Re che, se la contraddizione è anteriore o contemporanea al tempo del possesso, qualunque contraddizione basti allo effetto di dirsi contraddetto il possesso».

nizio del possesso, venne adottato un criterio più restrittivo, richiedendosi specificamente che si fondassero su una delle ragioni considerate dalla normativa sull'interdetto possessorio idonee a rendere dubbio o viziato il *possessus*⁴⁸. Si precisava che la *ratio* di siffatta difformità stava nell'esigenza di evitare che quanto statuito dal summenzionato dispaccio del 1769 venisse utilizzato strumentalmente per contestare anche l'acquisto di beni posseduti pacificamente da lungo tempo e sulla cui titolarità non fosse mai stata sollevata alcuna eccezione: obiettivo della politica regia era impedire che una porzione eccessivamente grande della ricchezza nazionale venisse immobilizzata⁴⁹, non mettere a rischio la certezza del diritto e, quindi, compromettere l'interesse pubblico alla pacifica circolazione giuridica dei beni. Veniva puntualizzato, comunque, che la distinzione *de qua* rilevava esclusivamente ai fini della corretta applicazione del dispaccio del 1769 e non esplicava alcun effetto in ordine ad altre eventuali contestazioni che, sulla base di norme diverse da quelle contenute nelle leggi di ammortizzazione, venissero sollevate nei confronti di acquisti effettuati dalla Chiesa⁵⁰.

Con un ulteriore dispaccio venne poi risolto un altro dubbio interpretativo e cioè quello concernente la possibilità che anche qualora il giudizio, affidato, ovviamente, alla magistratura secolare, sulla legittimità del possesso di un dato bene fosse stato deciso in favore dell'ente ecclesiastico, la situazione possessoria venisse comunque considerata come oggetto di contestazione fino a quando non fosse terminato anche il giudizio petitorio relativo alla effettiva titolarità della proprietà del bene stesso: si stabilì che in tali ipotesi l'autorità giudiziaria avrebbe dovuto deferire la questione direttamente al monarca, il quale avrebbe deciso di volta in volta sulla base delle caratteristiche della singola fattispecie concreta⁵¹.

Accanto a siffatte disposizioni, concernenti la generalità degli acquisti, il dispaccio del 1769 ed i provvedimenti successivi ne contenevano altre relative specificamente agli acquisti di beni immobili⁵². Fu statuito, infatti, che nel

⁴⁸ Cfr. Dispaccio, 23 giugno 1770, cit.

⁴⁹ Cfr. DOMENICO SCHIAPPOLI, *op. cit.*, pp. 162 s., il quale osserva che lo scopo delle leggi di ammortizzazione era essenzialmente di natura economica. L'Autore così scrive: «Quest'ultimo si realizzava nell'impedire che i beni passassero nel patrimonio ecclesiastico, aumentandosi il latifondo con grave danno della pubblica economia» (p. 163).

⁵⁰ Cfr. Dispaccio, 23 giugno 1770, cit., secondo cui «Sua Maestà con ciò niente intende innovare per quelle azioni, che per qualunque altra ragione indipendente dalla legge di ammortizzazione, legittimamente potessero prodursi contro li Luoghi Pii Chiesastici».

⁵¹ Cfr. Dispaccio, 22 agosto 1772, cit.

⁵² Non mancarono, comunque, statuizioni relative specificatamente agli acquisti di beni mobili: cfr. Dispaccio, 15 giugno 1776, in DIEGO GATTA, *Regali Dispacci*, t. V, cit., Titolo I, n. VI, p. 9 e Dispaccio,

caso in cui l'acquisizione già effettuata dall'ente ecclesiastico avesse dovuto ritenersi caducata – per mancato avverarsi della condizione apposta, o per carenza di legittimo possesso –, l'immobile sarebbe stato restituito all'ultimo possessore «laico» (cioè che non fosse un Luogo pio), il quale, in caso di acquisto a titolo oneroso, avrebbe dovuto restituire quanto percepito quale corrispettivo del bene: siffatto capitale avrebbe potuto essere impiegato dall'ente per il raggiungimento delle stesse finalità alle quali era destinato l'immobile restituito, ma non per l'acquisto di un altro immobile⁵³.

L'ostilità nei confronti delle acquisizioni immobiliari operate dagli enti ecclesiastici (percepita evidentemente come particolarmente nociva all'economia nazionale – può ipotizzarsi, fra l'altro, che a tale ostilità non sia stata estranea la posizione del Tanucci fautore, anche se con alcune riserve, delle tesi fisiocratiche incentrate proprio sul ruolo principale dell'agricoltura, e, quindi, della ricchezza fondiaria, ai fini della crescita economica) spinse i sovrani borbonici a limitare anche quegli acquisti ai quali non necessariamente si sarebbe accompagnato un incremento del patrimonio ecclesiastico⁵⁴: si stabilì, invero, che le permutate tra un Luogo pio ed un soggetto «laico» aventi per oggetto beni immobili avrebbero potuto essere effettuate solo con l'esplicita autorizzazione del re, il quale, analizzate le circostanze di fatto e di diritto, avrebbe deciso di volta in volta se concederla o meno⁵⁵; fra l'altro, una volta autorizzata la permuta, alla stipula dell'accordo avrebbe dovuto partecipare anche un rappresentante del Governo (più precisamente l'Avvocato Fiscale presso la Giunta degli Abusi⁵⁶),

17 agosto 1776, *ibidem*, n. VII, pp. 9 s.

⁵³ Cfr. Dispaccio, 9 settembre 1769, cit., ove si legge: «Ben inteso che li capitali, che si restituiscono a' Luoghi Pii Ecclesiastici, possano reimpiegarsi nello stesso genere d'impiego; purché non sia sopra beni stabili».

⁵⁴ La politica borbonica non appare, comunque, esente da incoerenze: venne ritenuta, ad es., non ricompresa nel divieto di effettuare nuove acquisizioni la sopraelevazione di un edificio di cui l'ente ecclesiastico fosse proprietario, sopraelevazione che, invece, comportava indubbiamente un accrescimento patrimoniale; cfr. Prammatica, 25 maggio 1771, in LORENZO GIUSTINIANI, *Nuova collezione...*, t. XII, cit., Titolo CCXLII, n. VIII, pp. 336 s.

⁵⁵ Cfr. Dispaccio, 17 agosto 1771, in DIEGO GATTA, *Regali Dispacci*, t. I, cit., Titolo I, n. XVIII. Minor rigore circondava, invece, le acquisizioni aventi per oggetto beni mobili: si chiari, ad es., che le leggi di ammortizzazione non vietavano ai monasteri di chiedere ai religiosi il rimborso delle somme spese per provvedere al loro mantenimento (cfr. Dispaccio, 23 aprile 1774, in DIEGO GATTA, *Regali Dispacci*, t. III, cit., Titolo I, n. XXIII, p. 19). Relativamente alla parte insulare del Regno, cfr. Diploma, 7 marzo 1772, in ANDREA GALLO, *Codice.....*, cit., n. CDLVI, p. 29, ove si subordina l'effettuazione delle permutate all'assenso dell'autorità governativa: ciò a motivo «delle frodi le quali facilmente si possono fare nelle permutate delli stabili tra i Luoghi pii con laici».

⁵⁶ Come è noto, all'Avvocato Fiscale spettava il compito di rappresentare la Corona in tutte le controversie giudiziarie che interessassero, direttamente od indirettamente, la finanza pubblica. La Giunta degli Abusi venne costituita nella seconda metà del Settecento quale organo collegiale posto alle dirette dipendenze del primo ministro e del sovrano, organo incaricato, formalmente, del compito di

onde vigilare sulla legittimità del contratto⁵⁷.

La stessa *ratio* ispirò la statuizione volta a vietare la costituzione a favore degli enti ecclesiastici di ipoteche sopra immobili. Da molti secoli, in effetti, una delle fonti che alimentavano il patrimonio ecclesiastico era costituita dai cd. censi bollari, ovverossia dai prestiti, produttivi di interessi, talvolta anche non indifferenti, concessi dai Luoghi pii e garantiti da un'ipoteca sopra i fondi, rustici od urbani, del debitore. La legislazione borbonica stabilì che, in linea di principio, gli enti ecclesiastici non avrebbero più potuto costituire ipoteche a carico di beni immobili, né, tantomeno, in caso di morosità del debitore e conseguente esecuzione forzata, aggiudicarsi all'asta il bene⁵⁸; per garantire, sotto un profilo eminentemente pratico, che la proibizione venisse rispettata, si dichiarò espressamente, sia pure limitatamente agli acquisti futuri, l'incapacità dei corpi morali ad effettuare, sia *inter vivos*, sia *mortis causa*, acquisizioni pecuniarie, intendendosi così limitare la possibilità che l'ente ecclesiastico potesse disporre di ingenti capitali da investire in censi bollari.⁵⁹

Una deroga parziale alla normativa in esame venne prevista esclusivamente per le confraternite laicali (abbiamo già sottolineato come anch'esse fossero, in linea di principio, tenute a rispettare le leggi di ammortizzazione), alle quali si consentì di accendere ipoteche sopra immobili, ma non di acquisire il bene in caso di inadempimento dell'obbligazione⁶⁰. In realtà, era stato inizialmente previsto che anche gli enti ecclesiastici avrebbero potuto continuare ad essere titolari di ipoteche sopra immobili.

Un dispaccio del luglio del 1770 aveva stabilito, infatti, che alle monache sarebbe stato consentito di utilizzare la propria dote (è noto che la professione dei voti era subordinata alla titolarità da parte dell'aspirante religiosa di una dotazione patrimoniale) per acquisire diritti reali di garanzia a carico di beni immobili⁶¹; gli enti ecclesiastici avrebbero potuto utilizzare per lo stesso scopo gli avanzi delle rendite, cioè la parte dei frutti che fosse residuata una volta

individuare ed eliminare talune attività illecite, non ben individuate, lesive degli interessi nazionali, ma in realtà costituito con il preciso scopo di supportare la politica anticcclesiastica del Governo (preparando, ad es., l'espulsione della Compagnia di Gesù, che venne statuita il 3 novembre 1767).

⁵⁷ Cfr. Prammatica, 22 febbraio 1772, in LORENZO GIUSTINIANI, *Nuova collezione...*, t. XII, cit., Titolo CCXLII, n. XII, p. 339.

⁵⁸ Cfr. Dispaccio, 17 agosto 1771, cit.

⁵⁹ Cfr. Dispaccio, 17 agosto 1771, cit.

⁶⁰ Cfr. Dispaccio, 17 agosto 1771, cit., ove si vieta alle confraternite laicali di acquisire i beni immobili «sopra li quali abbiano la ipoteca», ammettendosi così implicitamente, almeno così ci pare, che le stesse potessero essere titolari di diritti reali di garanzia. Una disciplina identica venne dettata per la Sicilia, come si evince dal Diploma, 31 agosto 1771, in ANDREA GALLO, *Codice...*, cit., n. CDLIII, p. 28.

⁶¹ Cfr. Dispaccio, 28 luglio 1770, in DIEGO GATTA, *Regali Dispacci*, t. I, cit., Titolo I, n. XII; Dispaccio, 12 febbraio 1774, *ibidem*, t. III, cit., Titolo I, n. XVIII, p. 16.

soddisfatte tutte le spese di gestione ed i pesi gravanti sul patrimonio. Quale unica limitazione il dispaccio disponeva che in caso di insolvenza del debitore l'ente non sarebbe mai potuto diventare proprietario del bene, ma avrebbe dovuto venderlo ad un soggetto «laico»⁶².

Un provvedimento successivo aveva chiarito, però, che la menzione degli «avanzi» era stata frutto di un equivoco, poiché il Governo non aveva mai voluto consentire che in tal modo i Luoghi pii potessero divenire titolari di ipoteca, preferendo, anzi, che gli avanzi di gestione venissero impiegati per finalità di beneficenza⁶³ (in realtà è probabile, almeno così riteniamo, che la divergenza tra i due dispacci fosse frutto di un ripensamento da parte del sovrano e non di un errore materiale). Venne puntualizzato, perciò, che l'esenzione dall'osservanza della norma riguardava esclusivamente le confraternite laicali, alle quali, lo ribadiamo, era comunque preclusa la possibilità di divenire proprietarie dell'immobile sottoposto ad ipoteca.

5. (*Segue*) *Il divieto delle questue e la commutazione delle disposizioni mortis causa*

Le misure volte a prevenire e reprimere l'eccessiva concentrazione di beni in capo agli enti ecclesiastici non si esaurirono nei summenzionati dispacci concernenti l'incapacità, totale o parziale, a seconda dei casi, ad effettuare nuovi acquisti, ma si concretizzarono anche in una ulteriore serie di provvedimenti (autorevole dottrina ha sottolineato, invero, che la legislazione eversiva borbonica, pur non traducendosi mai in misure radicali, quali quelle adottate dal legislatore unitario dell'Ottocento, perdurò fino alla Rivoluzione del 1789, allorquando, è risaputo, gli eventi francesi determinarono un brusco mutamento della politica ecclesiastica⁶⁴).

In effetti, i sovrani borbonici rivendicarono una serie di prerogative anche in ordine alla gestione del patrimonio di cui i Luoghi pii erano titolari al mo-

⁶² Cfr. Dispaccio, 28 luglio 1770, cit., secondo cui è ovvio «che, quando avvenga il caso di aggiudicarsi lo stabile a un Luogo Pio Ecclesiastico, si debba vendere a' Laici». Lo stesso principio venne applicato agli immobili gravati da ipoteche costituite a garanzia della restituzione delle doti delle monache, doti utilizzate dal monastero per erogare prestiti (cfr. Dispaccio, 12 febbraio 1774, cit., *loc. cit.*).

⁶³ Cfr. Dispaccio, 17 agosto 1771, cit., secondo cui «se bene nel proporsi il caso de gl'impieghi delle doti delle Monache, in cui per una ragione particolare si permise anche la ipoteca sopra beni stabili, incidentemente si nominarono gli avanzi delle rendite de' Luoghi Pii; non è stata mai mente di Sua Maestà il permettere lo impiego di questi avanzi, li quali anzi la Maestà Sua dichiara, vuole e comanda che si distribuiscano a' poveri, secondo lo spirito della Chiesa, e le massime del Vangelo».

⁶⁴ Cfr. GAETANO CATALANO, *op. cit.*, p. 200.

mento della promulgazione della legge di ammortizzazione, patrimonio del quale avevano in molti casi mantenuto la proprietà – dato che il dispaccio del settembre del 1769 aveva efficacia retroattiva solo in alcune ipotesi –, nonché in ordine alle (residue) modalità attraverso cui gli stessi potevano accrescere le proprie sostanze.

Siffatte prerogative erano volte: a consentire al monarca di controllare le fonti di arricchimento dei Luoghi pii, subordinando ad una autorizzazione dello stesso la possibilità di esercitare concretamente la facoltà di acquisire beni; a rendere incontestabile il diritto (esclusivo) del sovrano di modificare le disposizioni di ultima volontà e, quindi, di condizionare alle proprie valutazioni il concreto utilizzo dei beni ricevuti dal corpo morale (generalmente consistenti in risorse pecuniarie), nonché, in alcuni casi, la stessa acquisizione patrimoniale; ad affermare che il patrimonio ecclesiastico faceva comunque parte della ricchezza nazionale, sicché era indispensabile che i titolari dei benefici fossero individuati senza alcuna ingerenza della Curia romana – considerata più come un organo di uno Stato straniero, che come un complesso di uffici diretto a coadiuvare il Papa nel governo della Chiesa universale –, avessero un legame stabile e continuativo con il Regno (ad es., fossero dotati della cittadinanza, o risiedessero abitualmente all'interno del territorio nazionale) e rendessero in qualche misura la collettività partecipe delle proprie risorse materiali; a rendere manifesto, in termini certi ed inequivoci, che conseguentemente l'autorità regia era titolare di diritti sui beni della Chiesa e perciò poteva disporre anche di essi.

Si tratta di profili non irrilevanti, a nostro giudizio, sicché è opportuno cercare di analizzarli, almeno parzialmente.

Significativi appaiono, innanzitutto, alcuni provvedimenti relativi alla legittimità, o meno, dell'esercizio della facoltà di questuare in favore dei Luoghi pii. La dinastia borbonica assunse, al riguardo, un atteggiamento improntato, quantomeno formalmente, a grande rigore, stabilendo che né i ministri di culto, né i loro delegati potessero chiedere al «pubblico» di effettuare delle erogazioni liberali a beneficio degli enti ecclesiastici, se non dopo aver ottenuto un'apposita autorizzazione scritta.

In origine, anzi, venne previsto addirittura un divieto assoluto di svolgere questue, anche se limitato solo a coloro che volessero compiere tale attività a favore dei Luoghi pii della città di Napoli⁶⁵. L'esame di alcuni dispacci successivi, però, evidenzia come non si facesse più alcuna menzione di questa proibizione assoluta e si affermasse, invece, la necessità dell'assenso regio

⁶⁵ Cfr. Dispaccio, 17 luglio 1740, in DIEGO GATTA, *Regali Dispacci*, t. I, cit., Titolo XX, n. I.

quale *condicio sine qua non* della legittimità della questua⁶⁶: deve ritenersi, pertanto, a nostro giudizio, che il divieto di questuare in nome e per conto degli enti ecclesiastici partenopei fosse stato revocato e sostituito dalla previsione, dotata di portata generale e quindi valevole in tutto il territorio nazionale, dell'imprescindibilità dell'autorizzazione da parte del re.

I dispacci in parola sottolineano l'importanza di siffatta autorizzazione e l'impossibilità di ottenerla da un'autorità diversa da quella regia⁶⁷; si specifica, in particolare, come la gerarchia ecclesiastica non sia competente a rilasciarla⁶⁸. La rilevanza che la legislazione borbonica attribuiva a siffatta prerogativa regia è ulteriormente confermata dalla previsione di gravi sanzioni a carico di quanti, laici, chierici o religiosi, avessero violato il disposto normativo: l'effettuazione di questue senza aver previamente ottenuto la prescritta autorizzazione del monarca era punita con la detenzione, oppure con l'esilio⁶⁹.

L'obiettivo di controllare le modalità attraverso cui gli enti ecclesiastici costituivano il loro patrimonio caratterizzava anche le norme concernenti la facoltà del monarca di commutare le disposizioni di ultima volontà. Numerosi dispacci ribadirono come rientrasse tra le prerogative regie anche modificare autoritativamente quanto statuito dal testatore qualora la destinazione data da quest'ultimo ai propri beni non rispondesse all'interesse collettivo – si sottolineava, tra l'altro, come il sovrano fosse detentore esclusivo di tale diritto –.

Stante l'ostilità dei Borbone verso la manomorta, siffatta facoltà veniva esercitata sovente nei confronti dei lasciti disposti a favore dei Luoghi pii⁷⁰. Ciò attraverso due diverse modalità: la prima, sicuramente meno incisiva, consisteva nel fare salva la volontà del testatore che i propri beni venissero

⁶⁶ Cfr. Dispaccio, 12 febbraio 1757, in DIEGO GATTA, *Regali Dispacci*, t. I, cit., Titolo XX, n. II, ove si afferma che «nuno possa andare questuando per alcuna Cappella, o Confraternita, o per alcun altro Santo speciale, senza il regal permesso di Sua Maestà in iscritto»; Dispaccio, 23 maggio 1761, *ibidem*, n. III. Cfr. anche Dispaccio, 2 aprile 1768, in DIEGO GATTA, *Regali Dispacci*, t. III, cit., Titolo XX, n. II, p. 318; Prammatica, 16 luglio 1774, in LORENZO GIUSTINIANI, *Nuova collezione...*, t. XIII, Titolo CCL, n. XXI, Napoli, 1805, p. 157.

⁶⁷ Cfr. Dispaccio, 12 febbraio 1757, cit.

⁶⁸ Cfr. Dispaccio, 4 agosto 1766, in DIEGO GATTA, *Regali Dispacci*, t. I, cit., Titolo XX, n. IIII, secondo cui l'autorità ecclesiastica deve astenersi dall'«accordare simili licenze di questuare. Nella intelligenza che la concessione di tal permesso appartiene alla Maestà del Re».

⁶⁹ Cfr. Prammatica, 9 luglio 1740, in LORENZO GIUSTINIANI, *Nuova collezione...*, t. VI, Titolo CXXXII, n. I, Napoli, 1804, pp. 225 ss.; Dispaccio, 24 aprile 1762, in DIEGO GATTA, *Regali Dispacci*, t. III, cit., Titolo XX, n. I, p. 317 ss.; Dispaccio, 7 novembre 1772, *ibidem*, n. III, p. 319.

⁷⁰ Cfr. Dispaccio, 26 settembre 1750, in DIEGO GATTA, *Regali Dispacci*, t. I, cit., Titolo V, n. I; Dispaccio, 20 novembre 1750, *ibidem*, t. III, cit., Titolo V, n. I, pp. 134 s.; Dispaccio, 22 aprile 1769, *ibidem*, t. I, cit., Titolo V, n. IIII. In dottrina, cfr. ILARIO RINIERI, *Della rovina di una monarchia*, Unione Tipografico-Editrice, Torino, 1901, p. 113, il quale definisce i provvedimenti di commutazione «abuso sacriale de' beni destinati alla Chiesa per volontà de' testatori».

destinati al perseguimento di scopi religiosi e culturali, mutando, però, rispetto a quanto stabilito dal disponente, la finalità concretamente realizzata⁷¹; la seconda, assai più radicale, implicava che il monarca stravolgesse la volontà del *de cuius*, stabilendo che i beni oggetto della disposizione fossero utilizzati per finalità del tutto estranee a quelle individuate dal testatore⁷². In questa seconda ipotesi si cercava comunque, di regola, di contemperare il perseguimento delle finalità individuate dal sovrano come rispondenti al pubblico interesse (va rilevata l'ampiezza della nozione di interesse collettivo presente nei provvedimenti in parola, dato che talvolta vi veniva ricompresa anche l'esigenza di provvedere al sostentamento dei parenti del testatore – sul punto, cfr. *supra*, nota n. 32 –) con il rispetto delle determinazioni del *de cuius*, prevedendo che la commutazione della volontà avvenisse nel modo meno pregiudizievole all'attuazione di quanto statuito dal disponente⁷³.

Assai significative appaiono le motivazioni addotte a fondamento di siffatta prerogativa regia, motivazioni sostanzialmente duplici, ma riconducibili ad un fondamento comune: la facoltà riconosciuta ai privati di potere disporre dei propri beni per il tempo successivo alla morte costituiva una concessione del monarca⁷⁴.

Da ciò derivavano due conseguenze di segno opposto, ma che concorrevano nel fare della volontà regia l'arbitro della destinazione da dare al patrimonio del defunto: che il sovrano fosse, in linea di principio, legittimato a regolamentare il destino di qualunque bene, anche in deroga a quanto stabilito dal testatore; che, al tempo stesso, il re fosse il garante del rispetto della volontà

⁷¹ Cfr. Dispaccio, 2 dicembre 1758, in DIEGO GATTA, *Regali Dispacci*, t. I, cit., Titolo V, n. II, ove si opera una commutazione di ultima volontà, stabilendosi che, anziché costituire un monastero, così come disposto dal testatore, venga eretto un seminario. Nel provvedimento si fa menzione di una istanza presentata al re da parte del vescovo territorialmente competente, richiesta avente per oggetto proprio la commutazione *de qua*; deve ritenersi, comunque, che la facoltà di commutare le disposizioni testamentarie potesse essere esercitata anche *ex officio*.

⁷² Cfr. Dispaccio, 26 maggio 1769, in DIEGO GATTA, *Regali Dispacci*, t. I, cit., Titolo V, n. V, che statuisce che la volontà del defunto, avente per oggetto l'impiego del proprio patrimonio per l'erezione di cappellanie, venga disattesa e che l'eredità sia devoluta ai parenti del testatore, più precisamente ai nipoti, i quali versano in stato di «estrema indigenza». Cfr. anche Dispaccio, 28 luglio 1769, in DIEGO GATTA, *Regali Dispacci*, t. I, cit., Titolo III, n. X, avente per oggetto le disposizioni liberali volte a beneficiare la Compagnia di Gesù e non ancora attuate al momento dell'espulsione della stessa dal Regno di Napoli: il provvedimento, che fa esplicita menzione della facoltà del monarca di commutare la volontà dei privati, stabilisce che i beni in parola rimangano nella disponibilità «dell'ultimo secolare possessore....dopo il quale sarebbero chiamati li Gesuiti»; Prammatica, 9 luglio 1772, in LORENZO GIUSTINIANI, *Nuova collezione...*, t. XII, cit., Titolo CCXLII, n. XV, p. 340.

⁷³ Cfr. Dispaccio, 26 maggio 1769, cit., che stabilisce che la commutazione vada eseguita «nel modo che meno interamente distrugga la disposizione del defunto».

⁷⁴ Cfr. Dispaccio, 20 novembre 1750, cit., p. 134, secondo cui «la facoltà che hanno li privati di potere testare è un puro grazioso dono della Civile Sovrana Potestà».

del *de cuius*⁷⁵. La potestà regia poteva imporre, quindi, il pedissequo rispetto di quanto statuito dal disponente, oppure, qualora lo avesse ritenuto opportuno, stabilire, altrettanto coattivamente, che dei beni venisse fatto un utilizzo diverso da quello previsto dal defunto, operando perciò una commutazione. La facoltà di commutare le disposizioni di ultima volontà era esclusiva del sovrano e non poteva essere esercitata da alcuna altra potestà: ciò anche quando la statuizione oggetto di commutazione fosse consistita originariamente in un lascito ad un Luogo pio, oppure in una disposizione a favore dell'anima.

L'autorità ecclesiastica era legittimata a regolamentare esclusivamente le materie afferenti all'*ordo spiritualis*: esulava dalla sua sfera di competenza, pertanto, una questione meramente patrimoniale quale, appunto, quella concernente il destino del patrimonio del *de cuius* (i provvedimenti in esame specificavano che gli unici profili suscettibili di essere disciplinati dall'ordinamento canonico erano quelli relativi alla valenza soprannaturale delle disposizioni *pro anima*)⁷⁶.

Si negava, perciò, qualunque efficacia ad eventuali commutazioni disposte dalla Gerarchia⁷⁷; si prevedevano sanzioni per i cittadini del Regno che, anziché ricorrere all'autorità del monarca, si fossero rivolti all'Ordinario, oppure alla S. Sede – quest'ultima ipotesi era oggetto di particolari censure, dato che il Papato veniva considerato non come un organo confessionale, bensì come un Capo di Stato straniero, sicché la condotta di chi gli avesse chiesto la commutazione era latamente equiparata ad un «tradimento»⁷⁸ –.

⁷⁵ Cfr. Dispaccio, 20 novembre 1750, cit., *loc. ult. cit.*, ove si sottolinea come il fondamento del potere di commutare le disposizioni testamentarie vada individuato in due diritti «di Sovranità lo uno, di Protezione lo altro».

⁷⁶ Cfr. Dispaccio, 20 novembre 1750, cit., *loc. ult. cit.*

⁷⁷ Cfr. Dispaccio, 6 gennaio 1753, in DIEGO GATTA, *Regali Dispacci*, t. III, cit., Titolo V, n. II, pp. 136 s.; Dispaccio, 21 gennaio 1764, *ibidem*, n. III, pp. 137 s. Per la Sicilia, cfr. Diploma, 8 luglio 1780, in ANDREA GALLO, *Codice ecclesiastico sicolo*, continuazione I. III, n. CXLVI, Palermo, 1860, pp. 11 s., ove si afferma che le commutazioni delle disposizioni di ultima volontà, avendo «molti rapporti collo Stato sono loro [ai vescovi: *n.d.a.*] proibite e spettano solamente al Principe»; Dispaccio, 28 luglio 1787, in FRANCESCO RENDA, *Baroni e riformatori...*, cit., *Documenti*, cit., pp. 176-178, secondo cui «le commutazioni di volontà sono un dritto privativo del principato».

⁷⁸ Cfr. Dispaccio, 21 gennaio 1764, cit., *loc. cit.*, che sanziona con l'ammonizione alcuni cittadini, i quali si erano rivolti alla S. Sede e cioè ad una «straniera Potestà per ottenere la permutazione del detto legato, quando doveano sapere che questa facoltà risiede solamente nel proprio Sovrano».

6. Profili di modernità e carenze attuative dell'attenzione alle dinamiche economiche. L'occasione mancata del giurisdizionalismo borbonico

Le considerazioni che precedono hanno evidenziato che l'obiettivo di ridurre l'estensione del patrimonio ecclesiastico venne perseguito, oltre che indirettamente, attraverso la diminuzione del numero dei chierici, anche direttamente, tramite l'adozione di misure volte ad incidere sia sulla sua consistenza effettiva, sia sul regime giuridico ad esso applicabile. La monarchia cercò di impedire che la manomorta ecclesiastica crescesse ulteriormente (ad es., attraverso le leggi di ammortizzazione) e non esitò anche ad adottare misure eversive dirette a riattribuire ai beni natura laicale (ad es., attraverso l'espulsione della Compagnia di Gesù e la soppressione di tutti gli enti ecclesiastici ad essa riconducibili); in ordine poi ai beni la cui natura ecclesiastica non poteva essere oggetto di contestazione, l'azione del Governo mirò ad assimilarne il più possibile il regime giuridico a quello di diritto comune, riducendo al minimo i profili di singolarità.

Parallelamente all'azione inibitrice di nuovi acquisti ed eversiva di quelli già effettuati, il giurisdizionalismo borbonico perseguì invero l'obiettivo di impedire che dall'appartenenza di un bene ad un ente ecclesiastico derivasse automaticamente la fruizione di un regime giuridico singolare: non a caso si ribadì con insistenza la distinzione tra enti ecclesiastici e Luoghi pii laicali, e la conseguente impossibilità che quest'ultimi fossero sottoposti alla potestà di governo della Gerarchia.

L'attenzione nei confronti della dimensione economica risulta essere così una delle caratteristiche principali del giurisdizionalismo partenopeo. La dottrina ha sottolineato, al riguardo, come nel Meridione d'Italia l'attenzione dei riformatori «illuminati» si sia concentrata più su problematiche di ordine pratico, che su questioni di carattere teorico: all'interno di siffatta prospettiva «pragmatica» le tematiche di ordine economico appaiono rivestire rilievo centrale, in conformità, del resto, alla lezione genovesiana.

Certo, anche sotto questo profilo una valutazione complessiva della politica ecclesiastica dei Borbone non può non mettere in evidenza pecche e mende dell'azione di governo. La legislazione anticuriale non riuscì a promuovere in maniera significativa lo sviluppo economico del Mezzogiorno: ciò anche in riferimento all'agricoltura, che, lo abbiamo già rilevato, veniva considerata il fattore produttivo più importante. In particolare, non furono create le condizioni necessarie alla nascita di un ceto di piccoli proprietari terrieri, ceto ritenuto dai riformatori indispensabile per giungere ad una utilizzazione dei fondi rustici più razionale ed efficiente: nonostante le sollecitazioni provenienti dal ceto intellettuale ed i tentativi concretamente posti in essere da alcuni tra i

principali esponenti del regalismo borbonico, quali Tanucci e Caracciolo, il latifondo non conobbe alcuna significativa erosione, specialmente in Sicilia⁷⁹.

Il ricorso a provvedimenti illiberali, quali le norme eversive e le leggi di ammortizzazione, si rivelò quindi fallimentare (non va dimenticato, però, che siffatti provvedimenti illiberali furono adottati nell'Ottocento da uno Stato che si definiva «liberale»). Riteniamo, tuttavia, che ciò non debba indurre a trascurare i profili di modernità presenti nel giurisdizionalismo meridionale. L'aver valorizzato gli insegnamenti genovesiani, trascurando la dimensione dottrinale-speculativa (il Governo si astenne, tra l'altro, da tentativi – che l'esperienza storica ha rivelato velleitari – di riforma interna delle strutture ecclesiali) e concentrando la propria attenzione su questioni di ordine pratico, quali quelle attinenti alla politica economica, va ascritto indubbiamente, almeno questa è la nostra opinione, tra i meriti della dinastia borbonica.

Il regalismo partenopeo riuscì, almeno sotto certi profili, a sopravanzare coeve esperienze giurisdizionaliste, apparentemente più innovative, ma in realtà maggiormente legate alle categorie concettuali ed ideologiche proprie dell'*ancien régime* (ad es., il giuseppinismo asburgico): gli mancarono, però, l'energia, la coerenza, il coraggio necessari per attuare pienamente e costantemente le aspirazioni e le istanze riformatrici pur lucidamente percepite.

⁷⁹ Su questi aspetti della politica ecclesiastica dei Borbone, cfr., in ordine alla Sicilia, MARIO CONDORELLI, *op. cit.*, pp. 15 ss.

Giovanni Botero e la cultura economica della Controriforma cattolica

ROSARIO PATALANO

Introduzione

Pur essendo generalmente riconosciuta la centralità delle opere di Giovanni Botero (1544-1617) nella letteratura politica della prima metà del XVII secolo¹, non è stato sufficientemente analizzato il ruolo che l'ex gesuita piemontese ha avuto nella cultura economica della Controriforma cattolica². L'opera di Botero rivela, infatti, che una mentalità favorevole allo sviluppo delle attività produttive e commerciali era presente e diffusa anche nell'ambito del cattolicesimo post-tridentino e quello che è stato indicato come "spirito capitalistico" non può essere considerato un prodotto esclusivo dei movimenti

¹ Cfr. LUIGI FIRPO, *Botero Giovanni*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. XIII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1971, *ad vocem*; COSIMO PERROTTA, *Botero Giovanni*, in *Il Contributo italiano alla storia del pensiero economico*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2012, *ad vocem*.

² Cfr. sulla figura di Botero, VITO CUSUMANO, *Dell'economia politica nel medioevo*, in *Archivio giuridico*, vol. XVI, 1876, p. 478; TOMMASO FORNARI, *Delle teorie economiche nelle province napoletane dal secolo XIII al 1734: studi storici*, vol. I, Hoepli, Milano, p. 179; CAMILLO SUPINO, *La scienza economica in Italia dalla seconda metà del secolo XVI alla prima del XVII*, in *Memorie della Reale Accademia delle Scienze di Torino*, serie II, tomo XXXIX, 1889, p. 271; GIUSEPPE RICCA SALERNO, *Storia delle dottrine finanziarie in Italia: col raffronto delle dottrine forestiere e delle istituzioni e condizioni di fatto*, 2a ed., Reber, Palermo, 1896, pp. 151-152; MAXIME KOVALEWSKY, *Deux précurseurs: Botero et Campanella*, in *Annales de l'Institut international de sociologie*, III, 1897, p. 152; ALBERTO MAGNAGHI, *Le relazioni universali di Giovanni Botero e le origini della statistica e dell'antropogeografia*, Clausen, Torino, 1908; RODOLFO DE MATTEI, *La Politica di Campanella*, Anonima romana editori, Roma, 1928, cap. 2; ALBERTO BREGLIA, *A proposito di G. Botero economista*, in *Annali di Economia*, vol. 4, n. 1, 1928, pp. 87-129; MARIO DE BERNARDI, *A proposito dei plagi Campanella - Botero*, in *Giornale degli Economisti e Rivista di Statistica*, Serie quarta, vol. 69 (Anno 44), n. 9, 1929, pp. 722-723; PAOLO TREVES, *Idee ed ipotesi sulla questione dei plagi Campanella-Botero*, in *Rivista di filosofia*, aprile-giugno 1929, pp. 152-158; MARIO DE BERNARDI, *Giovanni Botero, economista*, Istituto giuridico della Regia Università, Torino, 1931; MARIA TERESA PICHETTO, *Le Relazioni universali come fonte per la letteratura utopica del Seicento*, in A.E. BALDINI (a cura di), *Botero e la Ragion di Stato*, Olschki, Firenze, 1992, pp. 185-200; LUCIANO RUSSI, *Il Botero di Rodolfo De Matteis*, in A.E. BALDINI (a cura di), *op. cit.*, pp. 449-462; COSIMO PERROTTA, *Giovanni Botero*, *op. cit.*

religiosi protestanti³ o di minoranze ebraiche⁴.

Come è noto Hugh Trevor Roper ha contestato le tesi di Max Weber e Werner Sombart, riconoscendo che nell'Europa cattolica medievale e rinascimentale era già presente una mentalità capitalistica e che non esisteva alcuna contraddizione tra il cattolicesimo e lo sviluppo in senso capitalistico dell'economia. Tuttavia anche Trevor Roper cede alla tesi del protestantesimo come culla istituzionale del capitalismo, attribuendo alla Controriforma uno spirito anticapitalistico e conservatore che avrebbe inibito le attività produttive determinando l'emigrazione verso il Nord protestante di attive minoranze cattoliche alla ricerca di spazi di libertà, con l'effetto di diffondere tecniche produttive ed esperienze commerciali, maturate fin dal XII secolo, in un ambiente più favorevole⁵. In modo più radicale la tesi della incompatibilità tra cattolicesimo e capitalismo è stata proposta negli anni Trenta da Amintore Fanfani, per il quale: *“tutte le circostanze che nel Medioevo fecero diminuire la fede, tutte esse spiegano il progressivo affermarsi dello spirito capitalista”*⁶.

Botero non è l'unico esempio dell'attenzione per lo sviluppo delle attività produttive nel mondo cattolico: nello stesso periodo in Spagna è diffusa una letteratura che si concentra su temi analoghi nel tentativo di contrastare i fenomeni di decadenza della società iberica⁷. Molti degli scrittori appartengono al clero cattolico e in particolare il nuovo ordine della Compagnia di Gesù è particolarmente attento a conciliare dogmi religiosi con le esigenze della realtà economica⁸.

³ MAX WEBER, *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 21, 1905.

⁴ WERNER SOMBART, *Der moderne Kapitalismus*, Duncker und Humblot, Leipzig, 1927.

⁵ *“For Marx, Weber, Sombart, who regarded medieval Europe as non-capitalist, the problem was to discover why capitalism was created in the sixteenth century. For us, who believe that Catholic Europe, at least up to the Reformation, was perfectly able to create a capitalist economy, the question is, why, in the sixteenth century, did so many of the essential agents of such an economy—not only entrepreneurs, but also workers—leave the old centres, predominantly in Catholic lands, and migrate to new centres, predominantly in Protestant lands? And this is still largely a problem of religion”* (HUGHES TREVOR ROPER, *The Crisis of the Seventeenth Century: Religion, the Reformation, and Social Change, and Other Essays*, Macmillan, London, 1967, p. 22).

⁶ AMINTORE FANFANI, *Cattolicesimo e protestantesimo nella formazione storica del capitalismo*, Società Editrice Vita e Pensiero, Milano, 1934, p. 147. Per una critica alle tesi di Fanfani, cfr. MICHAEL NOVAK, *The Catholic Ethic and the Spirit of Capitalism*, The Free Press, New York, 1993.

⁷ Cfr. JOHN HUXTABLE ELLIOT, *Self-Perception and Decline in Early Seventeenth-Century Spain*, in *Past & Present*, n. 74 1977, pp. 41-61.

⁸ Lo stesso Trevor Roper lo riconosce: *“The early Jesuits contrived to breathe into it some of the old Erasmian spirit. They cultivated the laity, modernized the philosophy of the Church, sought to reassure merchants and other laymen of the usefulness of their calling”* (HUGHES TREVOR ROPER, *The Crisis of the Seventeenth Century*, cit., p. 29).

Come si mostrerà in questo lavoro, l'analisi di Botero è pienamente coerente con lo spirito della Controriforma, offrendo una diversa prospettiva storiografica sui rapporti tra cattolicesimo e la genesi dell'economia capitalistica.

2. Il modello boteriano: *Ragion di Stato, economia e geopolitica*

In una manciata di anni, tra il 1588 e il 1595, l'ex gesuita Botero pubblica le sue tre opere fondamentali: *Delle cause della grandezza delle città* (stampata a Roma nel 1588), *Della ragion di Stato*, la sua opera più nota (pubblicata a Venezia nel 1589)⁹ e infine la prima parte delle *Relazioni universali* (uscita a Roma nel 1591, seguita poi da altre tre parti pubblicate rispettivamente nel 1592, 1594 e 1595). Le tre opere si fondono in una

*“organica unità, costituendo una enciclopedia di scienze politiche sufficientemente ordinata e completa, on cui la Ragion di Stato tocca di preferenza problemi di politica interna, le Cause quelli economico-demografici, le Relazioni quelli geografici-statistici, fornendo un aggiornato manuale per le questioni di politica estera, mentre le stesse compilazioni storiche assolvono in tono più modesto le funzioni didascaliche e formative”*¹⁰.

In questo quadro organico, il nucleo centrale del pensiero politico di Botero si muove intorno al concetto di *prudenza* come fondamento dell'arte di governo, contrapposta all'*astuzia* e alla *frode* che sono invece categorie centrali del machiavellismo¹¹. L'atteggiamento prudente fonda quindi il potere del Principe, che si esprime non solo nella obbedienza ai precetti della Chiesa tridentina, ma nella solida gestione della ricchezza del proprio Stato. Botero non poteva certo ignorare il dramma della monarchia di Filippo II con le tre bancarotte del 1557, 1575 e 1596, il declino delle attività produttive, la febbre inflazionistica determinata dall'afflusso di metalli preziosi dal Nuovo Mondo e il salasso finanziario causato dell'imperialismo asburgico.

Se Per Botero il potere può essere conservato solo se lo Stato è ben amministrato, la riflessione sulle cause della ricchezza diventa essenziale nella

⁹ Che ebbe ben 10 edizioni mentre era ancora in vita Botero e diverse traduzioni, cfr. GIOVANNI BAFFETTI, *Lo stato moderno e il Nuovo Mondo nell'opera di Giovanni Botero*, in *Neuphilologische Mitteilungen*, vol. 104, n. 1, 2003, p. 4.

¹⁰ LUIGI FIRPO, *Introduzione a Botero, La ragion di Stato*, Utet, Torino, 1948, p. 28.

¹¹ Sull'anti-machiavellismo di Botero, cfr. ROBERT BIRELEY, *The Counter-Reformation Prince: Anti-Machiavellianism or Catholic Statecraft in Early Modern Europe*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1990, pp. 45-71.

sua precettistica¹². Il principe prudente diviene nella visione di Botero l'incarnazione della ragion di Stato, che “*ne se réduit ni au calcul habile, ni à la manifestation d'une volonté supérieure. Elle est un savoir technique que met en œuvre le prince, ouvrier de son propre État, pour augmenter sa puissance à travers la prospérité commune*”¹³. Nelle stesse parole di Botero, “*la Ragion di Stato è notizia di mezzi atti a fondare, conservare e ampliare un dominio*”¹⁴. Uno Stato, afferma Botero, “*si acquista con la forza, si conserva con la sapienza e la forza è commune a molti, la sapienza è di pochi*”¹⁵. La prudenza serve al Principe come gli occhi, senza di essa sarebbe cieco, e per poterla esercitare egli deve avere piena cognizione della natura, dell'ingegno e della inclinazione dei sudditi, affinché possa temperarli con le regole del buon governo, così come in guerra deve avere piena consapevolezza delle cose militari¹⁶.

In questa prospettiva Botero dedica particolare attenzione alle cause che determinano lo sviluppo delle città considerate come fondamento della civiltà e del potere politico ed economico. Botero, seguendo un criterio classificatorio di natura geo-economica, fornisce il primo esempio di applicazione del “*principio dell'utilità economica, quale primo normale movente delle azioni umane e delle politiche*”¹⁷.

Botero identifica le città come centri di agglomerazione umana e, se si verificano alcune condizioni, come i luoghi principali di produzione e distribuzione della ricchezza.

*“Città si addimanda una ragunanza d'huomini ridotti insieme per viver felicemente. E grandezza di città si chiama non lo spazio del sito, o'l giro delle mura, ma la moltitudine degli habitanti e la possanza”*¹⁸.

¹² Come scrive Romain Descendre, Botero “*place la question économique au cœur même de la pensée politique et de la théorie de l'État*” (ROMAIN DESCENDRE, *Puissance et économie chez Giovanni Botero*, in *Revue de Métaphysique et de Morale*, 3, 2003, p. 311).

¹³ MICHEL SENELLART, *La raison d'État antimachiavélienne. Essai de problématisation*, in *La raison d'État: politique et rationalité*, a cura di CHRISTIAN LAZZERI, DOMINIQUE REYNIÉ, PUF, Paris, 1992, p. 15-42. Sull'origine del concetto di “Ragion di Stato”, cfr. RODOLFO DE MATTEI, *Il problema della ragione di Stato (locuzione e concetto) nei suoi primi affioramenti*, in IDEM, *Il problema della ragione di Stato nell'età della Controriforma*, Ricciardi, Napoli-Milano, 1979, pp. 1-23.

¹⁴ GIOVANNI BOTERO, *Della ragion di Stato libri dieci*, Appresso i Gioliti, Venetia, 1589, p. 4.

¹⁵ *ivi*, p. 5.

¹⁶ *ivi*, pp. 47-48.

¹⁷ ALBERTO BREGLIA, *A proposito di G. Botero economista*, cit., p. 126.

¹⁸ GIOVANNI BOTERO, *Delle cause della grandezza delle città libri III*, Appresso Giovanni Martinelli, Roma, 1588, p. 1.

Gli uomini possono agglomerarsi in un luogo – osserva Botero – per effetto della autorità di sapienti legislatori¹⁹, o per forza e necessità²⁰, o per la rovina di terre vicine, o per il diletto che caratterizza il sito²¹, ma tutte queste ragioni non sono sufficienti se non vi è utilità e comodità.

“non l'autorità, perché, se nel luogo, dove gl'uomini per l'altrui autorità si ragunano, non si trova comodità, essi non vi si fermeranno; non la necessità, perché le ragunanze degli uomini crescono e moltiplicano in molt'anni, e la necessità ha del violento, e la violenza non può produrre effetto durabile. [...] Molto meno poi vale il piacere et il diletto, perché l'uomo è nato per operare, e la più parte degli uomini attende a' negotii, e gli otiosi sono pochi e da poco, e l'otio loro si fonda su l'opera e su l'industria de' negotiosi, e 'l piacer non può stare senza la comodità, della quale egli è quasi frutto”²².

Quindi *“per far grande una città giova assai la comodità del sito, e la fecondità del terreno, e la facilità della condotta”²³.*

Per sito comodo, Botero intende quella particolare posizione geografica che consente alla città di essere sia necessario passaggio per il commercio dei popoli vicini, sia fondaco commerciale, ovvero essa deve essere parte integrante di un'area di traffico e non un semplice passo (*“partecipa agli estremi”*): è il caso dello sviluppo di città come Genova, Venezia, Anversa e Lisbona che sono cresciute in quanto utili “magazzini” e non solo sbocchi per le genti vicine²⁴.

La seconda causa che secondo Botero può spiegare lo sviluppo di una città è la fertilità del suolo, che garantisce ovviamente la sussistenza di una popolazione abbondante e ricchezza se si forma un surplus esportabile. Tuttavia questa causa da sola non garantisce del tutto lo sviluppo urbano, ad essa si deve aggiungere la comodità del trasporto delle merci per via d'acqua o per

¹⁹ *“Avendosi con la saviezza e con l'eloquenza acquistato autorità e reputatione maravigliosa tra gli altri, dimostrarono alla roza moltitudine quante e quanto grandi utilità fossero per godere”* (ivi, p. 2).

²⁰ *“Per forza e necessità si ragunano gli uomini in un luogo, quando qualche pericolo imminente, massime di guerra o d'estermio e vastità irreparabile, ve li conduce, per metter in sicuro la vita o le facultà loro; e tal sicurezza si ritrova in luoghi montuosi et aspri o paludosi o isolati o d'altra sorte tale che non sia facile l'accostarvisi”* (ivi, pp. 3-4).

²¹ *“Si congregano anco insieme gli uomini per lo diletto che lor porge il sito o l'arte. Il sito, per la freschezza dell'aere, per l'amenità delle valli, per l'opacità delle selve, per la comodità delle caccie, per l'abbondanza delle acque”* (ivi, p. 7).

²² *ivi*, pp. 9-10.

²³ *ivi*, p. 11.

²⁴ *ivi*, pp. 11-12.

agevoli vie terrestri (“*facilità di condotta*”)²⁵.

I requisiti fisici, esposti nel *Libro I*, costituiscono condizione per lo sviluppo urbano, ma non sono sufficienti senza altri fattori contingenti umani che per varie ragioni attirano popolazione. Questi fattori sono: offerta di asilo, privilegi e immunità accordati alla cittadinanza, offerta di divertimenti, esistenza di colonie per evitare la sovrappopolazione e garantire ai cittadini vita agiata, presenza di siti religiosi e di studio, presenza di tribunali, dotazione di particolari merci rare, di infrastrutture e di opere pubbliche, residenza del principe e della nobiltà, e infine l’elemento più importante, la presenza di industrie²⁶.

L’importanza di questo fattore di sviluppo urbano viene sottolineata da Botero, eliminando il capitolo che ha per oggetto l’industria dalle edizioni successive della *Grandezza* per inserirlo nel Libro VIII della *Ragion di Stato*:

“Non è cosa che importi – scrive Botero – più per accrescere una città e per renderla e numerosa d’abitanti e doviziosa d’ogni bene, che l’industria degli uomini e la moltitudine dell’arti, delle quali altre sono necessarie, altre comode alla vita civile, altre si desiderano per pompa e per ornamento, altre per delicatezza e per trattenimento delle persone otiose, onde ne segue concorso e di denaro e di gente che o lavora, o traffica il lavorato, o somministra materia a’ lavoratori, compra, vende, trasporta da un luogo all’altro gli artificiosi parti dell’ingegno e della mano dell’uomo”²⁷.

L’industria conta più dell’agricoltura come fattore di sviluppo economico,

“perché le cose prodotte dall’artificiosa mano dell’uomo sono molto più e di molto maggior prezzo, che le cose generate dalla natura; con ciò sia che la natura dà la materia e ’l soggetto, ma la sottigliezza e l’arte dell’uomo dà l’inenarrabile varietà delle forme”²⁸ (Botero, 1588: 39).

Come dimostra l’esempio dell’Italia, l’industria garantisce maggiore ricchezza e anche lo sfruttamento di risorse naturali, come nel caso di miniere, produce maggiori entrate se è accompagnata da attività collaterali di natura industriale²⁹. Di conseguenza anche un paese che non possiede miniere di metalli preziosi, come la Francia o l’Italia, può avere elevato livello di ricchezza

²⁵ *ivi*, pp. 12-24.

²⁶ *ivi*, pp. 24-70.

²⁷ *ivi*, p. 38.

²⁸ *ivi*, p. 39.

²⁹ *ivi*, p. 40.

come conseguenza dello sviluppo di attività produttive³⁰.

La politica del Principe deve essere quindi rivolta ad introdurre nelle città “ogni sorte d’industria e d’artificio”, attirando artigiani e mercanti qualificati dai paesi stranieri, favorendo le innovazioni tecniche con premi e proteggendo opportunamente le materie prime necessarie per le attività industriali

“Deve dunque il principe, che vuol rendere popolosa la sua città, introdurvi ogni sorte d’industria e d’artificio, il che farà e col condurre artefici eccellenti da’ paesi altrui e dar loro ricapito e commodità conveniente, e così tener conto de’ belli ingegni e stimare l’invenzioni e le opere che hanno del singolare o del raro, e propor premi alla perfezione ed all’eccellenza; ma sopra tutto è necessario che non comporti, che si cavino fuor dal suo Stato le materie crude, non lane, non sete, non legnami, non metalli, non altra cosa tale, perché con le materie se ne vanno anco via gli artefici; e del traffico della materia lavorata vive molto maggior numero di gente che della materia semplice; e l’entrate de’ principi sono di gran lunga più ricche per l’estrazione dell’opere che delle materie, come, per esempio, de’ velluti, che delle sete, delle rascie, che delle lane, delle tele, che de’ lini, delle corde, che del canape”³¹

È centrale nella visione di Botero l’attenzione per la produttività che è fonte di ricchezza e di sviluppo. Per incrementarla è necessario garantire la specializzazione, per questo i figli devono fare il mestiere dei padri, come stabiliscono le leggi cinesi, perché ne derivano due benefici: “l’uno si è che le arti si conducono per questa via a tutta eccellenza, e l’altro che ognuno ha commodità d’imparare in casa propria l’arte da mantenersi, e non sono comportati in modo alcuno i scioperati e gli otiosi”³². In Cina, dove non è consentito mendicare, anche ciechi e storpi sono impiegati nei limiti delle loro forze. La povertà oziosa è poi il maggior pericolo per la stabilità dello Stato e conviene espellere la popolazione indigente dal paese, o mandarla nelle colonie o nell’esercito, o obbligarla in attività produttive³³.

³⁰ GIOVANNI BOTERO, *Della ragion di Stato*, cit., p. 202.

³¹ GIOVANNI BOTERO, *Delle cause della grandezza delle città*, cit., p. 42. Botero si riferisce esplicitamente alla emigrazione di minoranze religiose perseguitate come fattore di sviluppo economico per i paesi che li accolgono: “Così molte città di levante e di Barbaria sono diventate grandi con la moltitudine de’ Giudei cacciati da Ferdinando re di Spagna e da Emanuele re di Portogallo, et in particolare Salonichi e Rodi. A’ tempi nostri molte città d’Inghilterra sono cresciute, e di gente e di traffico, con la fuga de’ ribelli del re Cattolico da’ Paesi Bassi, e massime Londra, dove si sono ritirate molte migliaia di famiglie” (ivi, p. 5).

³² GIOVANNI BOTERO, *Della ragion di Stato*, cit., p. 129.

³³ *ivi*, pp. 128-129.

Una volta che grazie a cause naturali e umane, la città, e quindi l'intero paese, ha raggiunto un elevato grado di sviluppo occorrerà conservarlo nel tempo per evitare la decadenza. Un primo elemento di conservazione – osserva Botero – è naturale poiché mezzi di sussistenza e popolazione devono essere sempre in equilibrio e se questo non accade carestie, guerre epidemie ed altri eventi simili provvidenzialmente ristabiliranno la proporzione³⁴. L'aumento della popolazione non è quindi fine a se stesso, ma è solo una condizione dello sviluppo della ricchezza nazionale, più popolazione più potenza produttiva. Un secondo elemento è di natura umana e riguarda la politica che il Principe deve seguire assicurando “*la giustizia, la pace e l'abbondanza*”³⁵.

Questo tema della politica più adatta alla conservazione del potere è l'elemento centrale della *Ragion di Stato*, in cui Botero delinea vari precetti a cui deve attenersi il Principe per evitare la rovina del proprio dominio che è sempre determinato da collasso interno. Garantire l'abbondanza è senz'altro il primo compito, favorendo lo sviluppo dell'agricoltura e dell'industria³⁶, anche con una opportuna politica di opere pubbliche³⁷, ma l'eccesso di ricchezza può egualmente essere pericoloso come la carestia e la povertà³⁸. Far crescere il “*ceto mezzano*” senza gravarlo di eccessivi pesi tributari³⁹ e basando l'imposizione sui beni e non “*sulle teste*”, può garantire equilibrio e stabilità⁴⁰. Una prudente gestione del tesoro del principe, evitando debiti e sprechi, può assicurare allo Stato mezzi sufficienti per rispondere alle situazioni di emergenza senza gravare eccessivamente sulla popolazione. Tuttavia, il tesoreggiamento non deve danneggiare il commercio, sottraendo molto denaro dalla circolazione⁴¹. Infine, il commercio deve essere lasciato ai privati, ma il Principe può esercitare direttamente l'attività mercantile quando i privati non hanno sufficiente dotazione di capitali, quando i privati acquisterebbero grandi ricchezze dal commercio, e quando il commercio è necessario per la salute pubblica⁴².

Il modello di Stato che sembra realizzare, secondo Botero, questo ideale politico ed economico è la Cina:

³⁴ GIOVANNI BOTERO, *Delle cause della grandezza delle città*, cit., pp. 72-78.

³⁵ *ivi*, p. 79.

³⁶ GIOVANNI BOTERO, *Della ragion di Stato*, cit., pp. 207-218.

³⁷ *ivi*, p. 106.

³⁸ *ivi*, p. 102.

³⁹ *ivi*, p. 115.

⁴⁰ *ivi*, p. 189.

⁴¹ *ivi*, p. 199.

⁴² *ivi*, pp. 229-230.

“Si tiene che il re della Cina habbia più di cento milioni d’oro di entrata: il che se bene pare incredibile ad alcuno, io lo stimo verissimo; supposto che sia vero quel che si scrive della grandezza dell’imperio, della fertilità del Paese, della ricchezza delle miniere, dell’innumerabile moltitudine degli Artigiani, e dei mercanti; della commodità delle strade lastricate per tutto il Regno, dell’opportunità de’ fiumi navigabili, del numero, grandezza, frequenza delle Città, della sottigliezza degl’ingegni, dell’industria dei popoli, che non lacciano perdere un palmo di terra, né perire un’ oncia di materia, per vile, ch’elli si sia, alla quale essi non diano qualche forma artificiale, fino a fare (come scrive Giovanni di Barros, ed altri) andare le carrette a vela”⁴³.

Esempio negativo è invece la Spagna, non solo perché ha espulso ceti produttivi, come ebrei e mori, a vantaggio di altri paesi vicini, ma anche perché

“l’abbondanza della robba e la varietà degli artificii arricchiscono il particolare e’l publico; e se la Spagna è stimata provincia sterile, ciò non è per difetto di terreno, ma per infrequenza di abitatori, con ciò sia che ’l terreno è felicissimo et attissimo alla productione di tutto ciò, che appartiene alla vita civile, e se fosse coltivato, sarebbe bastante a mantener numero infinito di popolo, come faceva a’ tempi antichi”⁴⁴.

E anche l’Italia con la sua carenza di infrastrutture non facilita il commercio e la produzione:

“in questo senza dubbio mancano grandemente alcuni precipi italiani, per li cui paesi l’inverno s’affogano i cavalli e si affondano i carri nel fango, sì che la condotta delle robbe ne diviene malagevolissima e ’l viaggio, che si farebbe in un giorno, a gran pena si fa alle volte in tre e più”⁴⁵.

⁴³ *ivi*, p. 200. “Meritano ogni lode i re della China, perché con ispesa incredibile hanno selicato tutte le strade di quel famosissimo regno, fatto ponti di pietra sopra fiumi immensi, tagliato monti d’altezza e d’asprezza inestimabile, lastricano con pietre vive le pianure, sì che, non meno d’inverno che d’estate, vi si camina agevolmente a piedi et a cavallo e vi si conducono facilmente le mercatantie e su carri e su bestie da soma” (GIOVANNI BOTERO, *Delle cause della grandezza delle città*, cit., p. 48). Sul ruolo di modello della Cina, cfr. anche ROMAIN DESCENDRE, *Une géopolitique pour la Contre-Réforme: les Relations universali de Giovanni Botero (1544-1617)*, in *Esprit, lettre(s) et expression de la Contre-Réforme en Italie à l’aube d’un monde nouveau*. Études réunies par Bruno Toppan et Denis Fachard. Actes du Colloque International, (27-28 novembre 2003), Nancy, Université de Nancy, CSLI, 2005, p. 55.

⁴⁴ GIOVANNI BOTERO, *Della ragion di Stato*, . cit., p. 203.

⁴⁵ GIOVANNI BOTERO, *Delle cause della grandezza delle città*, cit., p. 48.

Botero ha tracciato, come ha scritto Luigi Firpo “*per la prima volta una teoria scientifica sulla dislocazione topografica e sull’incremento degli agglomerati urbani, che identifica precisi rapporti fra ambiente naturale, risorse economiche e sviluppo demografico*”⁴⁶.

Lo stesso metodo classificatorio è applicato a quel ricco e documentato compendio del mondo che sono le *Relazioni universali*, considerate un primo esempio di analisi geopolitica⁴⁷.

Le quattro parti delle *Relazioni* analizzano tutto il mondo allora conosciuto dal punto di vista della geografia fisica e umana, dal punto di vista politico ed economico e infine dal punto di vista dei costumi e delle religioni, fornendo al lettore una sorta di enciclopedia geografica. La seconda parte è certamente quella più interessante per una ricostruzione del pensiero economico di Botero. Le ricche informazioni fornite, desunte dalle fonti disponibili più varie dalle relazioni di ambasciatori ai resoconti di viaggi missionari, sono articolate su tre livelli: le risorse economiche, la potenza militare e il sistema di governo⁴⁸.

Lo spazio geopolitico è distinto tra le emergenti monarchie nazionali (Francia, Inghilterra, Svezia, Russia, Polonia)⁴⁹, le entità imperiali (Sacro Romano Impero, Impero di Spagna, Impero Ottomano, Khanato Tartaro, Cina, Persia Gran Moghul)⁵⁰ e uno ruolo particolare, a chiusura del compendio, viene attribuito al Pontefice Romano come guida dei regni cristiani⁵¹. Buona parte dell’opera è dedicata poi a vari paesi africani e asiatici, avvolti tra leggenda e realtà, la cui situazione economico-politica è descritta con dovizia di particolari, usando magistralmente le fonti secondarie.

⁴⁶ LUIGI FIRPO, *Botero Giovanni*, cit., p. 356.

⁴⁷ Cfr. ROMAIN DESCENDRE, *Une géopolitique pour la Contre-Réforme*, cit. ; ROMAIN DESCENDRE, *L’État du monde: Giovanni Botero entre raison d’État et géopolitique*, Droz, Genève, 2009. Altri hanno voluto considerare le *Relazioni* come un’opera che anticipa il metodo della statistica e dell’antropogeografia (cfr. ALBERTO MAGNAGHI, *Le relazioni universali di Giovanni Botero e le origini della statistica e dell’antropogeografia*, Clausen, Torino, 1906; ALDO ALBONICO, *Il mondo americano di Giovanni Botero*, Bulzoni, Roma, 1990). Contro questa interpretazione di Botero come precursore della geografia politica moderna, cfr. GIOELE SOLARI, *Le origini della statistica e dell’antropogeografia*, in *Rivista italiana di sociologia*, anno IX, 1907, pp. 99-106 e FEDERICO CHABOD, *Giovanni Botero*, Antoniana Romana Editoriale, Roma, 1934.

⁴⁸ ROMAIN DESCENDRE, *Une géopolitique pour la Contre-Réforme*, cit., p. 54.

⁴⁹ GIOVANNI BOTERO, *Delle relazioni universali, Parte seconda*, Appresso la Compagnia Bresciana, Brescia, 1595, pp. 8-50.

⁵⁰ *ivi*, pp. 50-79; 94 -109; 130-154.

⁵¹ *ivi*, pp. 161-169.

Conclusioni

Una attenta lettura dell'opera di Botero rivela elementi di indubbio interesse per comprendere la cultura economica nell'età della Controriforma. L'enfasi posta sulla industria come fonte più solida della ricchezza è alla base di un modello sociale in cui l'iniziativa economica, la produttività e il commercio sono incentivate e considerate elementi positivi. Per la sua posizione nell'ambito delle gerarchie ecclesiastiche, l'ex gesuita Botero, può essere considerato un "intellettuale organico" della Controriforma, portatore di istanze gradite al potere ecclesiastico. Botero riproponeva il modello di sviluppo seguito dai centri mercantili italiani fin dalla rivoluzione commerciale del Basso Medioevo. Un modello che all'inizio del XVII secolo appariva ancora solido (l'economia italiana stava vivendo la sua *Estate di San Martino*) e ancor più largamente esaltato⁵². Un modello che rappresentava un equilibrato compromesso di interessi tra l'aristocrazia feudale e la classe mercantile, che si era realizzato compiutamente con le signorie italiane. Botero non esita a considerare il ceto mezzano come pilastro di questo modello produttivistico, mentre guarda con diffidenza agli estremi sociali, i poveri e i ricchi. L'obiettivo è quello di impedire che l'aristocrazia e il ceto mercantile abbandonino le attività produttive per posizioni di rendita, nel senso di un *ritorno alla terra* o di una *rifeudalizzazione*, che si tradurrebbe in una riduzione degli investimenti produttivi e un ristagno delle attività industriali e commerciali. Il modello sociale che Botero propone è quindi contrapposto alla società dei *rentiers* della rendita terriera e finanziaria, che è fondata su una ricchezza disgiunta da una solida attività produttiva. È una etica che è tipica della visione gesuitica della quale Botero è di fatto un divulgatore. Non a caso la riflessione boteriana sulla Cina, considerata come esempio di una società avanzata, proviene interamente dalle relazioni di viaggio dei missionari della Compagnia di Gesù. Questo modello produttivistico troverà poi una sua realizzazione nelle *reducciones* gesuitiche dell'America Latina gestite come vere e proprie aziende con criteri di efficienza economica⁵³.

È lecito individuare nell'analisi e nella precettistica di Botero un modello di matrice produttivistica, che si può definire *modello boteriano*. In sintesi gli elementi di questo modello possono essere così delineati: primato attribuito alle attività manifatturiere; difesa dell'iniziativa privata nel campo imprendi-

⁵² Così Carlo Maria Cipolla definisce l'effimera ripresa dell'economia del Nord Italia all'inizio del XVII secolo, destinata a trasformarsi in ristagno (CARLO MARIA CIPOLLA, *Storia economica dell'Europa pre-industriale*, Il Mulino, Bologna, 1980, p. 17).

⁵³ PABLO MACERA, *Le aziende agricole dei gesuiti nel Perù*, in *Studi Storici*, a. 9, n. 2, 1968, pp. 261-299.

toriale e commerciale; stabilità monetaria; ruolo dello Stato nel proteggere le attività economiche, intervenire in settori strategici e promuovere una politica di opere pubbliche.

Si riconoscono in questo modello elementi tipici del capitalismo commerciale che aveva caratterizzato lo sviluppo economico seguito da comuni e signorie dell'Italia Centro-settentrionale fin dal Basso Medioevo.

La larga diffusione del modello di Botero e la politica seguita da alcuni principi italiani, come Sisto V e Cosimo I de' Medici, nonché alcuni tentativi di riforma economica compiuti dai Viceré spagnoli, apre una nuova prospettiva storiografica sulla cultura economica dell'età della Controriforma.

Come è noto Max Weber attribuì alla corrente calvinistica del protestantesimo il merito di avere delineato la mentalità capitalistica⁵⁴, il modello boteriano e l'esperienza di politica economica perseguita da alcuni importanti principati dei primi decenni del XVII secolo, conferma che la cultura economica della Controriforma non fu anti-capitalistica, ma all'opposto tendeva ad esaltare le attività mercantili e produttive. Questa tendenza era esplicitamente espressa dai gesuiti che non solo sostenevano nei loro scritti teologici lo sviluppo delle attività produttive, ma si sforzavano di conciliare le Sacre Scritture con i fenomeni di arricchimento individuale, giustificando il prestito ad interesse e il profitto. L'esistenza di una mentalità favorevole allo sviluppo delle attività produttive nell'ambito della Controriforma dimostra che la genesi del cosiddetto *spirito capitalistico* non è stato un esclusivo prodotto di correnti protestanti o eretiche⁵⁵, ma era presente e diffuso anche nell'ambito del cattolicesimo⁵⁶. Se si considera la larga diffusione degli scritti di Botero e la sua stretta contiguità e collaborazione con le più importanti autorità ecclesiastiche tridentine, si può dire che il suo modello fosse largamente conosciuto e condiviso nel mondo cattolico dei primi decenni del XVII secolo. Inoltre il modello boteriano è in continuità con la tradizione umanistica italiana: da Leon Battista Alberti che nei *Libri della famiglia*, esalta il lavoro come fondamento della dignità umana, legittimando l'accumulo della ricchezza attraverso "*il comprare e vendere, prestare e riscuotere*" e difendendo la mercanzia come professione onorevole e socialmente utile⁵⁷, a Matteo Palmieri, che considera

⁵⁴ Cfr. MAX WEBER, *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, op. cit. Sul dibattito relativo a queste tesi cfr. AMINTORE FANFANI, *Cattolicesimo e protestantesimo*, op. cit., capitolo 2; MICHAEL NOVAK, *The Catholic Ethic*, op. cit., e LUCIANO PELLICANI, *La genesi del capitalismo e le origini della modernità*, Marco editore, Lungro di Cosenza, 2006, capitolo 2.

⁵⁵ Cfr. WERNER SOMBART, *Der moderne Kapitalismus*, cit.

⁵⁶ HUGHES TREVOR ROPER, *The Crisis of the Seventeenth Century*, cit, p. 22.

⁵⁷ LEON BATTISTA ALBERTI, *I libri della famiglia*, Einaudi, Torino, 1980, pp. 170-171.

l'industria e il commercio come base dello sviluppo delle civiltà urbana⁵⁸, a Giordano Bruno, per il quale “*le egregie manifatture e le belle fabbriche rendono gli uomini onorati al Cielo*”⁵⁹.

Collocato nel suo contesto storico il modello boteriano si presenta come una delle possibili risposte alla crisi economica degli inizi del XVII secolo. Botero propone un modello di sviluppo che privilegia le attività industriali considerandolo ancora come una sicura fonte di arricchimento e di egemonia, così come dimostra la storia delle repubbliche mercantili. Una forte posizione industriale avrebbe risolto automaticamente il problema della sussistenza, in quanto le ragioni di scambio favorevoli avrebbero assicurato un sicuro e vantaggioso approvvigionamento dall'esterno. La vicenda di Venezia e di Genova dimostrava che ciò che contava per l'arricchimento era l'intraprendenza commerciale, anche se il territorio non era in grado di assicurare la necessaria sussistenza.

Una possibilità che non appariva irrealistica all'inizio del XVII secolo, perché i tradizionali centri manifatturieri italiani, Genova, Firenze e Venezia in primo luogo, “*non mancavano di capitali, né di spirito imprenditoriale, né di intuizione e di organizzazione commerciale*”⁶⁰. Tuttavia cominciava a manifestarsi una tendenza a ridurre gli investimenti di rischio a favore degli impieghi sicuri in rendite immobiliari (possedimenti terrieri e feudi nobiliari), e finanziarie (titoli di stato, cambi). Pur essendo ancora ricchi, i ceti mercantili italiani non erano più disposti a rischiare i loro capitali, non solo per l'esistenza di impieghi più sicuri, ma anche perché la concorrenza crescente dei mercanti inglesi e olandesi, riduceva i mercati di sbocco esterno, mentre all'interno non c'era più alcuna possibilità di investimenti proficui.

La proposta produttivistica del modello boteriano appare nettamente in contrasto con la ricerca delle posizioni di rendita e le tendenza alle spese improduttive, che caratterizza il lento declino italiano. All'inizio del XVII secolo questo processo non appariva irreversibile e l'estensione all'area del Mezzogiorno del capitalismo manifatturiero del Nord Italia poteva fornire una soluzione al ristagno degli investimenti produttivi, fornendo nuovi e profittevoli sbocchi.

L'esaltazione del modello industriale italiano si caratterizza, tuttavia, come

⁵⁸ MATTEO PALMIERI, *Libro della vita civile composto da Mattheo Palmieri Cittadino Fiorentino*, Firenze, s. e., 1550, p. 73.

⁵⁹ GIORDANO BRUNO, 2000. *Lo spaccio della bestia trionfante*, in *Dialoghi filosofici italiani*, Mondadori, Milano, 2000, p. 503.

⁶⁰ GIGLIOLA PAGANO DE VITIIS, *Mercanti inglesi nell'Italia del Seicento. Navi, traffici, egemonie*, Marsilio, Venezia, 1990, p. 32.

il maggior limite dell'analisi di Botero. A differenza di altri contemporanei, Botero ignora ciò che appare già evidente ad altri attenti testimoni della realtà economica del primo decennio del XVII secolo: il rapido sviluppo olandese e la crescente e aggressiva presenza inglese nel mediterraneo⁶¹.

Il “*miracolo olandese*”⁶², come è stato chiamato il rapido sviluppo delle ribelli Province Unite, è ormai un dato consolidato e riconosciuto, tanto che la stessa Spagna imperiale è stata costretta a riconoscerlo, concludendo una tregua con gli eretici protestanti.

La mitizzazione del primato manifatturiero italiano ha sicuramente pesato sull'analisi di Botero allontanandolo da una visione critica dei limiti che quel modello già manifestava di fronte ai nuovi fattori di crescita che caratterizzavano lo sviluppo delle Province Unite e dell'Inghilterra. Nonostante l'analisi della causa dello sviluppo economico sia sostanzialmente corretta e applicabile anche al caso olandese, le conclusioni di policy si ponevano in un orizzonte più angusto, si potrebbe dire provinciale, ignara delle trasformazioni irreversibili che avrebbero ridotto l'economia del Nord Italia a semiperiferia (come esportatore di prodotti primari e semilavorati e non più come produttore di manufatti) e condannato il Mezzogiorno spagnolo ad un ruolo ancora più marginale, come semplice riserva della economia di guerra dell'Impero asburgico e come mercato di sbocco per merci inglesi e olandesi.

Il problema della decadenza italiana non si pone tanto nella assenza presunta di una mentalità politica o religiosa favorevole alle attività commerciali e produttive, ma nel dato strutturale della perdita di centralità del Mediterraneo nelle correnti commerciali per lo spostamento verso l'Atlantico del baricentro dell'economia-mondo.

⁶¹ Appena due anni prima della morte di Botero, il francese Antoine de Montchrestien nel suo *Traicté de l'oeconomie politique* (ANTOINE DE MONTCHRESTIEN, *Traicté de l'oeconomie politique*, Jean Osmond, Rouen, 1615) dedicava molte pagine alla nuova potenza olandese auspicando un processo di imitazione per il suo paese.

⁶² KOENRAAD WOLTER SWART, *The miracle of the Dutch Republic as seen in the Seventeenth Century. An inaugural lecture delivered at University College London 6 November 1967*, H. K. Lewis & Co Ltd - T.S.A. Constable Ltd, London- Edinburg, p. 2. Cfr. anche JONATHAN ISRAEL, *The Dutch Republic: Its Rise, Greatness and Fall, 1477-1806* Oxford History of Early Modern Europe, Oxford University Press, Oxford, 1995.

Ricordando Nicola Bassi

ALESSANDRO ALBISETTI

Sulla *Rivista della Regolazione dei Mercati* sono stati pubblicati¹ gli atti di una Giornata di studi (*Riflessioni sul pensiero scientifico di Nicola Bassi*) che si è svolta il 6 novembre 2017 presso l'Università di Milano-Bicocca in occasione della prematura scomparsa di Nicola Bassi, già associato nello stesso Ateneo, poi chiamato in qualità di professore ordinario di Diritto amministrativo nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Parma.

Al riguardo, mi è caro rammentare come egli avesse iniziato, proprio a Parma, la sua attività scientifica nell'ambito delle Discipline ecclesiasticistiche con una bella recensione² a un volume in lingua tedesca di Martin Heckel, *Gleichleit oder Privilegien?*, ove, oltre ad una spiccata competenza linguistica, mostra una grande sensibilità nei confronti della complessa realtà germanica in materia di confessioni religiose.

Egli, infatti, ben sottolinea come la problematica degli assai delicati rapporti tra *Uguaglianza o Privilegio* trattata nella suddetta monografia non possa comunque prescindere dalla “necessità di assicurare a tutte le confessioni religiose una condizione di effettiva eguaglianza di fronte all'ordinamento giuridico dello Stato, evitando nel contempo che tale pur basilare esigenza giunga ad insidiare il diritto di ciascuna di esse alla propria libertà e in definitiva alla propria irrinunciabile identità”.

Rileva, inoltre, che “nella Germania riunificata dopo la caduta del Muro di Berlino e interessata da fenomeni di massiccia immigrazione di popolazioni di fede prevalentemente musulmana, tale tematica assume una rilevanza se possibile ancora più marcata che altrove”, il che “offre la possibilità di un appro-

¹ Cfr. *Rivista della Regolazione dei Mercati* (rivista telematica www.rivistadellaregolazioneideimercati.it) 2017/2 p. 227 ss.

² Recensione a Heckel M., *Gleichleit oder Privilegien?*, ed. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tubingen, 1993, pp.XIII-115, in *Il Diritto ecclesiastico* 1995, I, p. 1090 ss.

fondimento non privo di potenziali riferimenti anche alla situazione italiana”.

Non è questa notazione di poco momento.

In effetti, è proprio la particolare apertura ed attualizzazione dei problemi che mi ha indotto a segnalare questo lavoro di Nicola Bassi dopo molti anni, il che vuol essere, nel contempo, un omaggio alla sua memoria.

Minori stranieri non accompagnati: strumenti privatistici per la tutela delle identità culturali

FRANCESCA DI LELLA

1. Premessa. Fenomeni migratori e politiche di accoglienza

Da tempo, le cronache riportano ormai quasi quotidianamente notizie relative agli arrivi nell'Europa mediterranea di persone straniere, provenienti da varie parti del mondo e in cerca di un futuro che il paese di origine non è in grado di offrire¹. Le notizie sono sovente accompagnate da immagini capaci di riflettere – con una immediatezza e una drammaticità che non sempre le parole sanno esprimere – percorsi di vita costellati da difficoltà e da sofferenze.

Lo straniero migrante², sradicato dalla propria terra, che intraprende un

¹ Nel nostro ordinamento, la condizione giuridica dello straniero, secondo quanto stabilito dall'art. 10, comma 2, Cost., è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali. Il medesimo articolo, nei commi successivi, prevede il diritto di asilo dello straniero nel territorio della Repubblica, qualora gli sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, e vieta l'estradizione dello straniero per reati politici. La disciplina dell'immigrazione, nella cornice dei principi costituzionali, si compone poi di numerose norme, nazionali e internazionali, che regolano il diritto dello straniero ad entrare e a permanere nel nostro Stato: cfr. ENRICO GROSSO, *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Digesto disc. pubbl.*, XV, Utet, Torino, 1999, p. 156 ss.; CECILIA CORSI, *Straniero (dir. cost.)*, in *Enc. dir., Annali*, VI, Giuffrè, Milano, 2013, p. 861 ss.; più recentemente, v. GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA, *Condizione giuridica dello straniero e legalità costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 950 ss., e ID. *Tutela del minore migrante ed ermeneutica del controllo*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 223 ss. (nonché in LUISA CORAZZA, MICHELE DELLA MORTE, STEFANIA GIOVA (a cura di), *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti. Asilo – Minori – Welfare*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, p. 203 ss.).

² Il termine «migrante» è oggi quello più frequentemente utilizzato dai mezzi di comunicazione di massa. Dal sito ufficiale dell'Accademia della Crusca (www.accademiadellacrusca.it) apprendiamo che l'uso della parola migrante, sebbene sia attestato già dall'Ottocento, nella sua funzione di participio presente del verbo «migrare» col significato di chi si trasferisce momentaneamente o stabilmente dal suo paese di origine, ha assunto un significato più specifico negli ultimi decenni con le nuove grandi ondate migratorie, arrivando a indicare tutti coloro che lasciano il paese di origine alla ricerca di migliori condizioni di vita, e ha sostituito i più comuni termini di «emigrante» e «immigrato». La parola migrante, del resto, descrive meglio la condizione attuale di chi transita da un paese all'altro, alla ricerca di una stabilizzazione. Il problema terminologico non è di poco conto, perché le denominazioni

viaggio alla ricerca di nuove prospettive, tuttavia, non rappresenta un fenomeno nuovo, né tantomeno recente, ma appartiene alla storia dell'umanità³; sono, però, le sue dimensioni ad essersi notevolmente ampliate.

Come è stato osservato molti anni fa, «i fenomeni migratori in atto in Europa non sono semplici spostamenti di individui o di gruppi. È in corso – come in altre epoche della storia – una risistemazione della popolazione del mondo guidata da fattori economici, demografici e politici destinati a permanere nel medio periodo»⁴. È evidente, poi, come, soprattutto negli ultimi decenni, questi fenomeni abbiano subito un ulteriore incremento, molto spesso a causa dell'instabilità politica o di conflitti bellici sviluppatisi anche in regioni a noi assai vicine, oppure a causa di persecuzioni, perpetrate per ragioni etniche, razziali, o di natura politico/ideologica o, ancora, per motivi religiosi. Ma pure povertà, crisi economiche, catastrofi naturali hanno indotto, in altre occasioni, gruppi di persone a partire. Le migrazioni di massa mettono in risalto il divario – a volte enorme – di natura economica, politica, sociale e culturale che esiste tra i paesi dai quali si fugge e quelli nei quali si arriva, e le disegualianze di trattamento giuridico tra le persone, alimentando la complessità dei fenomeni in esame.

La “questione immigrazione” è, dunque, oggi uno dei grandi temi sui quali tutti gli attori istituzionali sono chiamati a confrontarsi; ed è un tema decisamente trasversale, poiché impatta su piani diversi (giuridico, amministrativo, sociale, sanitario ecc.), e va, quindi, affrontato in un'ottica necessariamente

svolgono spesso la funzione di “etichette” e possono contribuire a definire categorie concettuali, capaci di condurre a stereotipi o luoghi comuni, con potenziali effetti discriminatori. Il Consiglio di Europa, difatti, quando iniziò ad incrementarsi, intorno agli anni ottanta, la produzione normativa e di atti politici riguardanti la questione, raccomandò di utilizzare i termini di immigrato e straniero: il primo, per indicare le persone trasferite in un paese diverso da quello di origine, il secondo con riferimento alle stesse persone ormai stabilizzate nel paese di accoglienza. Non si mancò, però, di sottolineare anche i significati sottesi alle due parole: «immigrato» rischiava di attribuire un'etichetta anche quando la fase di ingresso nel nuovo paese fosse terminata; «straniero» (come anche «extracomunitario») rischiava, invece, di risultare semanticamente escludente, in quanto identificava un cittadino come “non appartenente” alla comunità in cui effettivamente viveva e lavorava. I percorsi della lingua usata sono poi stati variegati e non sempre lineari. Anche nei testi tecnici, sono stati adoperati tutti i suddetti termini, con una prevalenza, come si è detto, della parola migrante, che sembra maggiormente sottolineare la transitorietà dello *status* di chi arriva nel nostro Paese.

³ Il fenomeno ha natura bidirezionale poiché riguarda, sul piano giuridico, tanto il diritto di ingresso e soggiorno dello straniero, quanto il diritto di emigrare del cittadino, su cui specularmente v. artt. 10 e 16 Cost.: cfr., *amplius*, LAURA RONCHETTI, *La Costituzione e lo ius migrandi*, in LUISA CORAZZA, MICHELE DELLA MORTE, STEFANIA GIOVA (a cura di), *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti. Asilo – Minori – Welfare*, cit., p. 17 ss.

⁴ Così, anno 1999, si leggeva nell'editoriale di presentazione del primo numero della Rivista *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, edita da Franco Angeli e ora divenuta *on line*, partita da un progetto culturale di ampio respiro e promossa dall'ASGI – Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione.

multidisciplinare. Nel diritto⁵, che è uno degli strumenti dell'azione politica, è possibile scorgere quei cambiamenti che hanno caratterizzato l'approccio delle autorità statali ai problemi dei flussi migratori. La disciplina positiva⁶, dapprima investita dall'esigenza di fronteggiare l'emergenza, si è poi orientata verso una fase maggiormente dedicata alla prestazione di assistenza, fino ad approdare ad una fase più matura, volta a dare attuazione concreta ai principi della accoglienza e della eventuale integrazione⁷; anche se, al momento, si registra una inversione di tendenza, che contraddice gli obiettivi sinora perseguiti, ma che, del resto, è sintomatica di una diversa visione politica dei temi inerenti alla sicurezza pubblica⁸.

La stratificazione delle norme che è frutto dell'accennato lungo percorso, avvenuta in maniera non sempre armonica e coerente, d'altro canto, testimonia proprio la difficoltà che incontra il legislatore di fronte alle molteplici problematiche sollevate dalle migrazioni, dovendo conciliare la solidarietà – quale dovere inderogabile, *ex art. 2 Cost.*, in funzione di garanzia del principio personalista che percorre e permea l'intero sistema⁹ – con l'esigenza, non meno importante, di garantire ordine pubblico, sicurezza e controlli all'interno del territorio nazionale¹⁰.

⁵ Per un ampio inquadramento del tema, in una prospettiva che abbraccia i vari rami del diritto coinvolti, v. AA.VV., *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti. Asilo – Minori – Welfare*, a cura di LUISA CORAZZA, MICHELE DELLA MORTE, STEFANIA GIOVA, cit., *passim*.

⁶ Sugli ambiti di intervento, esclusivo o concorrente, di Stato e Regioni in materia e sul riparto delle rispettive competenze, cfr. LAURA RONCHETTI, *La Costituzione e lo ius migrandi*, cit., p. 28 ss.

⁷ Fortissimo il monito in questa direzione, oltre che l'impegno concreto instancabilmente profuso, da parte di diverse confessioni religiose e, in particolare, da parte della Chiesa cattolica. Tra i numerosi interventi sulla questione delle migrazioni, v. il messaggio del 14 gennaio 2018 di Papa Francesco per la «Giornata mondiale del migrante e del rifugiato 2018», dal titolo «*Accogliere, proteggere, promuovere e integrare i migranti e i rifugiati*» (il cui testo completo può leggersi all'interno del sito www.pensareildiritto.it, curato dall'Unione Giuristi Cattolici Italiani).

⁸ V. il recentissimo c.d. «decreto sicurezza», decreto legge 4 ottobre 2018, n. 113 (in G.U. 4 ottobre 2018, n. 231), varato dal Governo – e ora convertito, con modificazioni, con legge del 1° dicembre 2018, n. 132 (in G.U. 3 dicembre 2018, n. 281) –, recante «Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata».

⁹ La persona umana, senza distinzioni di sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali, è il fulcro dell'ordinamento giuridico; v., per tutti, PIETRO PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, in Id., *La persona e i suoi diritti. Problemi di diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, p. 5 ss. A tale premessa va aggiunto che il riconoscimento dei diritti inviolabili della persona allo straniero si ritiene, ormai definitivamente, sganciato dalla condizione di reciprocità di cui all'art. 16 disp. prel. c.c.: sul punto, v. GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA, *Condizione giuridica dello straniero e legalità costituzionale*, cit., p. 952 ss., ove anche i riferimenti alla giurisprudenza costituzionale che ha condotto a tale esito interpretativo.

¹⁰ Dal potere riconosciuto allo Stato di regolare il fenomeno, a presidio dei valori di rango costitu-

2. La «legge Zampa» sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati, nel quadro degli interventi normativi in favore dei c.dd. «soggetti deboli»

Nei flussi migratori è individuabile una categoria di soggetti – i minori soli –, che ne costituisce ormai una «componente strutturale»¹¹, e che richiede forme di tutela adeguate alla fragilità e alla debolezza che connotano la loro condizione personale¹². È intuibile, infatti, che un minorenne, quantunque se mai vicino alla maggiore età, che già di per sé è un soggetto che non ha concluso il suo percorso di maturazione, risulti ancora più esposto e vulnerabile quando venga a trovarsi in un paese straniero – del quale non conosce lingua, regole e costumi – senza avere al suo fianco un adulto di riferimento, che possa aiutarlo nella quotidianità e guidarlo nella crescita¹³. A ciò si aggiunga

zionale, discende – in virtù della riserva di legge rinforzata di cui all'art. 10 Cost. – l'ampia discrezionalità del legislatore ordinario, chiamato alla ponderazione degli svariati interessi pubblici coinvolti: sul punto, cfr. GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA, *op. ult. cit.*, p. 966 s., il quale ben evidenzia anche il ruolo fondamentale dell'autorità giudiziaria, cui è riservato un controllo di ragionevolezza e proporzionalità delle scelte legislative, sotto il profilo della loro conformità ai diritti inviolabili dello straniero.

¹¹ Così, STEFANIA GIOVA, *I minori stranieri non accompagnati dopo la l. n. 47 del 2017*, in LUISA CORAZZA, MICHELE DELLA MORTE, STEFANIA GIOVA (a cura di) *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti. Asilo – Minori – Welfare*, cit., p. 98, che sottolinea come questi giovani, giunti nei luoghi di destinazione, rischino di divenire oggetto di sfruttamento e di essere privati di diritti e libertà fondamentali. Non di rado, rimarca ancora l'A., i ragazzi e i bambini sono impiegati in lavori forzati per i quali non è richiesta manodopera specializzata, mentre le ragazze e le bambine vengono avviate alla prostituzione.

¹² Per un'analisi dei fattori che definiscono i flussi migratori contemporanei e, in particolare, delle motivazioni sottese a quei segmenti di essi particolarmente vulnerabili (profughi, minori non accompagnati, vittime di tratta), nonché dell'impatto della questione dell'accoglienza e della protezione sul sistema del *welfare* locale, v. MONIA GIOVANNETTI, MARCO ACCORINTI, *I minori stranieri non accompagnati tra accoglienza e integrazione*, in *Minorigiustizia*, 2017, 3, p. 96 ss. Per una stima delle dimensioni del fenomeno e un'analisi delle sue principali caratteristiche, cfr. il *Report di monitoraggio al 30 giugno 2018 sui Minori stranieri non accompagnati (MSNA) in Italia*, redatto dal Dipartimento Generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione, reperibile sul sito istituzionale del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, www.lavoro.gov.it, ove è possibile trovare, oltre a quello semestrale, anche i *report* statistici sintetici mensili di aggiornamento. I dati ufficiali del Ministero registrano un incremento consistente degli arrivi rispetto al 2016, confermando un *trend* in crescita; e forniscono un quadro composito del fenomeno, quanto a provenienza geografica e fasce di età dei minori arrivati nel nostro Paese, con una prevalenza di minori di genere maschile vicini alla maggiore età. Il *Report* censisce, inoltre, la distribuzione dei minori sul territorio nazionale, le azioni portate avanti dalle Regioni e lo stato delle strutture di accoglienza di loro pertinenza.

¹³ La comprensione del fenomeno, in tutte le sue sfaccettature, è necessaria e prodromica all'analisi delle norme che lo regolano. È, ad esempio, molto interessante un recente studio che ha analizzato le problematiche connesse, dal punto di vista di più discipline, e dal quale è emerso un profilo dei minori stranieri, che li descrive come soggetti sì certamente vulnerabili, ma spesso anche resilienti e fortemente motivati. Soprattutto gli adolescenti, spinti dalla voglia di riscatto da un passato difficile, dimostrano volontà di inserimento nelle nuove realtà ed impegno nel perseguire una effettiva e piena integrazione, attraverso l'apprendimento della lingua e la frequentazione di corsi di studio e/o professionalizzanti. I risultati dell'indagine sono raccolti nel volume AA.VV., *L'ingiusta distanza. I*

che molto spesso questi minori recano con sé un vissuto “pesante”, hanno alle spalle storie di violenze e di estrema povertà, che li rendono “prede” appetibili per chiunque, in particolare per la criminalità, sia comune che organizzata,¹⁴ e talvolta anche vittime di tratta di esseri umani¹⁵.

Orbene, la considerazione della particolare situazione di debolezza¹⁶ che si è appena descritta e dei molteplici suoi aspetti ha ispirato l’emanazione della recente legge 7 aprile 2017, n. 47¹⁷ (c.d. «legge Zampa» dal nome della relatrice), recante «Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati», che ha come destinatari questi soggetti, cui dedica norme specifiche, emanate appunto «in ragione della loro condizione di maggiore vulnerabilità», e ai quali riconosce la titolarità di tutti i «diritti in materia di protezione dei minori a parità di trattamento con i minori di cittadi-

percorsi dei minori stranieri non accompagnati dall'accoglienza alla cittadinanza, a cura di BARBARA SEGATTO, DIEGO DI MASI, ALESSIO SURIAN, Franco Angeli, Milano, 2018, *passim* (il volume è pubblicato in *open access*, liberamente scaricabile dalla piattaforma dedicata dell'editore Franco Angeli, <http://bit.ly/francoangeli-oa>).

¹⁴ Cfr. CLAUDIO DI RUZZA, *I minori stranieri non accompagnati*, in LUISA CORAZZA, MICHELE DELLA MORTE, STEFANIA GIOVA (a cura di) *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti. Asilo – Minori – Welfare*, cit., p. 91.

¹⁵ La tratta, quale condotta criminale consistente nel reclutamento, trasporto e sfruttamento a fini di lucro delle vittime, annichilisce ancor di più la condizione umana, degradando la persona a “merce”: per un approfondimento di questo delicatissimo tema, si rinvia all’accurata indagine di VALERIO ROTONDO, *Minori vittime di tratta: tutela della persona e sistema di accoglienza*, in LUISA CORAZZA, MICHELE DELLA MORTE, STEFANIA GIOVA (a cura di) *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti. Asilo – Minori – Welfare*, cit., p. 245 ss. Più in generale, cfr. anche MARIA GRAZIA GIAMMARINARO, *L’individuazione precoce delle vulnerabilità alla tratta nel contesto dei flussi migratori misti*, in *questionegiustizia.it*, 2018, 2, p. 129 ss., nonché EMILIO SANTORO, *Asilo e tratta: il tango delle protezioni*, *ibidem*, p. 135 ss., spec. p. 142 s.

¹⁶ La rilevanza attribuita a situazioni di debolezza ha rappresentato la *ratio* dell’introduzione di nuove discipline, segnando una linea di tendenza dell’ordinamento sempre più marcata: v., *amplius*, DIANORA POLETTI, *Soggetti deboli*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Giuffrè, Milano, 2014, p. 962 ss., la quale riflette su come l’argomento involga il «confronto tra l’esigenza delle ricomposizioni categoriali propria del metodo giuridico e il carattere multiforme della debolezza» e rischi di essere insidiato da istanze e pulsioni di carattere sociologico, oltre che da cadute nella retorica della debolezza. L’A. rileva, inoltre, come l’emersione della debolezza sul piano sostanziale, con l’individuazione degli interessi da proteggere, non vada sganciata dall’indagine sulle tecniche di tutela «sulle quali si misura in concreto la possibilità di superamento delle carenze e il soddisfacimento dei bisogni dei soggetti deboli» (*ivi*, p. 964). D’altra parte, deve osservarsi che il sintagma «soggetti deboli» è oramai entrato da tempo nella riflessione dei giuristi e, in particolare, anche degli studiosi del diritto privato, poiché è capace di ricomprendere numerose categorie di persone e toccare aspetti diversi dei rapporti interprivati. I minori, gli incapaci, i disabili, gli stranieri, ma anche i consumatori, o i pazienti nell’ambito di una relazione di cura, sono divenuti destinatari di normative, più o meno recenti, aventi l’obiettivo di “alleviare” il ruolo di “parte debole” rivestita nei rapporti con altri soggetti, fornendo strumenti giuridici mirati al riequilibrio delle posizioni.

¹⁷ G.U. 21 aprile 2017, n. 93. La legge è in vigore dal 6 maggio 2017.

nanza italiana o dell'Unione europea»¹⁸.

Il suddetto provvedimento legislativo è il primo interamente dedicato ai minori stranieri¹⁹ e riordina e coordina precedenti disposizioni, frammentariamente disposte in altri testi. È questo il motivo per il quale tale legge appare, in prima battuta, di non agevole lettura, in quanto affianca alle nuove disposizioni numerosi riferimenti ad altri provvedimenti, che con essa vengono emendati o integrati²⁰.

Prima di indagare alcuni degli aspetti della legge, occorre mettere in evidenza come lo *status* del minore migrante – il suo essere minore, straniero, richiedente asilo, vittima di tratta – si ponga al crocevia tra appartenenze giuridiche diverse, rendendo articolato e problematico il raccordo tra i diversi rami del diritto coinvolti²¹. La prima qualificazione, quella di minore, senza dubbio suscita maggiore interesse nello studioso del diritto privato²², e consente di inscrivere a pieno titolo la legge in esame nel solco di una profonda evoluzione del sistema, che ha condotto la persona di minore età a mutare nel

¹⁸ V. art. 1 della legge. La parificazione dei minori stranieri ai minori italiani ed europei sul piano della protezione vale anche a segnalare la scelta di garantire una tutela prioritaria al soggetto vulnerabile, con prevalenza, cioè, sulle diverse esigenze di difesa dei confini nazionali e di sicurezza interna. In tal senso, v. ROBERTO SENIGAGLIA, *Considerazioni critico-ricostruttive su alcune implicazioni civilistiche della disciplina sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati*, in www.juscivile.it, 2017, 6, p. 712 s., il quale osserva come, atteso anche il divieto di respingimento alla frontiera posto dalla legge (v. *infra*, § 3), questi fanciulli, qualora il giudice minorile ne ravvisi i presupposti, possono essere destinatari di provvedimenti di affidamento o anche di adozione, seppure, per quest'ultimo caso, il concetto di minore non accompagnato è più difficile che coincida con quello di minore abbandonato ai sensi dell'art. 8, l. n. 184/1983: v., in tal senso, l'art. 37 *bis* legge ult. cit.

¹⁹ Per un primo esame e, soprattutto, una visione di insieme della legge, v. il commento di CIRO CASCONI, *Brevi riflessioni in merito alla legge n. 47/17 (Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati): luci e ombre*, in *Dir. immigr. cittad.*, 2017, 2, p. 1 ss.; nonché, ROBERTO MASONI, *Protezione dei minori stranieri non accompagnati nella l. n. 47/2017: un primo commento*, in www.personaedanno.it, 13 maggio 2017.

²⁰ I principali provvedimenti incisi dalla nuova legge sono: il Testo unico concernente la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286); la legge sul diritto del minore a una famiglia (l. 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni); la disciplina relativa all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale e relative procedure di riconoscimento e revoca dello *status* (d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142).

²¹ In tal senso, MONIA GIOVANNETTI, MARCO ACCORINTI, *I minori stranieri non accompagnati tra accoglienza e integrazione*, cit., p. 99.

²² La varietà dei contenuti della legge non esclude la possibilità di privilegiare alcuni profili di interesse privatistico, per i quali, in particolare, cfr. ALESSANDRA CORDIANO, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 1299 ss., spec. p. 1302 ss.; ROBERTO SENIGAGLIA, *Considerazioni critico-ricostruttive su alcune implicazioni civilistiche della disciplina sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati*, cit., p. 710 ss.; CARLOTTA IPPOLITI MARTINI, *La protezione del minore straniero non accompagnato tra accoglienza e misure di integrazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 385 ss.; STEFANIA GIOVA, *I minori stranieri non accompagnati dopo la l. n. 47 del 2017*, cit., p. 107 ss.; GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA, *Tutela del minore migrante ed ermeneutica del controllo*, cit., p. 229 ss.

tempo la sua fisionomia giuridica²³. Si tratta, difatti, di una posizione che è stata profondamente rimeditata dalla dottrina – grazie anche a norme che attingono ad una pluralità di fonti – nel verso di una considerazione del minore quale soggetto del diritto, che si affranca dalla condizione di totale incapacità di agire cui tradizionalmente veniva relegato, per divenire progressivamente autonomo, via via, cioè, che matura quella capacità di discernimento che gli consente di compiere scelte consapevoli e coerenti sia con la sua indole, sia con le sue inclinazioni naturali e aspirazioni, in funzione della costruzione di una personale identità²⁴.

Tutte le normative, più o meno recenti, emanate in favore dei c.dd. «soggetti deboli», a qualsiasi categoria essi appartengano, si muovono esattamente in questa direzione: valorizzare la persona e colmare il dislivello che deriva da una condizione di maggiore vulnerabilità attraverso misure tese, in vario modo, a supportare ed esaltare le residue e/o le potenziali, a volte inespresse, capacità del soggetto, per favorire il libero e pieno svolgimento della sua personalità²⁵. Le tecniche di tutela adottate tendono a plasmarsi sulle multiformi vesti in cui la debolezza si manifesta, poiché ognuna di esse presenta caratteristiche e bisogni differenti, che richiedono attenzione alle specificità da prendere in considerazione²⁶. La difesa della diversità sembra maggiormente connotare il fenomeno dell'immigrazione, che porta con sé una «esigenza di integrazione congiunta con quella di riconoscimento delle specifiche identità culturali», e richiede «non già di fornire una risposta “diversa” ai “diversi”, quanto di elaborare un'idea di uguaglianza che consideri la differenza senza cancellarla, ma anche senza stigmatizzarla»²⁷. La legge n. 47/2017 tenta di adeguare la protezione ad una situazione dai contorni molto particolari: quella in cui si trova un soggetto minorenni – ma, spesso, un minore “grande”,

²³ Per ripercorrere le principali linee evolutive, cfr. GILDA FERRANDO, *La filiazione – Note introduttive*, in GILDA FERRANDO (diretto da) *Il nuovo diritto di famiglia*, vol. III, *Filiazione e adozione*, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 3 ss., ed *ivi* ampia bibliografia.

²⁴ Tra i molti contributi dedicati all'argomento, cfr., più recentemente, FRANCESCO ROSSI, *Note introduttive allo studio delle cause limitative della capacità di agire*, in FRANCESCO ROSSI (a cura di) *Capacità e incapacità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, p. 24 ss.; nonché, *amplius* sulla posizione del minore, GIUSEPPE RECINTO, FABIO DELL' AVERSANA, *I rapporti personali del minore*, *ibidem*, p. 29 ss., e DANIELA DI SABATO, *Gli atti a contenuto patrimoniale del minore*, *ibidem*, p. 70 ss.

²⁵ Emblematico, ad es., in tal senso, l'istituto dell'amministrazione di sostegno, di cui agli artt. 404 e ss. c.c., introdotto dalla legge 9 gennaio 2004, n. 6. Ma v. anche la «Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità» del 13 dicembre 2006, ratificata dall'Italia con la legge 3 marzo 2009, n. 18, sulla scorta dei cui principi sono state emanate norme per le persone con disabilità, funzionali al potenziamento della loro autonomia e di una attiva partecipazione sociale.

²⁶ Cfr. DIANORA POLETTI, *Soggetti deboli*, cit., p. 979 s.

²⁷ DIANORA POLETTI, *op. loc. ult. cit.*

come tale già dotato di una qualche autonomia – privo, tuttavia, di adulti di riferimento (genitori o altre figure che ne siano legalmente responsabili) e, per giunta, in una terra per lui straniera²⁸. Un soggetto, quindi, diviso tra il senso di perdita per i legami recisi con la famiglia e i luoghi di origine, e l'incertezza e le difficoltà pratiche derivanti dalla necessità di intraprendere un periodo di transizione, con nuove relazioni sociali e istituzionali da stabilire e molteplici pratiche amministrative da sbrigare²⁹.

3. I principali contenuti della legge. I diritti fondamentali riconosciuti al minore straniero

Ai sensi dell'art. 2 della legge n. 47/2017, per minore straniero non accompagnato presente nel territorio dello Stato deve intendersi «il minore non avente cittadinanza italiana o dell'Unione europea che si trova per qualsiasi causa nel territorio dello Stato o che è altrimenti sottoposto alla giurisdizione italiana, privo di assistenza e di rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano»³⁰.

In sintesi, la legge prevede che per i minori rientranti in questa categoria in nessun caso può disporsi il respingimento alla frontiera³¹; che i minori stessi, una volta rintracciati sul territorio dalle autorità locali, vengano collocati in strutture di prima accoglienza, a loro specificamente destinate (esclusa, quindi, la permanenza in strutture miste, in cui siano presenti adulti)³², presso le

²⁸ Seppure con tutte le diversità che connotano un fenomeno comunque eterogeneo e complesso, divergendo tra i minori gli stili di vita, i percorsi migratori, le età e le etnie: cfr. ALESSANDRA CORDIANO, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*, cit., p. 1300.

²⁹ Più diffusamente su tali aspetti, v. BARBARA SEGATTO, DIEGO DI MASI, ALESSIO SURIAN, *Introduzione*, in BARBARA SEGATTO, DIEGO DI MASI, ALESSIO SURIAN (a cura di) *L'ingiusta distanza. I percorsi dei minori stranieri non accompagnati dall'accoglienza alla cittadinanza*, cit., p. 9 ss.

³⁰ Sulla nozione e la sua genesi, v. ILARIA DEL VECCHIO, *L'effettività nella tutela del minore straniero non accompagnato tra interventi strutturali ed emergenziali. La legge «Zampa» e la relocation*, in LUISA CORAZZA, MICHELE DELLA MORTE, STEFANIA GIOVA (a cura di) *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti. Asilo – Minori – Welfare*, cit., p. 117 ss. Per gli opportuni distinguo con altre categorie di minori, si rinvia ad ALESSANDRA CORDIANO, *op. cit.*, p. 1302, e a ROBERTO SENIGAGLIA, *op. cit.*, p. 713 ss.

³¹ V. art. 3 della legge, che interviene sul Testo unico sull'immigrazione, aggiungendo il comma 1 bis all'art. 19. Con ulteriore modifica dell'art. 31 del predetto Testo unico, viene, altresì, disposto, che, se ricorrono i presupposti per l'espulsione, il relativo provvedimento potrà essere adottato dal Tribunale per i minorenni, su richiesta del questore, solo a condizione che non comporti un rischio di gravi danni per il minore.

³² Già ai sensi dell'art. 403 c.c., l'immediata messa in sicurezza del minore risponde all'esigenza

quali è previsto debba svolgersi un primo colloquio, volto ad approfondire la storia personale e familiare, e a far emergere ogni elemento utile alla protezione. Una volta garantita l'immediata assistenza umanitaria, deve procedersi all'accertamento della identità e dell'età del minore³³, pre-requisiti per l'applicazione delle misure di protezione previste dalla legge. Segue una fase dedicata a compiere indagini finalizzate ad individuare eventuali familiari o altri adulti (in Italia o in altri Paesi), idonei a prendersi cura del minore non accompagnato, soltanto in assenza dei quali si può passare al collocamento in comunità. Rispetto a quest'ultima soluzione, tuttavia, e qualora risulti praticabile, va preferito l'affidamento familiare di cui alla l. n. 184/1983; gli enti locali, anzi, sono tenuti a sensibilizzare e formare gli affidatari per favorire siffatta sistemazione³⁴. Il rimpatrio assistito e volontario potrà essere disposto solo ove il ricongiungimento con i familiari, nel paese di origine o in un paese terzo, corrisponda al superiore interesse del minore³⁵; altrimenti, può senz'altro iniziare il percorso di cura, protezione ed integrazione previsto dal-

di proteggerlo dal pericolo di lesione dei suoi diritti fondamentali, in attesa che venga chiarita la sua situazione e siano individuate le misure più idonee alla sua protezione: cfr. ROBERTO SENIGAGLIA, *Considerazioni critico-ricostruttive su alcune implicazioni civilistiche della disciplina sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati*, cit., p. 717.

³³ V. artt. 4 e 5 della legge (che dispongono modifiche in tal senso al d.lgs. n. 142/2015), ai quali si rimanda per i passaggi di natura procedurale. Le norme prevedono che, nel caso sussistano dubbi sull'età dichiarata dal minore e questa non possa essere accertata attraverso un documento anagrafico, la Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni possa disporre esami socio-sanitari, da svolgere in ambienti idonei e con modalità tali da tutelare la persona; solo nel caso in cui, anche dopo tale accertamento, residuino dei dubbi, la minore età si presume ad ogni effetto di legge. Per maggiori ragguagli, v. ESTER DI NAPOLI, *Riflessioni a margine della «nuova» procedura di accertamento dell'età del minore straniero non accompagnato ai sensi dell'art. 5 della L. 47/2017*, in *Dir. immigr. cittad.*, 2017, 3, p. 1 ss., ove si mette in luce il passo in avanti compiuto dalla l. n. 47/2017 in un campo prima dominato da prassi disomogenee e norme frammentarie, e nel quale, invece, è necessario assicurare in modo uniforme la massima garanzia dei diritti fondamentali, rispetto ad accertamenti che incidono anche sull'integrità psico-fisica della persona. Il valore prescrittivo delle norme e l'articolazione della procedura in una fase amministrativa e in una giurisdizionale, seppure questa presenti alcune criticità e nodi irrisolti (*ivi*, p. 15 ss.), depongono nell'anzidetta direzione. Sulla uniformazione introdotta ora dalla legge, quale presidio di tutela dei diritti fondamentali, v. anche Cons. Stato, sez. III, 29 dicembre 2017, n. 6191, in *Foro amm.*, 2017, p. 2380.

³⁴ Per maggiori dettagli su queste fasi, v. artt. 6 e 7 della legge, che operano sempre con la tecnica della novellazione di precedenti disposizioni di legge. Sulle ragioni della preferenza per gli affidi *ex lege* n. 184/1983, cfr. CLAUDIO DI RUZZA, *I minori stranieri non accompagnati*, cit., p. 92 s., che osserva come questi, col calare il minore in una dimensione familiare, costituiscano il primo passo per un autentico progetto di integrazione nel nuovo contesto sociale. Fondamentale, allora, diventa l'attività degli enti locali, sia di pianificazione che di formazione delle famiglie interessate, in considerazione anche delle peculiarità degli affidamenti di minori stranieri (si pensi alle differenze culturali e religiose, che possono influire persino sulle regole alimentari da seguire).

³⁵ Art. 8 della legge.

la legge³⁶. Al riguardo, di grande rilievo la disposizione³⁷ che prevede l'inclusione dei minori nell'ambito del *Sistema di protezione per richiedenti asilo, rifugiati e minori stranieri non accompagnati* (c.d. «SPRAR»)³⁸, che li mette in condizione di fruire, nei limiti delle risorse finanziarie all'uopo destinate, dei progetti specificamente previsti per tali categorie di soggetti vulnerabili, consistenti in percorsi di integrazione gestiti dai Comuni.

Parimenti significativo l'espresso riconoscimento, operato dalla legge in esame all'art. 14, dei fondamentali diritti alla salute e alla istruzione; da ciò, la previsione dell'iscrizione obbligatoria al Servizio sanitario nazionale³⁹ e la predisposizione di misure miranti a consentire l'adempimento dell'obbligo scolastico, anche attraverso progetti specifici o apposite convenzioni volte a promuovere programmi di apprendistato. Si tenga presente, poi, che la permanenza nelle strutture di prima accoglienza e, poi, in quelle di seconda accoglienza, evidenzia anche l'esigenza di offrire ai minori una sistemazione che non precluda l'esercizio di altri diritti e libertà fondamentali. In particolare, il diritto di professare liberamente la propria fede religiosa e di esercitarne il culto, di cui all'art. 19 Cost., postula non soltanto sensibilità e rispetto, ma anche la predisposizione di idonee misure organizzative⁴⁰.

³⁶ Percorso, che comincia con la creazione di una apposita cartella sociale, compilata dal personale della struttura di prima accoglienza e contenente ogni elemento utile alla determinazione della soluzione di lungo periodo migliore, nel superiore interesse del minore, che va trasmessa ai servizi sociali del Comune di destinazione e al P.m. presso il Tribunale per i minorenni (v. art. 9); e prosegue col rilascio da parte del questore del permesso di soggiorno, i cui presupposti e modalità sono disciplinati dall'art. 10, e la nomina del tutore volontario di cui all'art. 11 della legge (su questa figura v. *infra*, § 5).

³⁷ Art. 12, che modifica l'art. 19 del d.lgs. n. 142/2015.

³⁸ Sul punto, v. il recentissimo «decreto sicurezza», cit. in nota 8, che, tra le varie norme in materia di immigrazione, ha previsto una restrizione dell'ambito di concessione della protezione internazionale, cancellando il permesso di soggiorno per motivi umanitari, e ha disposto che lo SPRAR (ridefinito *Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per minori stranieri non accompagnati*) resti riservato solo a chi ha già ottenuto l'asilo e ai minori stranieri non accompagnati.

³⁹ Per gli aspetti inerenti al diritto alla salute, da tutelare nella duplice veste di diritto dell'individuo e interesse della collettività, cfr. GUGLIELMO ALDO GIUFFRÈ, *Il regime di assistenza sanitaria dei minori stranieri non accompagnati alla luce della l. n. 47 del 2017*, in *federalismi.it – Osservatorio di diritto sanitario*, 2017, p. 2 ss.; Id., *Il diritto alla salute e all'assistenza sanitaria dei minori stranieri non accompagnati*, in LUISA CORAZZA, MICHELE DELLA MORTE, STEFANIA GIOVA (a cura di) *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti. Asilo – Minori – Welfare*, cit., p. 177 ss. Sull'estensione dell'obbligo vaccinale ai minori stranieri non accompagnati, v. il decreto legge 7 giugno 2017, n. 73, convertito con legge 31 luglio 2017, n. 119, e la circolare 16 agosto 2017 del Ministero della Salute, che ha chiarito che il suddetto obbligo riguarda appunto anche i minori stranieri, di età compresa tra zero e sedici anni.

⁴⁰ Al riguardo, al di là delle varie tipologie esistenti di centri di accoglienza, ove spesso è dato registrare il mancato rispetto dei diritti connessi all'espressione della libertà religiosa e dell'assistenza spirituale, rileva la necessità di assicurare nella sostanza i diritti di rilievo costituzionale PIERLUIGI CONSORTI, *Libertà ed assistenza religiosa e spirituale nei Centri di identificazione ed espulsione*, in *Gli Stranieri – Rassegna di studi e giurisprudenza*, 2012, 3, p. 67 ss. L'A. sottolinea che la libertà di

Inoltre, la legge stabilisce garanzie processuali e procedurali in favore del minore, finalizzate a consentire una sua partecipazione attiva alle decisioni che lo riguardano, mediante una generalizzata affermazione del diritto all'ascolto e all'assistenza legale, di cui avvalersi col gratuito patrocinio a spese dello Stato, e in ordine alla quale è pure previsto uno specifico diritto di essere informato⁴¹.

4. (Segue) Il diritto all'ascolto e il ruolo del mediatore culturale

Il diritto del minore ad essere ascoltato affonda le sue radici in principi e norme di diverso rango e vincolatività. Formulato in sede internazionale⁴², si è fatto strada nella legislazione interna, dapprima come regola episodica pensata per situazioni specifiche, concernenti il momento della crisi del rapporto tra i genitori o nei casi di affidamento familiare e adozione; successivamente codificato come regola generale. Difatti, cardine del sistema è ora l'art. 315 *bis* c.c., introdotto dalla legge 10 dicembre 2012, n. 219, che, al comma 2, ha sancito con portata generale (che trova poi ulteriore specificazione in altre norme del codice) il diritto del figlio minore, che abbia compiuto gli anni dodici, o anche di età inferiore ove capace di discernimento, ad essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano. L'ascolto concorre, così, a formare lo statuto dei diritti del minore, si configura quale suo diritto fondamentale, mira a tutelare l'interesse a che le decisioni importanti per la sua vita e la sua crescita siano prese tenendo conto della sua volontà e delle

culto esige in concreto sia la messa a disposizione di locali idonei alla celebrazione dei riti collettivi, sia la garanzia della libera espressione del culto personale, in modo conforme alle diverse tradizioni ed esperienze religiose, sia, ancora, la garanzia del rispetto dei precetti religiosi connessi alle prescrizioni alimentari. Pur in assenza di norme specifiche, l'A. segnala l'esistenza di alcune regole promananti da fonti secondarie, che impegnano i gestori dei Centri a rispettare, compatibilmente con le esigenze della vita collettiva, le abitudini e i precetti religiosi dei diversi stranieri, con riferimento appunto alle modalità delle funzioni religiose, all'erogazione e alla tipologia dei pasti, nonché a ogni altro aspetto relativo al culto (*ivi*, p. 74 s.). Sul tema, più recentemente, ODILIA DANIELE, *Immigrazione, libertà religiosa e le nuove comunità segreganti*, in www.altalex.com, 30 marzo 2018.

⁴¹ V. artt. 15 e 16 della legge (che dispongono modifiche in tal senso di altri testi normativi). Particolari misure di protezione sono previste per i minori vittime di tratta, destinatari di soluzioni di lungo periodo e altre forme speciali di tutela: v. art. 17, che ha modificato l'art. 13, l. 11 agosto 2003, n. 228, recante misure contro la tratta, su cui cfr. VALERIO ROTONDO, *Minori vittime di tratta: tutela della persona e sistema di accoglienza*, cit., p. 260.

⁴² Art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, ratificata dall'Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176; artt. 3 e 6 della Convenzione europea di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori del 1996, ratificata dall'Italia con l. 20 marzo 2003, n. 77; art. 24 della c.d. Carta di Nizza del dicembre 2000.

sue opinioni e sentimenti⁴³; presuppone capacità di comprensione e volizione adeguate alla situazione concreta e un'informazione chiara e completa circa le questioni sulle quali è chiamato ad esprimersi⁴⁴.

L'ascolto costituisce, dunque, una delle forme attraverso le quali si realizza l'assistenza morale del minore⁴⁵, nonché lo strumento che gli è dato per far valere il diritto alla propria identità personale⁴⁶, concretizzando una tecnica di realizzazione della personalità⁴⁷.

Inteso, quindi, nel suo senso più ampio, quale strumento giuridico volto a consentire la partecipazione del minore ai processi decisionali che lo riguardano, sia in ambito giudiziario che non, per le finalità dianzi indicate, l'ascolto trova significativa conferma e terreno particolarmente fertile nella legge in esame, ove alla soddisfazione della menzionata esigenza si lega strettamente proprio quella di preservare l'identità personale, ancora in formazione, di chi proviene da mondi "stranieri", talvolta molto diversi per cultura, costumi, religioni, e di permettere ai minori l'integrazione nel nuovo tessuto sociale, rispettandone l'indole, il contesto familiare e sociale di provenienza, la storia personale, la pregressa formazione, il bagaglio di esperienze; considerando, insomma, quel vissuto, spesso traumatico, che ha segnato la loro esistenza e che li rende diversi e più fragili rispetto ai coetanei del luogo in cui vanno ad inserirsi.

La legge n. 47/2017 mostra attenzione e sensibilità al riguardo, poiché prevede in numerose norme il diritto all'ascolto⁴⁸, adattandolo alla speciale sede nella quale viene riconosciuto, con la previsione della presenza costante di un mediatore culturale⁴⁹, quale "veicolo" per consentire che questo diritto –

⁴³ V. CESARE MASSIMO BIANCA, *Diritto civile – La famiglia*, 4^a ed., Giuffrè, Milano, 2014, p. 338 ss.

⁴⁴ Da ultimo, sul diritto all'ascolto e sulla capacità di discernimento del minore, v. diffusamente GIUSEPPE RECINTO, FABIO DELL'AVERSANA, *I rapporti personali del minore*, cit., p. 38 ss., ove sono evidenziati anche taluni profili di criticità (ed *ivi* bibl.).

⁴⁵ CESARE MASSIMO BIANCA, *Diritto civile – La famiglia*, cit., p. 339.

⁴⁶ LEONARDO LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 99.

⁴⁷ FRANCESCO RUSCELLO, *Garanzie fondamentali della persona e ascolto del minore*, in *Familia*, 2002, p. 933 ss.

⁴⁸ In dottrina, sul diritto all'ascolto dei minori stranieri, v. MARIALUISA GAMBINI, *Il diritto all'ascolto del minore «vulnerabile»*, in LUISA CORAZZA, MICHELE DELLA MORTE, STEFANIA GIOVA (a cura di) *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti. Asilo – Minori – Welfare*, cit., p. 143 ss.; nonché, in precedenza, EAD., *I diritti del minore vittima di tratta e gli strumenti di tutela della persona*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 7 maggio 2014; ROBERTO SENIGAGLIA, *Considerazioni critico-ricostruttive su alcune implicazioni civilistiche della disciplina sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati*, cit., p. 719 ss.; CARLOTTA IPPOLITI MARTINI, *La protezione del minore straniero non accompagnato tra accoglienza e misure di integrazione*, cit., p. 401 s.; VALERIO ROTONDO, *Minori vittime di tratta: tutela della persona e sistema di accoglienza*, cit., p. 256 ss.

⁴⁹ Il mediatore culturale è una figura professionale che fornisce supporto alla comunicazione inter-

lungi da una astratta proclamazione – possa, invero, essere esercitato in modo effettivo e proficuo. Il ruolo del mediatore, dunque, non si esaurisce in una intermediazione soltanto linguistica, ma va inteso come funzionale a tradurre concetti, anche di matrice religiosa e culturale, al fine della loro più corretta ricezione: è, quest'ultimo, un passaggio indefettibile in un'ottica di effettività dei diritti.

Nell'ambito del percorso che si è tratteggiato in precedenza⁵⁰, è possibile notare come l'ascolto del fanciullo svolga un ruolo determinante nella definizione della protezione e assistenza da realizzare nel caso concreto⁵¹. La legge, difatti, ha prescritto che il minore debba essere sentito, nella struttura di prima accoglienza, per approfondire la sua storia personale e familiare e far emergere ogni elemento utile alla protezione, nel corso di un colloquio, condotto da personale qualificato, sotto la direzione dei servizi dell'ente locale competente, e nel quale deve essere garantita, appunto, la presenza di un mediatore culturale⁵². L'ausilio del mediatore è, altresì, previsto per fornire al minore, in una lingua che possa capire e in conformità al suo grado di maturità e di alfabetizzazione, tutte le informazioni inerenti alle procedure di identificazione e accertamento dell'età; il mediatore dovrà poi essere presente nel caso in cui si rendano necessari gli accertamenti socio-sanitari previsti dalla legge⁵³. Ancóra, la presenza del mediatore culturale va garantita nell'ambito di tutti i procedimenti, giurisdizionali e amministrativi, ai quali il minore ha diritto di partecipare per mezzo di un rappresentante legale e di essere ascoltato nel me-

personale e svolge una funzione di orientamento per gli immigrati, al fine di facilitarne l'inserimento nel contesto sociale del paese di accoglienza. La formazione del professionista richiede conoscenza della cultura e della lingua di paesi stranieri.

⁵⁰ La l. n. 47/2017, osserva ROBERTO SENIGAGLIA, *op. cit.*, p. 716, è un testo di natura essenzialmente procedurale, ma che prevede una procedura che intende guardare «alle peculiarità esistenziali e socio-culturali» dei minori stranieri soli.

⁵¹ Così, MARIALUISA GAMBINI, *Il diritto all'ascolto del minore «vulnerabile»*, cit., p. 155.

⁵² La delicatezza e la dimensione funzionale di questo primo colloquio si ravvisano nella necessità di comprendere il vissuto, le circostanze del viaggio migratorio, la personalità, i bisogni, le opinioni del minore, al fine di individuare lo strumento di tutela più rispondente al suo specifico interesse: in tal senso, v. ROBERTO SENIGAGLIA, *op. cit.*, pp. 719 s. e 722, che individua nel mediatore culturale la figura preposta ad aiutare il minore «a narrarsi» e ad inserirsi gradualmente nella società, fungendo da ponte tra il sistema culturale di partenza e quello di arrivo. Non solo durante il primo colloquio, ma, come si è detto, in tutti i momenti del percorso previsto dalla legge, il ruolo del mediatore si appalesa essenziale, al fine di rimuovere o attenuare gli ostacoli di natura linguistica e culturale che si frappongono a quel processo di comunicazione che necessariamente deve precedere l'ascolto e poi accompagnarlo nelle sue varie fasi, sino al momento decisionale: sul punto, cfr. CARLOTTA IPPOLITI MARTINI, *op. cit.*, p. 401. Linguaggio e modalità dell'informazione, del resto, devono sempre essere parametrate alle determinazioni da assumere, di modo che il minore possa esprimere la propria opinione con consapevolezza (v., sul punto, GIUSEPPE RECINTO, FABIO DELL' AVERSANA, *I rapporti personali del minore*, cit., p. 39).

⁵³ V. art. 5, l. n. 47/2017, che aggiunge l'art. 19 *bis* al d.lgs. n. 142/2015.

rito. Ed inoltre, nell'applicazione delle misure di accoglienza, relativamente alle procedure inerenti alla protezione internazionale, per tutti i minori stranieri (accompagnati o no) è previsto che, nella valutazione del loro superiore interesse, occorra procedere, da un lato, ad un ascolto calibrato su età, grado di maturità e sviluppo personale, anche al fine di valutare le esperienze pregresse, il rischio che siano state vittime di tratta, e, dall'altro, alla verifica della possibilità di un ricongiungimento familiare; in particolare, poi, per i minori soli la legge aggiunge la garanzia, in ogni stato e grado dei procedimenti, di una «assistenza affettiva e psicologica» (sintomatici gli aggettivi ora menzionati), attraverso la presenza di persone idonee indicate dal minore, nonché di enti di comprovata esperienza nel settore⁵⁴.

La legge, dunque, puntella il diritto all'ascolto del minore straniero con previsioni volte a rafforzarne la portata, disegnando i modi, i tempi (scanditi in maniera stringente⁵⁵) e le forme più congrue per la sua esplicazione, in considerazione dei particolari contesti e delle difficoltà conseguenti alla innegabile situazione di vulnerabilità nelle quali il soggetto si trova, per tutte le ragioni che si sono esposte. Un ascolto, quindi, costruito e finalizzato per intercettare le richieste e i concreti bisogni dei minori, traducendoli in diritti e rendendoli esigibili innanzi alle istituzioni⁵⁶.

Se è vero che l'effettività di un diritto si misura sulla possibilità di farlo valere, occorre domandarsi quali azioni possano essere intraprese nel caso in cui venga violato totalmente oppure il suo esercizio sia consentito in condizioni non rispettose delle modalità prescritte dalla legge, ovvero dilatando irragionevolmente i tempi stabiliti. Senza considerare che la mancanza di risorse finanziarie da destinare alle varie fasi e procedure in cui si articola il percorso di protezione descritto, ripetuta in più punti dalla legge⁵⁷, già mina sul piano pratico la possibilità di perseguire efficacemente gli obiettivi prefissati; al pari

⁵⁴ V. art. 15, l. n. 47/2017, che riforma l'art. 18, d.lgs. n. 142/2015, aggiungendovi i commi 2 *bis* e 2 *ter*.

⁵⁵ Sulla particolare tempistica stabilita dalla legge, al fine di evitare pregiudizi al minore per irragionevoli ritardi nella individuazione della misura di protezione più adeguata, v., in particolare, ROBERTO SENIGAGLIA, *Considerazioni critico-ricostruttive su alcune implicazioni civilistiche della disciplina sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati*, cit., p. 711 ss., che sottolinea come il «fattore tempo» costituisca una componente fondamentale dell'effettività della tutela (*ivi*, p. 726).

⁵⁶ Utili indicazioni di carattere pratico-operativo sono contenute in un documento elaborato, nel maggio 2018, dall'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza e l'UNHCR (Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati), dal titolo *Minori stranieri non accompagnati: una valutazione partecipata dei bisogni*, reperibile sul sito www.garanteinfanzia.org.

⁵⁷ In varie norme si precisa, difatti, che all'attuazione delle disposizioni contenute nella legge si provvede nei limiti delle risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

dell'assenza, nella disciplina, di un sistema sanzionatorio per il caso della elusione o della violazione delle norme a protezione dei minori⁵⁸.

Le tutele ipotizzabili possono articolarsi in più direzioni, ma è comune a tutte la considerazione del diritto all'ascolto in termini di diritto "fondamentale" del minore straniero, posto a presidio della stessa identità e dignità della persona vulnerabile.

Una prima forma di tutela, invero, trascende il piano individuale, collocandosi su di un piano giuridico/politico, e sembra possa essere ricavata da una recentissima Risoluzione del Parlamento europeo, datata 3 maggio 2018, inerente alla protezione dei minori migranti nel territorio dell'Unione europea, nella quale si esortano gli Stati membri a dare piena attuazione al principio del loro superiore interesse in tutte le procedure e decisioni che li riguardano, a prescindere dallo *status* di migranti o rifugiati, e si sollecita la Commissione ad attivare procedure di infrazione nei confronti degli Stati inadempienti rispetto alla garanzia del rispetto dei diritti fondamentali dei minori medesimi⁵⁹.

Più significativamente, invece, conviene rammentare che la Suprema Corte, in numerose occasioni, nel ricostruire e definire i contorni dell'ascolto, ha ritenuto che l'omessa audizione del minore nell'ambito di procedimenti che lo riguardano (salvo, naturalmente, i casi in cui il minore non abbia sufficiente capacità di discernimento, oppure l'ascolto si ponga in contrasto col suo interesse o sia manifestamente superfluo) può determinare la nullità del provvedimento che li conclude, che diventa per ciò suscettibile di essere appellato⁶⁰.

Altra strada percorribile è la via giudiziaria ordinaria, che potrebbe essere attivata dal soggetto leso dinanzi all'autorità giurisdizionale nazionale, per i casi in cui dalla violazione subita scaturiscano anche dei danni. Questa ipotesi, tuttavia, appare di più difficile configurazione e, soprattutto, dotata di scarsa efficacia, vuoi per i tempi lunghi della giustizia, vuoi per il carico probatorio che ridonderebbe a carico del minore attore in giudizio. Ancóra, un'altra forma di tutela in astratto configurabile, suggerita da un caso recente⁶¹, potrebbe

⁵⁸ In tal senso, ALESSANDRA CORDIANO, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*, cit., p. 1309.

⁵⁹ Sul punto, cfr. CLAUDIA BENANTI, *Il Parlamento europeo raccomanda agli Stati di attuare il principio dell'interesse superiore del minore anche nella gestione dei flussi migratori*, in *www.rivistafamiglia.it*, sezione *Aggiornamenti*, 30 giugno 2018.

⁶⁰ Cass., Sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Foro it.*, 2010, I, c. 903 ss.; Cass., 15 maggio 2013, n. 11687, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 1026 ss.; Cass., 29 settembre 2015, n. 19327, in *Fam. dir.*, 2018, p. 571 ss.; da ultimo, Cass., 13 dicembre 2018, n. 32309, in *www.dirittoegiustizia.it*, 14 dicembre 2018.

⁶¹ Caso *Darboe e Camara c/Italia e Bacary c/Italia* (ricorso n. 5797/2017), tutt'ora pendente innanzi alla Corte Edu, nel quale due minori stranieri non accompagnati, arrivati in Italia e collocati presso un centro di prima accoglienza per adulti in Veneto, hanno lamentato presunte violazioni di

essere quella di un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, per violazione di un diritto fondamentale, riconducibile ad uno degli aspetti tutelati dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; tale rimedio, però, è esperibile soltanto se sono già esaurite le vie di ricorso interno nazionale.

5. *La nuova figura del tutore volontario*

La legge n. 47/2017 assegna un ruolo-chiave al tutore volontario, destinato a divenire l'anello di congiunzione del minore straniero non accompagnato col territorio e la nuova realtà sociale, e ad instaurare insieme a lui il necessario raccordo con le istituzioni preposte all'attuazione del programma di protezione.

Per le ragioni tutte che saranno ora esposte, difatti, e considerate – nel loro complesso – le funzioni che la legge sembra attribuire al tutore, emerge la figura di un soggetto fortemente “responsabilizzato” rispetto al minore, al fine di garantirgli una crescita armoniosa, e come tale destinato, per suo conto e nel suo superiore interesse, ad interfacciarsi con lo Stato e con le sue articolazioni per ogni questione che lo riguarda, sì da poter essere considerato l'indispensabile punto di riferimento in merito ad ogni scelta e decisione concernente il percorso di integrazione, nel periodo di transizione verso la maggiore età.

L'istituto della tutela conosce, così, una stagione nuova ed acquista significati più aderenti alla modernità⁶².

La desueta sagoma del tutore consegnataci dal codice civile del 1942, che lo descrive come un soggetto intento principalmente ad amministrare il patrimonio del pupillo, ne esce svecchiata, perché il tutore è ora chiamato a ricoprire un ruolo nuovo e ad assolvere compiti che maggiormente si sposano con la solidarietà costituzionale. Con una logica rovesciata rispetto a quella del codice civile, difatti, la funzione di cura del patrimonio recede a vantaggio di quella di cura della persona minore di età, priva dei genitori, alla quale va

diritti fondamentali, da parte delle autorità competenti, nel contesto della procedura di accertamento dell'età e nella sistemazione in condizioni repute inumane e degradanti. Lo stato della procedura può essere monitorato sul sito della Corte, www.echr.coe.int; ulteriori notizie anche sul sito dell'ASGI – Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione, www.asgi.it.

⁶² Esaminando l'istituto della tutela da una prospettiva che guarda al bacino dei suoi utenti (minori, adulti incapaci o condannati), JOELLE LONG, *L'istituto giuridico della “tutela” alla prova del tempo*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 596, ha sottolineato come, considerato che dalla fine degli anni novanta è aumentato esponenzialmente il numero dei minori stranieri non accompagnati, sia oggi questa la comunità minorile più numerosa alla quale si applicano gli artt. 343 ss. c.c.

fornito, innanzitutto, un riferimento sostitutivo indispensabile a consentirle di esercitare i suoi diritti in modo effettivo e appropriato, corrispondente cioè ai suoi specifici e individuali bisogni⁶³, per favorirne la crescita e l'integrazione nel paese di accoglienza.

In questa direzione si muove la legge in esame, che, all'art. 11, istituisce l'elenco dei tutori volontari, presso ogni Tribunale per i minorenni, con ciò mostrando la preferenza per tale opzione in luogo della scelta di un tutore istituzionale⁶⁴ (solitamente, il Sindaco o il responsabile della struttura di accoglienza, o altri enti pubblici di assistenza, a mezzo di propri delegati)⁶⁵. Al suddetto elenco possono essere iscritti privati cittadini, selezionati e adeguatamente formati dai Garanti regionali per l'infanzia e l'adolescenza, disponibili ad assumere la tutela di uno o più minori. La norma prevede, inoltre, la stipulazione di protocolli di intesa tra i Garanti e i Presidenti dei Tribunali per i minorenni per promuovere e facilitare la nomina dei tutori volontari. Al comma 2, stabilisce che si applichino le disposizioni del libro primo, titolo IX, del codice civile (ma, su questo punto, v. *infra*). Prima di esaminare il ruolo del tutore, che, nell'ottica del presente scritto, è quello che preme evidenziare, accenniamo soltanto alle questioni interpretative preliminari che la norma ha suscitato.

Un primo problema è sorto a causa di una mancata esplicita previsione circa l'organo giudiziario competente alla nomina del tutore. Nel silenzio della legge, sembrava essersi creata una sovrapposizione tra il Giudice tutelare, indicato dal codice civile per la nomina dei tutori, e il Tribunale per i minorenni, presso il quale invece, come si detto, è stato istituito l'elenco delle persone disponibili a ricoprire l'incarico. La posizione della Suprema Corte, che ha sostenuto questo orientamento, anche prima della entrata in vigore della legge

⁶³ Cfr. Trib. Minorenni Palermo, decreto 20 giugno 2018, in *DeJure.it*.

⁶⁴ *Ex art.* 354 c.c.

⁶⁵ Un tutore non istituzionale, distinto dai servizi e dai loro operatori, del resto, si trova nella condizione più adatta a far valere i diritti del beneficiario anche nei confronti dei servizi stessi che lo hanno in cura o in carico: così, LEONARDO LENTI, *Note critiche sull'istituto della tutela dei minorenni*, in *Fam. dir.*, 2017, p. 202, che reputa la figura del tutore istituzionale arcaica e poco aderente alle esigenze di protezione del soggetto debole. In tal senso, anche JOËLLE LONG, *op. cit.*, p. 598, per la quale la scelta dell'ente pubblico territoriale rende di fatto impossibile instaurare un rapporto personalizzato col minore. Sì che Trib. Minorenni Palermo, decreto 20 giugno 2018, cit., ha stabilito che, in mancanza di tutori volontari disponibili ad assumere l'incarico, va nominato tutore, in via provvisoria, il Sindaco del comune ove insiste la struttura di accoglienza, delegando però lo stesso a trasferire il minore in altra struttura ubicata in una zona che consenta la nomina di un tutore volontario. Solo col trasferimento, il minore potrà fruire della nuova figura, in maniera analoga a quanto accade per i moltissimi altri minori stranieri presenti sul territorio nazionale.

n. 47/2017⁶⁶, è stata successivamente superata da un intervento chiarificatore del legislatore, che ha accentrato tutte le competenze in materia di minori stranieri, e, dunque, anche la nomina dei tutori volontari, in capo ai Tribunali per i minorenni, nell'ottica di una razionalizzazione e snellimento delle procedure e una maggiore effettività dell'intervento assistenziale⁶⁷. La riconduzione al giudice specializzato di tutte le competenze in materia di minori stranieri si delinea come scelta più idonea anche per la maggiore capacità del giudice minorile di saper cogliere i reali bisogni del minore, in ordine a tutti gli aspetti che riguardano la sua vita – necessità di praticare un culto religioso, aspirazioni verso un certo tipo di formazione scolastica o professionale, gestione di tempi e modi della vita di relazione ecc. –, e di individuare il soggetto più idoneo a svolgere il *munus* di tutore⁶⁸.

Ha destato, poi, perplessità in dottrina il richiamo, operato dal comma 2 dell'art. 11 della legge n. 47/2017, alle disposizioni del libro primo, titolo IX, del codice civile, ossia quelle dedicate alla responsabilità genitoriale e ai diritti e doveri del figlio. È stato osservato come non fosse chiaro il senso di tale rinvio, laddove maggiormente pertinente sarebbe stato il richiamo al libro primo, titolo X, che contiene la disciplina dell'istituto della tutela⁶⁹. Ed invero, il decreto correttivo appena indicato⁷⁰ è intervenuto anche qui, modificando la norma nel senso dell'applicabilità del titolo X, capo I, del codice civile. Il punto, ora chiarito dal legislatore, consente, tuttavia, di svolgere alcune considerazioni sul ruolo e sulle funzioni della nuova figura del tutore volontario.

Le norme codicistiche sull'istituto della tutela, del resto, erano già state espressamente richiamate dal più volte citato art. 19 del d.lgs. n. 142/2015 (il testo sulla accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, novellato in vari punti dalla legge qui in esame), che, al comma 5, dispone che l'autorità

⁶⁶ Cass., 20 dicembre 2016, n. 26442, in *Fam. dir.*, 2017, p. 756 ss., con nota di CONCETTA MARINO, *La Cassazione si pronuncia sulla competenza per la nomina del tutore dei minori stranieri non accompagnati*; Cass., 12 gennaio 2017, n. 685, in *Foro it.*, 2017, I, c. 522 ss., con nota di BARBARA POLISENO, *La protezione internazionale del minore straniero non accompagnato e il farraginoso regime di competenza*; Cass., 26 aprile 2017, n. 10212, in *giustiziacivile.com*, 11, 2017, con nota di LUDOVICA GIULIANI, *Nomina del tutore del minore straniero non accompagnato da parte del giudice tutelare*.

⁶⁷ D.lgs. 22 dicembre 2017, n. 220, su cui v. NORIS MORANDI, *Le modifiche introdotte dal decreto legislativo 22 dicembre 2017, n. 220 in materia di tutela dei minori stranieri non accompagnati e nella procedura di esame della domanda di protezione internazionale*, in *Dir. immigr. cittad.*, 2018, 3, p. 11 ss.

⁶⁸ La scelta del tutore, attesa anche la gratuità dell'incarico, dovrà ricadere su persona motivata, sensibile e rispettosa della diversa identità del minore, di modo da poterlo condurre nel cammino verso una piena realizzazione della personalità, nei vari aspetti che la compongono.

⁶⁹ Così, CIRO CASCONI, *Brevi riflessioni in merito alla legge n. 47/17 (Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati): luci e ombre*, cit., p. 30, che concludeva nel senso di un evidente ed imperdonabile errore materiale del legislatore.

⁷⁰ V. *retro*, nota 67.

di pubblica sicurezza dia immediata comunicazione della presenza di un minore non accompagnato al giudice tutelare (ora al Tribunale per i minorenni, a seguito della recente modifica) per l'apertura della tutela e per la nomina del tutore, a norma degli articoli 343⁷¹ e seguenti del codice civile. La disposizione si coordina adesso con la legge n. 47/2017, che ha istituito l'elenco dei tutori volontari, al quale attingere per la scelta del soggetto da nominare. Il richiamo, allora, che inizialmente (ed, evidentemente, in maniera erronea) era stato operato alle norme in tema di responsabilità genitoriale – seppure, in effetti, tecnicamente non fosse del tutto pertinente⁷² – nondimeno aveva il pregio di aver posto l'accento sul diverso e più complesso ruolo⁷³ che il tutore volontario è chiamato a svolgere nei confronti di un minore che non è soltanto privo di adulti ai quali fare riferimento, ma si trova anche sradicato dall'ambiente di origine: un ruolo, che, nella sostanza, come ora vedremo, si avvicina più alla figura di un genitore⁷⁴, che a quella di un tutore nel senso tradizionale del termine⁷⁵.

⁷¹ L'art. 343 c.c. prevede l'apertura della tutela in favore del minore per il caso in cui entrambi i genitori siano morti o non possano esercitare la responsabilità genitoriale per altre cause. Per alcune schematiche precisazioni in merito alle diverse situazioni in cui può trovarsi un minore straniero (non accompagnato, accompagnato dai genitori, affidato a parenti, incluso in specifici programmi di cooperazione internazionale), cfr. PAOLO ODDI, BENEDETTA COLOMBO, *Il tutore del minore straniero accompagnato e non accompagnato*, in *ilfamiliarista.it*, 12 dicembre 2018.

⁷² Epperò, come ha osservato ROBERTO SENIGAGLIA, *Considerazioni critico-ricostruttive su alcune implicazioni civilistiche della disciplina sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati*, cit., p. 726 ss., il riferimento all'esercitante la responsabilità genitoriale, contenuto in altri passaggi della l. n. 47/2017, pare alludere ad un significato che non è quello strettamente rigido e tecnico del codice civile italiano, ma che è frutto della nozione accolta nel diritto europeo di matrice essenzialmente internazionalprivatistica, inclusiva anche di altre figure titolari di una situazione giuridica soggettiva sulla persona del minore o sui suoi beni.

⁷³ Ciò spiega anche la previsione di una specifica formazione delle persone interessate. Al riguardo, ritiene preferibile la figura di un tutore con preparazione legale, rispetto a privati poco avvezzi alla stratificazione normativa e istituzionale, ALESSANDRA CORDIANO, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*, cit., p. 1304. La necessità di plasmare la figura del tutore in funzione delle esigenze che caratterizzano la posizione del minore straniero non accompagnato deve orientare verso una formazione improntata ad un approccio interculturale e attento ai profili psicologici: cfr. CARLOTTA IPPOLITI MARTINI, *La protezione del minore straniero non accompagnato tra accoglienza e misure di integrazione*, cit., p. 400 e nota 41. Sul tutore volontario, v., da ultimo, Corte cost., 29 novembre 2018, n. 2018 (in G.U. 5 dicembre 2018, n. 48), che, nel rigettare la questione di legittimità costituzionale degli artt. 11 e 21 della l. n. 47/2017 sollevata dal giudice tutelare del Tribunale di Benevento, in ordine ad una presunta disparità di trattamento rispetto ai tutori delle persone incapaci italiane, ha rimarcato l'alto valore morale e sociale dell'adempimento di tale ufficio.

⁷⁴ Come ha sottolineato CARLOTTA IPPOLITI MARTINI, *op. cit.*, p. 399 s., il minore straniero reclama un supporto che, pur non potendo sopperire alle funzioni svolte da una famiglia, fornisca un'assistenza non limitata ai compiti di un tutore, ma si spinga a guidare il fanciullo nel difficile percorso che conduce all'età adulta e all'integrazione in un tessuto sociale che non gli è proprio.

⁷⁵ Figura, quest'ultima, al contrario, essenzialmente incentrata sul patrimonio e la sua conser-

Ed invero, sul piano concreto, l'assistenza e la rappresentanza legale del tutore volontario si specificano in una molteplicità di compiti, che restituiscono l'idea dell'ampiezza della funzione. La sua presenza, in tali vesti, percorre l'intera procedura di cui alla legge n. 47/2017, essendo prevista in tutte le fasi amministrative e giurisdizionali (identificazione, accertamento dell'età, rilascio del permesso di soggiorno, richiesta di asilo o di protezione internazionale, indagini familiari ecc.), al fine di sostenere il minore nell'articolato e complesso *iter* disegnato dalla legge. Ed, inoltre, il tutore è un indispensabile supporto per tutte le attività tese a rendere effettivo il godimento dei diritti fondamentali del minore, in particolare, quelli all'assistenza sanitaria e all'istruzione⁷⁶: dovrà occuparsi delle pratiche da sbrigare e vigilare sui percorsi di studio e formativi in cui il minore è inserito, interfacciandosi con i soggetti istituzionali preposti. Ancóra, egli deve costantemente monitorare le condizioni di sicurezza e accoglienza del minore (in strutture o famiglie affidatarie), gestire i rapporti con i servizi sociali, seguire l'attuazione del programma di protezione specificamente stabilito e amministrare l'eventuale patrimonio.

Non meno delicate appaiono le funzioni che attengono ad un profilo più squisitamente personale, quali, ad es., le scelte da compiersi in ambito medico, la prestazione del consenso ad eventuali trattamenti sanitari; oppure, le scelte riguardanti la formazione, come potrebbe essere, nella scuola dell'obbligo, l'opzione per l'insegnamento della religione cattolica, che presuppone la comprensione di quale sia l'orientamento religioso del minore. Con riguardo a quest'ultimo orientamento, si pensi anche alla necessità di garantire al minore la considerazione della sua fede, e dei precetti ad essa riferibili, all'interno delle famiglie affidatarie, e la possibilità di fruire di luoghi di culto corrispondenti al suo credo religioso; o, ancóra, la possibilità di beneficiare di assistenza spirituale o religiosa⁷⁷: scelte, tutte queste, particolarmente importanti, considerato l'inscindibile legame tra cultura e religione⁷⁸, e il peso che

vazione, che non pone sufficiente attenzione alle altre esigenze della persona, che sono, anzi, quasi ignorate, essendo la disciplina degli aspetti personali limitata a norme genericissime, poco articolate e povere di contenuto precettivo: sul punto, v. LEONARDO LENTI, *Note critiche sull'istituto della tutela dei minorenni*, cit., p. 198 s., che giudica oramai inadeguata tale disciplina, in un sistema orientato alla cura della persona del soggetto debole e, solo in via nettamente subordinata, alla cura del suo patrimonio.

⁷⁶ Così, CARLOTTA IPPOLITI MARTINI, *op. cit.*, p. 398.

⁷⁷ Sulla differenza, cfr. PIERLUIGI CONSORTI, *Libertà ed assistenza religiosa e spirituale nei Centri di identificazione ed espulsione*, cit., p. 75.

⁷⁸ Sul riconoscimento al fanciullo, ancor prima del raggiungimento della maggiore età, del diritto di scegliere liberamente la sua vita religiosa, cfr., per tutti, FRANCESCO FINOCCHIARO, sub *art. 19*, in GIULIANO AMATO, ALESSANDRO PACE, FRANCESCO FINOCCHIARO *Rapporti civili. Art. 13-20*, in *Comm. cost.* Branca, Zanichelli, Bologna, 1977, pp. 242 e 251 s., nonchè MARIO TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2010, 5ª ed., p. 306 ss.

entrambe hanno sullo sviluppo della identità del minore e sulla garanzia del rispetto della sua dignità di persona.

Il tutore deve, inoltre, garantire la presenza in ogni fase di ascolto, affinché, con l'ausilio del mediatore culturale, le opinioni, i desideri, le necessità, le aspettative del minore possano essere correttamente recepiti⁷⁹ e tenuti in debita considerazione nella elaborazione dei processi decisionali che lo riguardano.

Insomma, un ruolo variegato e complesso, nel quale, agli usuali poteri e doveri di un tutore si affiancano compiti nuovi e più inerenti ai profili essenziali della persona. In particolare, il dovere di «assistenza morale» gravante sui genitori, *ex art.* 147 c.c. che rimanda all'art. 315 *bis* c.c., al cui assolvimento essi sono tenuti nel rispetto delle capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni dei figli – dovere che certamente travalica i più circoscritti compiti di cura della persona affidati ad un tutore, e delimitati dagli artt. 357 e 371, comma 1, *sub* n. 1), c.c. –, sembra, invero, dover connotare anche la funzione del tutore volontario, che deve promuovere la crescita del minore straniero e favorirne l'inclusione nel nuovo contesto, nel rispetto della sua specifica identità culturale.

⁷⁹ Del resto, il riconoscimento della autodeterminazione del minore capace di discernimento e del “peso” della sua voce in ordine alle scelte inerenti alla sua vita è il portato di quella evoluzione di cui si è discusso in precedenza (v. *retro*, §§ 2 e 4). In particolare, quanto agli atti che costituiscono una estrinsecazione di libertà fondamentali della persona – e, dunque, riflettono la sua personalità e rappresentano il modo per una partecipazione alla vita di relazione consona ai suoi interessi ed esigenze – la dottrina più sensibile, ancor prima del compiersi della predetta evoluzione, era giunta a considerarli come slegati dalla regola dell'incapacità negoziale e ad ammettere l'interferenza del genitore o del tutore quando giustificata dalla funzione di educazione e di cura: cfr. CESARE MASSIMO BIANCA, *Diritto civile, I, La norma giuridica – I soggetti*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2002, p. 237 s. Da ultimo, in argomento, con riferimenti anche alla libertà religiosa del minore, v. MARIA PORCELLI, *Minori di età e rapporti giuridici non patrimoniali*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 581 ss.

*La prostituzione nel diritto dello Stato e della Chiesa*¹

PAOLO DI MARZIO

La parola “prostituzione” deriva dal verbo latino *prostitùere*, da pro = davanti, e statuere = porre; quindi: porre innanzi. Questa etimologia rappresenta la frequente condizione in cui la persona che si prostituisce è esposta (da altri) al possibile acquirente delle prestazioni sessuali.

Nel *diritto dello Stato* l’attività della prostituzione, cioè la vendita di prestazioni sessuali, non è di per sé vietata, sebbene sia considerata attività contraria al *buon costume*.

Sono invece vietate con sanzioni penali (art. 3, L. n. 75/1958) le attività di favoreggiamento, induzione e sfruttamento della prostituzione svolta da altri.

In relazione al profilo civilistico, il versamento del compenso a chi si prostituisce non è inteso come l’adempimento di una obbligazione civile perfetta bensì, al più, come l’adempimento di un’obbligazione naturale (art. 2034 cod. civ.), ne consegue che non è consentito a chi si sia prostituito agire innanzi al giudice dello Stato per conseguire il compenso. Tuttavia, se il compenso è stato elargito, poiché lo scambio di prestazioni sessuali verso un corrispettivo costituisce offesa al buon costume anche da parte del cliente, il denaro può essere trattenuto dalla persona che si è prostituita, senza che possa esserne conseguita la restituzione (art. 2035 cod. civ.).

La giurisprudenza della Cassazione si è dovuta occupare di una serie di casi pratici, ed ha dovuto decidere, ad esempio,

1) se i figli di una madre che si prostituisce debbano essere considerati in stato di abbandono e possano perciò essere dichiarati adottabili. La Suprema Corte ha statuito che “*ai fini della dichiarazione dello stato di adottabilità, l’esercizio della prostituzione da parte della madre è elemento di per sé non decisivo, in quanto anche una prostituta può essere capace di educare con-*

¹ Il presente scritto sintetizza i contenuti della relazione svolta al Convegno, organizzato dalla *Scuola di alta formazione e studi specializzati per professionisti* ed intitolato “*La prostituzione tra aspetti giuridici e canonici*”, tenutosi a Roma, presso l’Università San Tommaso D’Aquino “*Angelicum*”, il 16.11.2018.

venientemente i figli, quando sappia circondare del dovuto riserbo e distacco la sua attività, sì da impedire non soltanto che essi vengano a contatto con il torbido ambiente della prostituzione, ma anche che restino moralmente deformati o dalla assuefazione a considerarla alla stregua di ogni altra attività lecita o dalla consapevolezza della cruda riprovazione morale che, a causa della stessa, ricade sulla madre”, Cass. sez. I, sent. 13.7.1982, n. 4107;

2) se il licenziamento del lavoratore possa trovare una giusta causa nell’attività di prostituzione svolta dal dipendente, ed ha confermato la sentenza di appello, che aveva escluso la natura discriminatoria del licenziamento di un dipendente di un ente locale, poiché il recesso era stato intimato per sanzionare non il suo orientamento sessuale ma l’asserito discredito apportato all’ente datore di lavoro dall’attività di prostituzione, posta in essere dal lavoratore ed ampiamente pubblicizzata su siti internet, Cass. sez. L, sent. 22.6.2016, n. 12898;

3) se il compenso di chi si prostituisce debba essere soggetto a tassazione. La Cassazione ha in proposito statuito che *“in tema d’IRPEF, i proventi dell’attività di prostituzione svolta autonomamente sono assoggettabili ad imposta e sono riconducibili alla categoria dei redditi di lavoro autonomo, in caso di esercizio abituale, o a quella dei redditi diversi, in caso di esercizio occasionale, atteso che si tratta di prestazioni di servizi retribuite e, pertanto, di attività economica, peraltro, di per sé priva di profili di illiceità, a differenza del suo sfruttamento o favoreggiamento, i cui introiti, derivando da un reato, prima ancora che imponibili, sono confiscabili”, Cass. sez. V, sent. 27.7.2016, n. 15596.*

Nel diritto della Chiesa la prostituzione non risulta punita da norme recenti.

Il Catechismo dedica alla materia (capitolo terzo, sezione seconda, capitolo secondo), il punto 2355, che recita: *“La prostituzione offende la dignità della persona che si prostituisce, ridotta al piacere venereo che procura. Colui che paga pecca gravemente contro se stesso viola la castità, alla quale lo impegna il Battesimo e macchia il suo corpo, tempio dello Spirito Santo”*. Già al punto 2353, peraltro, il Catechismo, condanna come peccato grave (se non persino causa di scandalo, quando siano coinvolte persone giovani), la *“fornicazione”*, definita come *“l’unione carnale tra un uomo e una donna libera, al di fuori del matrimonio”* (punto 2355).

Nella Bibbia è Dio stesso che, rivolgendosi a Mosé ed impartendo le regole

morali per il popolo d'Israele, ammonisce “*Non profanare tua figlia, prostituendola, perché non si prostituisca la terra e non si riempia di oscenità*” (Levitico, 20: 29). Sempre nell'Antico Testamento si rinviene pure il divieto all'esercizio della prostituzione sacra (Deuteronomio, 23: 18)². Inoltre, nel libro dei Proverbi (6: 26; 7: 10 ss.; 23: 27 ss.), si biasima la prostituzione, che può assicurare solo un effimero guadagno, e si invita a non cedere alle arti della seduzione della donna non da bene³. Nel Vecchio Testamento sono narrate pure le storie di Tamar (Genesi, 38)⁴, che in realtà non era una prostituta, e di Rahab (Giosuè, 2-6)⁵, che aiutò i soldati d'Israele a conquistare Gerico, e fu compensata con una piena riabilitazione ed un matrimonio di prestigio, tanto da essere citata da San Paolo nella lettera agli Ebrei fra coloro che si salvarono per la fede. L'intero libro del profeta minore Osea, poi, tratta della prostituzione, specie in senso metaforico, creando una correlazione tra la vicenda umana del profeta, e la storia del suo popolo, Israele, che è infedele a Dio e perciò si prostituisce con altri dei. Il profeta è indotto da Dio a prendere in moglie una prostituta, Gomer, che gli darà tre figli, i quali porteranno i nomi di Izreel (nome di un campo di battaglia), Non amata e Non popolo mio. Ma Osea decide di far propria la strada di redenzione indicata da Dio, ed indica come salvarsi a Gomer, e pure ad Israele. Dopo la redenzione i suoi figli si chiameranno Amata e Popolo mio.

² Deuteronomio 23: 18, “*Non vi sarà alcuna donna dedita alla prostituzione sacra tra le figlie di Israele, né vi sarà alcun uomo dedito alla prostituzione sacra tra i figli d'Israele*”.

³ Bella l'espressione di Proverbi 6: 22, 23 “*Andando dietro a lei lo scioccherello, è condotto come un bue al macello*”.

⁴ Tamar era la sposa di Er, figlio di Giuda, a sua volta figlio di Giacobbe. Il marito morì senza che fosse nato alcun figlio da loro. Secondo la legge del Leviratico, il maggiore tra i fratelli del marito scomparso doveva congiungersi alla vedova, e generare un figlio che sarebbe stato considerato discendente dal fratello scomparso. Il compito toccava ad Onan, che però non intendeva adeguarsi, e pertanto disperdeva il seme. In sostanza praticava il c.d. coitus interruptus. Giuda avrebbe dovuto allora dare come marito a Tamar il suo terzo figlio, Sela, ma non lo fece. Tamar, allora, si pose lungo la strada da cui era solito passare Giuda, con il volto coperto, come erano aduse fare le prostitute di allora. Passò Giuda e si congiunse a lei, pattuendo in compenso una capra. Non avendola con sé, l'uomo lasciò alla donna propri elementi di riconoscimento, il suo sigillo, il bastone e il cordone. Tamar rimase incinta e Giuda non esitò a condannare la nuora al rogo. La donna, però, gli fece pervenire gli oggetti personali che lui le aveva lasciato, con il messaggio che appartenevano al padre dei gemelli che poi sarebbero nati. Giuda comprese di aver peccato. I gemelli si chiamavano Zerach e Perez. Quest'ultimo fu progenitore di Gesù.

⁵ Rahab era una “locandiera” della città di Gerico. Giosuè, morto Mosé, comandava il popolo di Israele giunto nella Terra Promessa, ed intendeva impadronirsi di Gerico. Inviò perciò nella città cananea due spie. Riconosciuti gli uomini come israeliti, il re di Gerico ordinò a Rahab di consegnarli. La donna, però, disse loro di sapere che il loro Dio, unico e vero – a differenza delle divinità cananee – aveva destinato quella terra al popolo d'Israele. Li nascose, perciò, e riuscì ad assicurare loro la fuga, chiedendo in cambio di intercedere per lei quando Gerico sarebbe stata conquistata. Così avvenne, e Rahab fu sposata da Salmon, divenne così trisavola di Davide e progenitrice di Gesù.

Nel Nuovo Testamento si rinviene innanzitutto la citazione di due donne che la tradizione induce ad indicare come “prostitute”: Tamar e Rahab, le quali appartengono addirittura alla genealogia di Gesù presentata dall’evangelista Matteo (Mt. 1: 1-17).

Inoltre Cristo, incontrando in casa di un fariseo una donna che la tradizione vuole dedita a peccati sessuali⁶, la quale gli cosparge i piedi di profumo e li asciuga con i suoi capelli, non la allontana e, apprezzando il suo pentimento, la loda perché aveva “molto amato”, e perdona i suoi peccati (Lc 7: 36, 50). L’atteggiamento di Cristo, che non nega a nessuno la redenzione, è chiaro pure in una espressione riportata dall’evangelista Matteo, quando, concludendo la parabola della vigna, afferma “*i pubblicani e le prostitute vi passeranno avanti nel regno di Dio ... infatti è venuto a voi Giovanni nella via della giustizia e non gli avete creduto; i pubblicani invece e le meretrici gli hanno creduto*” (Matteo 21: 31, 32).

Per la dottrina cattolica, quindi, alla condanna per l’attività della prostituzione, si unisce la misericordia per il peccatore, ed il premio per chi si converte.

⁶ Secondo la tradizione, non fatta propria in questo senso dall’insegnamento della Chiesa cattolica, si trattava di Maria Maddalena.

Alcune considerazioni sull'eticità della separazione tra diritto e morale

PAOLA B. HELZEL

1. La dialettica diritto e morale: una questione sempre aperta

Il rapporto tra diritto e morale è un tema classico ed allo stesso tempo controverso che attraversa, con tutta un'infinità di questioni, la filosofia del diritto¹. La stessa contrapposizione tra giusnaturalismo e positivismo giuridico discende proprio dall'estrema controversia su quale sia il metodo atto a ricostruire il rapporto tra diritto e morale. Infatti, la polemica circa «l'esistenza o meno di un vincolo concettuale tra diritto e morale [...] costituisce, apparentemente, il nucleo centrale della vecchia controversia tra giusnaturalisti e giuspositivisti»².

¹ Cfr., FRANCESCO D'AGOSTINO, *Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 25; GIORGIO PINO, *Diritto e morale*, in GIORGIO BONGIOVANNI – GIORGIO PINO – CORRADO ROVERSI (a cura), *Che cosa è il diritto. Ontologie e concezioni del giuridico*, Giappichelli, Torino, 2016, p.3; GIANFRANCESCO ZANETTI, *Introduzione al pensiero normativo*, Diabasis, Reggio Emilia, 2004, p. 95, sarebbe fuorviante – continua l'A., – «ritenere che gli antichi ad esempio Platone o Aristotele, avessero determinate idee o pensassero in un certo modo in tema di “rapporti fra diritto e morale”. Un'impostazione di questo genere sembrerebbe comportare che diritto e morale siano entità chiaramente e preliminarmente date, oggettive, non controverse, presenti necessariamente nella loro ben distinta alterità all'autocoscienza degli esseri umani [...]. Non è così. [...] È corretto sostenere che dal loro punto di vista era impossibile perfino porsi, semplicemente la domanda»; ALDO SCHIAVELLO, *Diritto, morale, positivismo giuridico: la storia infinita*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, n. V, 2005, p. 153, il tema dei rapporti «tra diritto e morale è uno di quei temi che un filosofo del diritto non può esimersi dall'affrontare. Anzi, non è azzardato affermare che proprio tale questione rappresenti l'oggetto *par excellence* della riflessione giusfilosofica».

² CARLOS SANTIAGO NINO, *Il diritto come morale applicata* (1994), trad. it., Giuffrè, Milano, 1999, p. 15; GUSTAVO VISENTINI, *Lezioni di teoria generale del diritto*, Cedam, Padova, 2000, p. 45, in cui l'A. sottolinea come «a partire dall'opposizione, concettualizzata dai sofisti, tra *physis*, supposta universale immutabile, e il *nomos* particolare e mutevole della città, la distinzione che ne consegue, del diritto naturale e del diritto positivo ha fornito, il *topos* privilegiato delle discussioni filosofiche del diritto»; FRANCESCO VIOLA, *Diritto e morale: una rilettura aggiornata*, in ALESSANDRO ROVELLO, VINCENZO VIVA (a cura), *Legalità ed etica pubblica*, Cittadella Editrice, Assisi, 2015, p. 78, in cui l'A. evidenzia

Un tema antico, come si diceva, presente già nel mondo greco, tanto che nel corso dei secoli si è finito con l'assurgere a simbolo la figura dell'Antigone di Sofocle, come colei che ha deciso di disobbedire all'editto di Creonte in nome di eterne leggi divine superiori a quelle umane³. Celebre è la frase di Antigone: «non pensavo che i tuoi decreti avessero tanto potere da consentire a un mortale di calpestare le leggi non scritte degli dei, che sono inviolabili. Perché esse non sono di oggi o di ieri ma vigono da sempre, e nessuno può dire quando siano apparse»⁴. La legge di Creonte è definita da Antigone un '*kerygma*', un comando a cui non può obbedire invocando il rispetto di leggi più alte, leggi giuste perché provenienti dagli dei, leggi che non possono mutare, ed è per questo non hanno bisogno della scrittura⁵. Anche per Platone, – come fa dire a Callicle – le leggi scritte sono fatte da uomini deboli, pure convenzioni, inventate dalla maggioranza al fine di difendersi dai più forti, mentre vi sono degli *agraphoi nomoi*, leggi non scritte che originano la loro legittimità nella loro eternità.

Si viene, così, a delineare uno iato radicale tra la «norma storicamente det-

come «la separazione tra diritto e morale è il criterio centrale per distinguere il giuspositivismo dal giusnaturalismo. Com'è noto, è una tesi centrale del giuspositivismo quella della separazione tra diritto e morale»; dispute razionalmente interminabili, come le definisce MAURO BARBERIS, *Dispute razionalmente interminabili. Ancora su giuspositivismo e giusnaturalismo*, in PAOLO COMANDUCCI, RICCARDO GUASTINI, (a cura), *Analisi e diritto 2006. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2007.

³ Cfr., GUSTAVO ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2008.

⁴ SOFOCLE, *Antigone*, in S. BETA (a cura), *Tragici greci*, Einaudi, Torino, 2000, pp.342-343. La storia è quanto mai nota, Creonte succede legittimamente ad Edipo nel regno di Tebe. I due fratelli di Antigone Eteocle e Polinice, si combattono, il secondo alleandosi con Argo per impadronirsi di Tebe. Entrambi vengono uccisi, ma mentre Polinice muore avendo combattuto contro Tebe, Eteocle per averla difesa. Da ciò, ad Eteocle vengono prestati gli onori funebri, mentre per Polinice, Creonte ne vieta la sepoltura sancendo, inoltre, la pena di morte per chiunque violi il suo editto. Tuttavia, Antigone si ribella all'editto di Creonte ed in nome delle leggi non scritte, fedele ai Numi, dà sepoltura al fratello Polinice. Antigone, infatti, argomenta la sua decisione di non obbedire all'editto di Creonte, sostenendo che «non è stato Zeus a proclamarla, quella legge, e nemmeno fu Dike che abita con gli dei di sottoterra ad imporla agli uomini. Per un approfondimento sull'eterno conflitto tra leggi scritte e leggi non scritte in Antigone rinvio a GIAN PIERO CALABRÒ, *Il bisogno dello Stato*, Pacini, Pisa, 2017, pp. 13-17; ENRICO TUROLLA, *Saggio sulla poesia di Sofocle*, Laterza, Bari, 1948, p. 61; FRANÇOIS OST, *Mosè, Eschilo, Sofocle*, (2004), trad. it., Il Mulino, Bologna, 2007, p. 173 ss.; GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Antigone e l'alba della legge*, in *La Repubblica* del 25 giugno 2003; EUGENIO RIPEPE, *Ricominciare da Antigone o ricominciare dall'Antigone? Ancora una volta sulla più antica lezione di filosofia del diritto*, in *Scritti in onore di Antonio Cristiani, omaggio della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 677-718.

⁵ Cfr., ANTONIO SCHIAVO, *Prospettive di una ricerca sulla legge naturale*, in *Divus Thomas*, n. 1, 1996, pp. 61 e ss., innanzi ad essa – continua l'A., – «ogni disposizione contraria non solo non può pretendere di obbligare legittimamente ma si presenta, per quanto fisicamente temibile, come atrocemente ingiusta».

tata e la norma il cui imperativo il singolo sente nella sua stessa coscienza»⁶.

Ciò comporta che i dibattiti sul rapporto tra diritto e morale sono contrassegnati dall'essere di frequente fuorviati da confusioni e fraintendimenti, che «talvolta sono così gravi da impedire di comprendere quali siano le tesi effettivamente sostenute dai contendenti e, di conseguenza, da ingenerare il sospetto che le controversie siano apparenti più che reali»⁷.

In realtà, tra diritto e morale vi sono molteplici connessioni sostanziali, fermo restando, però, che «diritto e morale vanno considerati come sistemi normativi, dotati di una rispettiva coerenza intrinseca»⁸. Esistono, di fatto, diverse ragioni per le quali la questione dei rapporti tra diritto e morale sembra onnipresente, ossia «diritto e morale condividono una parte importante dei loro *vocabolari* [...]. Oltre al vocabolario in senso stretto, diritto e morale condividono anche parte dei loro *universi simbolici* [...], e poi, condividono anche buona parte dei loro *contenuti*»⁹.

È fuor di dubbio che, in ogni tempo e luogo, lo sviluppo del diritto ha subito una profonda influenza dalla morale convenzionale, anche se occorre tener presente – come avverte D'Agostino – che da un punto di vista strettamente formale «il problema del rapporto tra due sistemi del genere ammette solo

⁶ TULLIO ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, in ID., *Problemi giuridici*, I, Giuffrè, Milano, 1959, p. 6; FABIO CIARAMELLI, *Il dilemma di Antigone*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 57 ss.

⁷ ALDO SCHIAVELLO, *Diritto, morale, positivismo giuridico: la storia infinita*, cit., p. 153. Di fatto, quando si riflette – osserva MAURO BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 42 – «sui rapporti tra diritto e morale è importante almeno precisare se si intende 'morale' nell'accezione di 'morale positiva' – cioè come una delle tante morali diffuse nella società – o in quella di morale 'critica' – cioè come una morale ideale elaborata da filosofi e moralisti a partire dalla critica delle stesse morali positive».

⁸ SERGIO COTTA, *Il diritto di fronte alla morale*, in AA.Vv., *Ordine morale e ordine giuridico. Rapporto e distinzione tra diritto e morale*, EDB, Bologna, 1985, pp.13 e ss.; vi sono molti tipi diversi di relazione – avverte HERBERT L. A. HART, *Il concetto di diritto* (1961), trad. it., Einaudi, Torino, 2002, p. 216 – «tra diritto e morale e non ve n'è nessuna che possa venire vantaggiosamente designata come la relazione fra di essi».

⁹ GIORGIO PINO, *op. cit.*, p.4; s. v., inoltre in merito, HERBERT L. A. HART, *op. cit.*, p.183; ancora FRANCESCO VIOLA, *La teoria della separazione tra diritto e morale*, in ID., *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milano, 1990, p. 668. È ovvio che tra diritto e morale si possono ipotizzare tre tipi di relazione: la connessione, la distinzione e la separazione. La *connessione* è rilevante quando è necessaria, in quanto tutti concordano che i contatti tra diritto e morale di fatto non mancano. Una *connessione* è necessaria quando nella definizione del diritto entrano a far parte elementi della morale (o viceversa), sicché sia impossibile definire l'una senza far ricorso all'altra. La *distinzione* implica che il diritto e la morale possano ricondursi ad un genere comune, di cui sono parti [...]. La *separazione* è significativa solo quando è totale, cioè quando diritto e morale sono concepiti come entità assolutamente eterogenee. Per esprimerci rozzamente, sono entità assolutamente separate l'albero e la pietra, ma non già l'ontano e la betulla. La separazione dovrebbe implicare l'appartenenza a piani ontici diversi o a statuti epistemologici differenti. Infatti, la separazione tra diritto e morale ha tradizionalmente alle sue spalle l'abissale divisione *humeana* tra essere e dover essere».

tre soluzioni: quella della reciproca irrilevanza e quelle del primato dell'uno dei due sull'altro»¹⁰. Pertanto, è possibile rappresentare tre grandi modelli. Il primo, riguardante il primato della morale sul diritto, abbraccia un'epoca ben definita che spazia dall'antichità al medioevo¹¹. In quest'arco di tempo, il pensiero greco prima, quanto quello cristiano successivamente ritenevano che tra diritto e morale vi fosse «unità categoriale, [...], nel senso che non si potesse pensare il diritto se non entro la categoria della morale. In sintesi: il diritto o è morale o non è diritto»¹². In questo contesto, la Bibbia rappresenta un esempio quanto mai illuminante di quanto affermato, poiché essa rispecchia il 'testo' per eccellenza in cui le norme morali ed i precetti in essa contenuti si sono tradotte in leggi «destinate a regolare la vita ed i rapporti di un popolo»¹³. Infatti, è proprio nella Bibbia che il «giurista trova ciò che può richiamare maggiormente il suo interesse» ossia il testo delle norme, il più delle volte «corredato da una motivazione, ma anche la descrizione della loro reale efficacia nei diversi momenti»¹⁴. Con le dovute differenze, inerenti ai tempi, il diritto in epoca medievale, con Sant'Agostino e San Tommaso, è ricondotto ad una dimensione meramente etica¹⁵. Pertanto, le leggi positive sono sempre considerate meta-positive, nel senso che per identificarle non vi è alcun «bisogno di accettare la volontà positiva del legislatore; esse esistono, per usare un linguaggio platonico, come 'idee'»¹⁶ e come tali hanno un'esistenza illimitata rispetto a quanto potrebbe apparire all'uomo comune che non è in grado di contemplarle. E ciò in virtù del fatto che «la loro ragion d'essere è percepibile universalmente dalla ragione, mentre quella di un mero decreto è contingente

¹⁰ FRANCESCO D'AGOSTINO, *op. cit.*, p. 27, le tre soluzioni, commenta ancora l'A., «possono essere delineate ricorrendo ad alcune considerazioni storico-sistematiche. Si può infatti sostenere che nella storia della cultura occidentale è possibile individuare tre grandi fasi, quella dell'età antica e medievale, quella dell'età moderna e infine quella dell'età contemporanea».

¹¹ Cfr., SERGIO COTTA, *Il diritto nell'esistenza*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 277 ss.

¹² SERGIO COTTA, *op. cit.*, p. 280.

¹³ PAOLA BARBARA HELZEL, *Morale e diritto nell'Antico Testamento*, in *De Cive*, n. 1, 1996, p. 65.

¹⁴ NICOLA JAEGER, *Il diritto nella Bibbia*, Edizioni Pro Civitate Christiana, Assisi, 1960, p. 25, e può anche, continua l'A., «trarre dall'esame compiuto una nozione più esatta delle esigenze assolute, proprie non solo degli ordinamenti ivi descritti, ma di ogni ordinamento giuridico che miri a raggiungere la perfezione».

¹⁵ Cfr., SERGIO COTTA, *op. cit.*, p. 282. Il Cristianesimo, continua ancora l'A., però «muta l'assetto generale della morale, poiché la nuova classe delle virtù teologali, riguardanti i rapporti dell'uomo con Dio viene sovraordinata a quella delle virtù cardinali, riguardanti la condotta puramente inter-umana. Il sistema filosofico cristiano della morale viene pertanto ad assumere una struttura più articolata e complessa di quella del mondo classico, ma anche più rispondente alle molteplici tendenze dell'esistente».

¹⁶ F. D'AGOSTINO, *op. cit.*, p. 30.

nel tempo e nello spazio»¹⁷. La ragione – seguendo San Tommaso – regola e misura le azioni umane ad un fine che è il bene comune e corrisponde alla legge del sovrano che governa una comunità perfetta¹⁸. Ovviamente, la legge a cui fa riferimento San Tommaso è la *lex aeterna*, che è la stessa ragione di Dio, in quanto reggitore dell'universo. Tale legge è il piano razionale della sapienza divina alla cui conoscenza tutte le creature possono accedere grazie alla sua irradiazione. In questo senso, la legge è giusta, vale a dire secondo la norma della ragione, in quanto emanazione diretta della *lex aeterna*. Pertanto, ne deriva che la legge positiva è valida solo in quanto intrisa di un alto valore morale. La dottrina tomista della *lex aeterna* connettendo «l'ambito della normatività, caro ai giuristi, con quello della atemporalità, caro ai teologi come ai filosofi moralisti, rappresenta la sintesi, a suo modo assolutamente geniale, non solo di tutta un'epoca del pensiero, ma anche di un approccio al nostro problema che continua ad essere obiettivamente affascinante»¹⁹. Appare, allora, evidente come per diversi secoli la morale abbia dettato le regole al diritto, nel senso che la radice morale sia stata imprescindibile per la vita del diritto.

Pertanto, ognuno dei tre modelli citati è suscettibile di gradazioni diverse. Diritto e morale possono essere tra loro più o meno connessi, più o meno distinti, più o meno separati. Tra l'altro una difficoltà di non poco conto riguarda il modo di concepire il diritto e la morale, in quanto «sotto questi termini si nascondono cose molto diverse tra loro. A quale di esse ci si riferisce quando si parla di 'diritto' e di 'morale? 'Diritto' sono le norme o, più in generale, i materiali giuridici, ma 'diritto' è anche un'attività, quella ad esempio, del porre norme giuridiche, di applicarle, di osservarle o di violarle»²⁰. Aspetti, decisamente, non trascurabili ai fini del nostro lavoro.

2. La dicotomia tra essere e dover essere

L'idea della separazione tra diritto e morale affonda le sue radici in quel pensiero illuministico che tra il '600 ed il '700 viveva il conflitto tra le concezioni giusnaturalistiche da una parte sostanzialiste dall'altra del diritto, e che solo in un secondo momento viene recepito dal positivismo giuridico «quale fondamento del principio di legalità nel moderno stato di diritto»²¹. Una netta

¹⁷ IBIDEM.

¹⁸ SAN TOMMASO, *Summa theologiae*, trad. it., Utet, Torino, 2000, 1, 2, q. 91, a.1.

¹⁹ FRANCESCO D'AGOSTINO, *op. cit.*, p. 31.

²⁰ FRANCESCO VIOLA, *La teoria della separazione tra diritto e morale*, cit., pp. 669-670.

²¹ LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 203.

separazione, che la cultura europea dell'800 individua tra il diritto 'qual è' ed il diritto "quale dev'essere". Il diritto, infatti, – come evidenzia D'Agostino – nell'età moderna ha il compito di «costruire il sistema delle azioni sociali»²², intese come azioni obiettive e verificabili, destinate ad essere sostenute dalla forza e dalla coercizione della sanzione, mentre alla morale è delegata la cura delle coscienze. Ciò perché, l'esperienza morale è essenzialmente legata all'individuo, mentre l'esperienza giuridica è connessa alla nozione di comunità²³. Una tale distinzione trova la sua conferma in sistemi speculativi articolati e complessi, che contrappongono una legislazione esterna sanzionabile – il diritto nello specifico – ad una legislazione interna – la morale – priva di una sanzione intesa in senso giuridico. Il carattere coercitivo dei precetti giuridici diviene, in altri termini, il distinguo del diritto dalla morale. In questo senso, il diritto non deve riprodurre i dettami della morale o i valori etico-politici, poiché è solo «il prodotto di convinzioni legali non predeterminate ontologicamente né assiologicamente»²⁴. Il diritto, dunque, è tale perché posto da un'autorità sovrana. Già Hobbes ribadiva come non fosse «la sapienza, ma l'autorità che fa la legge»²⁵, pertanto sia la morale che la giustizia non hanno valore, ma ciò che conta è solo il comando di quest'uomo artificiale, che è lo stato, il quale ha il potere di fare le leggi. Da ciò, ne deriva che il diritto naturale diviene un puro dettame della ragione che non costituisce alcun limite all'autorità dello stato, poiché l'unica vera fonte del diritto è lo stato e l'unica legge valida è quella emanata dal sovrano²⁶. Ma, Hobbes per poter dar fondamento alla sua teoria deve, necessariamente, prendere le mosse dal diritto naturale, giustificando «con un costante parallelismo tra leggi naturali e leggi civili i contenuti di quest'ultime»²⁷. Un paradosso – com'è stato ben evidenziato – comune a tutto il pensiero Illuministico il quale, da una parte tenta di

²² FRANCESCO D'AGOSTINO, *op. cit.*, p. 32.

²³ Cfr., ALESSANDRO PASSERIN D'ENTREVES, *La dottrina del diritto naturale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1980, p. 97.

²⁴ LUIGI FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 203.

²⁵ THOMAS HOBBS, *Dialogo tra un filosofo e uno studioso di diritto comune d'Inghilterra*, trad. it., Utet, Torino 1959, p. 397.

²⁶ Cfr., GIAN PIERO CALABRÒ, *La galassia dei diritti*, Marco Editore, Lungro-Cosenza, p. 28; in merito s.v. PAOLA BARBARA HELZEL, *L'attualità delle "categorie" hobbesiane nel pensiero politico-giuridico contemporaneo*, in *Le Corti Calabresi*, n.1, 2007, pp. 13-18.

²⁷ LUIGI FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 211; in questo senso per un maggior approfondimento rinvio a ARRIGO PACCHI, *Introduzione* in THOMAS HOBBS, *Leviatano*, trad. it., Laterza, Roma-Bari, 1992, p. XIV, in cui l'A., osserva che nel Leviatano vi è una «coestensione di legge naturale e legge civile, nel senso che la seconda non sarebbe altro che la prima, munita dell'elemento della coercitività»; NORBERTO BOBBIO, *Thomas Hobbes*, Einaudi, Torino, 1989, pp. 111e ss.; GIUSEPPE SORGI, *Quale Hobbes? Dalla paura alla rappresentanza*, Nuova Cultura, Roma, 2014, p. 89.

rintracciare nel diritto naturale i fondamenti dello stato ed i suoi principi di giustificazione esterna, mentre dall'altra si serve del diritto positivo per fondare, modellare e limitare il diritto statale come l'unico diritto vigente²⁸. Da ciò, il fondarsi del pensiero illuministico sull'idea dello stato e del diritto positivo non come "fini o valori in se stessi", quanto piuttosto come 'strumenti' di garanzia dei contenuti e dei valori ad essi dettati dal diritto naturale. Questo giustifica il perché lo stesso stato hobbesiano, pur in tutta la sua assolutezza, di fatto altro non è che uno strumento teso al fine di un *summum bonum* che Hobbes individua nell'aver salva la 'vita'²⁹. Quindi, se il fine è il *summum bonum*, allora «risulta chiaro il procedimento metodologico del pensiero hobbesiano», ossia l'applicazione di quella "geometria legale" che consente ad Hobbes di condurre un discorso estremamente rigoroso³⁰. Ma, se per un verso, la perfetta costruzione geometrica del modello hobbesiano permette di cogliere a pieno il carattere meramente strumentale della macchina statale, dall'altro ne sottolinea tutti i rischi ai quali si incorre nel momento in cui si identifica lo strumento con il fine. Ne consegue, quindi, la necessità di porre l'accento sul fine a cui tale costruzione è destinata, stabilendo i confini entro cui utilizzare tale strumento. Non dovrà, quindi, sembrare strano se, per poter affrontare la separazione tra diritto e morale secondo la prospettiva kelseniana, si prendono le mosse proprio da Hobbes.

Separazione che, allorché, letta nell'ottica dello stato costituzionale fa riaffiorare l'esigenza etica a cui neanche il diritto puro di Kelsen potrà sottrarsi.

Nei *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Kelsen sottolinea come l'intento della sua dottrina è quello di respingere «la concezione per cui il diritto come tale faccia parte integrante della morale, la concezione per cui ogni diritto, come diritto sia in un certo qual senso o in un certo qual grado morale»³¹, ma altresì, di rappresentare il diritto, così come è «senza legittimarlo come

²⁸ Paradossso messo in evidenza da NORBERTO BOBBIO, *Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Hobbes*, in AA.VV., *Studi in memoria di Gioele Solari*, Ramella, Torino, 1954, pp. 61-103, in cui l'A., sottolinea come Hobbes prende le mosse dalla legge naturale e giunge alla costruzione di una solida concezione positiva dello stato, pertanto Hobbes è giusnaturalista "di fatto", ma giuspositivista "di diritto".

²⁹ Cfr., GIAN PIERO CALABRÒ, *op. cit.*, p. 134.

³⁰ GIAN PIERO CALABRÒ, *Diritto alla sicurezza e crisi dello stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 39-40.

³¹ HANS KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), trad. it., Einaudi, Torino, 1970, p. 56, rappresentando il diritto, continua Kelsen, «come un particolare campo della morale si cerca di dare al diritto quel valore assoluto che spetta essenzialmente alla morale senza chiarire se, con ciò, si intenda soltanto quell'esigenza di per sé comprensibile per cui il diritto debba essere moralmente foggato, oppure se, con ciò, si voglia piuttosto intendere che il diritto, come parte costitutiva della morale, abbia realmente un carattere di moralità».

giusto o squalificarlo come ingiusto»³². In questo senso, compito della dottrina pura del diritto è, – seguendo il ragionamento di Kelsen –, quello di liberare il diritto da ogni incrostazione di natura etica, religiosa o sociale³³. Pertanto, Kelsen muove dalla distinzione del diritto, tanto dai «fatti della natura, quanto dai valori della morale e della giustizia»³⁴, osservando come «i primi sono fenomeni che appartengono alla sfera dell'essere, mentre il diritto appartiene alla sfera del dover essere», rilevando, altresì che «i secondi sono degli ideali irrazionali inaccessibili alla conoscenza, mentre il diritto è per sua natura essenzialmente conoscibile e razionale»³⁵. Ne deriva quindi, che una cosa è la norma morale, altra la norma giuridica. Infatti, – sottolinea Kelsen – se per natura, «s'intende la realtà empirica dell'evento concreto, in generale, o la natura particolare così com'è data nell'effettivo comportamento interno od esterno dell'uomo, [...] una dottrina che ritenga di poter produrre norme dalla natura risposa su un fondamentale errore logico»³⁶. Una tale natura è un insieme concatenato di fattispecie e come tale è un *Sein* e «da un essere non si può dedurre alcun dover essere (*Sollen*), così come da un fatto non si può dedurre una norma»³⁷. Ne consegue che all'essere «non può essere immanente alcun

³² HANS KELSEN, *op. cit.*, p. 59.

³³ Cfr., MARIO G. LOSANO, *Introduzione*, in HANS KELSEN, *Il problema della giustizia* (1960), trad., it., Einaudi, Torino, 1975, pp. XXIII, in realtà, commenta ancora l'A., Kelsen partendo da una tale premessa metodologica vuole fondare «una dottrina che, presentandosi come puramente descrittiva, vuole eliminare ogni giudizio di valore nell'esposizione del diritto».

³⁴ RENATO TREVES, *Prefazione all'edizione italiana del 1952*, in HANS KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 27; ancora in merito alla purezza del diritto s.v., MARIO G. LOSANO, *Saggio introduttivo*, in HANS KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), trad. it., Einaudi, Torino, 1966; NORBERTO BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, a cura di TOMMASO GRECO, Giappichelli, Torino, 2012; Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, a cura di TOMMASO GRECO, Giappichelli, Torino, 2014; FRANCESCO VIOLA, *Concezioni dell'autorità e teorie del diritto*, Japadre, L'Aquila, 1982, pp. 133-165; LUIGI FERRAJOLI, *Logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza, Roma-Bari, 2016; BENIGNO MANTILLA PINEDA, *Essere e dover essere in Hans Kelsen*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1966, pp. 745-760; GIORGIO BONGIOVANNI, *Il diritto come dover essere (Sollen) in Hans Kelsen*, in GIORGIO BONGIOVANNI, GIORGIO PINO, CORRADO ROVERSI (a cura di), *Che cosa è il diritto*, cit., p. 172; PIERLUIGI CHIASSONI, *Da Bentham a Kelsen*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 386; TOMMASO GAZZOLO, *Essere e dover essere. Saggio su Hans Kelsen*, Franco Angeli, Milano, 2016, p. 99; FEDERICO LUJOL, *La positività del diritto. Saggio su Hans Kelsen*, Arane, Roma, 2001, p. 31 ss.

³⁵ RENATO TREVES, *op. cit.*, p. 27.

³⁶ HANS KELSEN, *Il problema della giustizia*, cit., p. 72.

³⁷ IBIDEM. In merito alla distinzione tra *Sein* e *Sollen* in Kelsen rinvio a GIACOMO GAVAZZI, *Validità ed effettività*, in CARLO ROEHRSS (a cura di), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Firenze, 1993, p. 81 ss., in cui l'A., evidenzia come «*Sein* e *Sollen* sono assunti da Kelsen come due categorie primitive del pensiero, assolutamente evidenti e radicalmente diverse. [...] *Sein* e *Sollen* sono in buona sostanza categorie formali, perché mentre esse sono (o sarebbero) un dato immediato della nostra coscienza, tali non sono invece i loro rispettivi contenuti»; NORBERTO BOBBIO, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., p. 45 ss.

dover essere, né ai fatti alcuna norma, né alla realtà empirica alcun valore»³⁸ e solo affiancando un dover essere all'essere, le norme ai fatti è possibile giudicare i secondi in base ai primi e quindi valutare se quel dato sia conforme ad una data norma, oppure se è in contrasto con essa. In questo senso, la dottrina kelseniana sembra non dare adito a fraintendimenti, in quanto essere e dover essere, realtà e valori appartengono a sfere distinte e come tali si muovono su livelli separati³⁹. Infatti, secondo Kelsen, in ambito giuridico non esistono “*mala in se*”, ma solo “*mala prohibita*”, in altre parole non esistono comportamenti che siano malvagi per natura, ma solo dei comportamenti che sono definiti illeciti da una data norma che li qualifica come tali⁴⁰. Per cui, il continuo e costante sforzo di Kelsen, consiste proprio nel far sì che la norma giuridica, non venga intesa come imperativo al pari di quella morale, bensì come giudizio ipotetico che esprime il rapporto esistente tra fatto e conseguenza del fatto. La norma giuridica diventa così per Kelsen la proposizione giuridica che esprime la forma fondamentale della legge. Ciò mette, ancora una volta, in risalto come la teoria kelseniana neghi radicalmente ogni prospettiva naturalistica che possa supporre l'esistenza di un diritto giusto immanente alla natura, rappresentando, in tal modo, «il positivismo portato alle estreme conseguenze»⁴¹. In questo modo, la dottrina pura del diritto perviene alla cancellazione di quel dualismo giusnaturalistico tra diritto di natura e diritto

³⁸ HANS KELSEN, *Il problema della giustizia*, cit., p. 72.

³⁹ Cfr., FRANCESCO GENTILE, *Il problema del rapporto tra operatività e fondamento delle norme nel pensiero kelseniano*, in CARLO ROEHRSEN (a cura), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, cit., pp. 100-101; GIORGIO BONGIOVANNI, *Il diritto come dover essere (sollen) in Hans Kelsen*, cit., p. 170.

⁴⁰ Cfr. HANS KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), trad. it., Etas, Milano, 1994, p.51, per cui, continua Kelsen, «se dobbiamo definire il concetto di illecito secondo i principi di una teoria pura del diritto, allora le “le intenzioni dell'ordinamento giuridico” o lo “scopo del legislatore” possono venir inclusi nella definizione soltanto nella misura in cui siano espressi nel materiale prodotto mediante il procedimento di creazione del diritto, in cui siano manifestati nel contenuto dell'ordinamento giuridico. Il concetto di illecito non sarebbe altrimenti un concetto giuridico»; ed ancora in merito s.v., CARLOS SANTIAGO NINO, *Introduzione all'analisi del diritto* (1980), trad. it., Giappichelli, Torino, 1996, p. 155, in cui Nino osserva come per Kelsen «il dualismo tra *mala in se* e *mala prohibita* non è altro che una delle conseguenze del dualismo capitale della filosofia del diritto tradizionale fra diritto naturale e diritto positivo. Gli atti che sono in se stessi cattivi sarebbero contrari al diritto naturale, quelli che sono cattivi solo in quanto proibiti sarebbero contrari al diritto positivo. Ma respingendo il dualismo tra diritto naturale e diritto positivo, sulla base dell'impossibilità di verificare scientificamente le affermazioni in termini di diritto naturale, Kelsen deve ovviamente respingere la rilevanza per la scienza giuridica degli atti chiamati *mala in se*. La scienza del diritto deve occuparsi soltanto dei comportamenti proibiti dal diritto positivo».

⁴¹ NORBERTO BOBBIO, *Le fonti del diritto in Kelsen*, cit., p. 108, in quanto, continua Bobbio, «ciò che caratterizza il positivismo giuridico lungo tutta la sua storia è la considerazione del diritto, sempre inteso come norma o insieme di norme, sotto specie di qualche cosa che è stato prodotto, di un oggetto e di un effetto di una produzione umana, storica, convenzionale, se non addirittura artificiale».

positivo, riconducendo tutta l'esperienza giuridica al solo diritto positivo. In altre parole, per Kelsen, diritto è solo il diritto positivo, vale a dire, quel diritto posto e fatto valere con la forza⁴².

Ma, continua Kelsen, se dovessimo definire «il diritto come un ordinamento coercitivo creato dalla morale o dalla legislazione»⁴³ ed ammettessimo che tale ordinamento non è, per sua stessa natura, necessariamente giusto, allora dovremmo considerare la giustizia come un concetto diverso da quello del diritto. Infatti, mentre il concetto di diritto indica una specifica tecnica di organizzazione sociale, l'idea di giustizia rappresenta un valore morale⁴⁴.

La questione della giustizia diviene, allora, per Kelsen un problema prioritario da risolvere, in quanto espressione del carattere metafisico fondamentale messo in atto dalla dottrina del diritto naturale e, come tale, rischia di ostacolare la costruzione di una reale scienza del diritto positivo⁴⁵. Nei *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Kelsen scrive che la scienza del diritto deve essere distinta dalla filosofia della giustizia, nella consapevolezza che «è difficile liberare il concetto del diritto dall'idea della giustizia, perché entrambi sono costantemente confusi nel pensiero politico e nel linguaggio corrente»⁴⁶. Ed una tale confusione non fa altro che contribuire a far apparire il diritto positivo come giusto. Il continuo sforzo di tenere separati diritto e giustizia potrebbe far sorgere il sospetto che si voglia negare la necessità che il diritto positivo debba essere giusto, ma di fatto l'intento di Kelsen è solo quello di chiarire come la dottrina pura del diritto non possa dare delle risposte al problema se

⁴² HANS KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 115. Per il filosofo praghese «il diritto è sempre positivo, e la sua positività risiede nel fatto che esso è creato ed annullato da atti di esseri umani, ed è quindi indipendente dalla morale e da analoghi sistemi normativi. È questa la differenza fra il diritto positivo e il diritto naturale, il quale, come la morale, è dedotto da una norma fondamentale possibilmente evidente di per sé, considerata come espressione della volontà della natura o della ragion pura»; NORBERTO BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino, 1958, p. 32; in questo senso, commenta MATTEO BONOMI, *L'etica nel positivismo giuridico. Doveri e responsabilità nella Dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*, in *Lessico di etica pubblica*, n. 2, 2014, «diritti soggettivi, potere, responsabilità, interesse, personalità, non hanno un valore intrinseco, ma dipendono interamente dal dover-essere, in quanto possibilità istituite dalla norma che le prescrive. Tutte queste possibilità non esistono prima dell'ordinamento giuridico, che le istituisce nella misura in cui le legittima e le protegge. La stessa libertà degli individui dipende da questo dovere», p.108.

⁴³ HANS KELSEN, *L'anima e il diritto* (1936), trad. it., Edizioni Lavoro, Roma, 1989, p. 93.

⁴⁴ IBIDEM. In realtà, osserva AGOSTINO CARRINO, *Kelsen e la critica dell'ideologia*, in HANS KELSEN, *L'anima e il diritto*, cit., p. X, il problema della giustizia per Kelsen «è solo un problema mal posto: esso concerne le convinzioni individuali e le regole dell'agire autonomo dell'individuo, non la struttura eteronoma del diritto. Diritto e giustizia sono problemi che ricadono in ambiti differenti, l'uno è un problema di tecnica sociale, l'altro un problema di morale individuale».

⁴⁵ Cfr., ADRIANO BALLARINI, *L'ordine giuridico moderno. Interpretazione della Dottrina pura del diritto in Kelsen*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 55.

⁴⁶ HANS KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 174.

un «diritto determinato è o non è giusto»⁴⁷, né tanto meno rispondere al quesito di cosa costituisca la giustizia. La giustizia, infatti, è una qualità dell'ordine sociale e quindi definire un ordinamento sociale giusto, significa dire che questo regola il comportamento umano in modo soddisfacente, tale che tutti gli uomini vi trovino la loro felicità.

Ciò in considerazione del fatto, che «l'aspirazione alla giustizia è l'eterna aspirazione degli uomini alla felicità»⁴⁸, felicità che l'uomo può raggiungere, in senso aristotelico, solo all'interno della società. La giustizia, dunque, corrisponde alla felicità sociale, «la felicità garantita da un ordinamento sociale»⁴⁹. Naturalmente, sottolinea ancora Kelsen, non può esistere nessun ordine giusto che dia la felicità a tutti gli uomini, se si intende la felicità in senso individuale, ma piuttosto occorrerebbe darle un significato oggettivo-collettivo, come «la soddisfazione di certi bisogni riconosciuti dall'autorità sociale, meritevoli di essere soddisfatti»⁵⁰. Ma, a questo punto si pone il problema di chiarire quali siano i bisogni degni di essere soddisfatti. La soluzione di tali problemi è per Kelsen, un giudizio di valore, come tale determinato da fattori emozionali, e quindi soggettivo, valido, cioè, solo per il soggetto che giudica, e come tale «relativo come lo è ogni giudizio di valore»⁵¹. È, anche vero che la maggior parte degli individui concorda nei giudizi di valore, in quanto un sistema positivo di valori è sempre il risultato della reciproca influenza che esercitano gli individui tra loro in un determinato gruppo sociale. Ciò deriva dal fatto che – seguendo il ragionamento di Kelsen – ogni sistema di valori, soprattutto un sistema morale con la sua idea di giustizia, è un fenomeno sociale⁵². Tuttavia, il dato che vi siano valori generalmente condivisi in una società non elimina, altresì, il loro carattere relativo⁵³. In altri termini, vi sono, secondo il filosofo praghese, troppe idee di giustizia perché si possa parlare di giustizia. La giustizia, allora, è un ideale irrazionale e l'affermazione che esista una

⁴⁷ IBIDEM.

⁴⁸ IBIDEM.

⁴⁹ HANS KELSEN, *L'anima e il diritto*, cit., p. 94.

⁵⁰ HANS KELSEN, *op. cit.*, p.95.

⁵¹ HANS KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 175.

⁵² HANS KELSEN, *L'anima e il diritto*, cit., p.100. È il prodotto di una società, commenta ancora l'A., «e perciò è diverso a seconda della natura della società entro la quale sorge».

⁵³ IBIDEM; ed ancora in merito AGOSTINO CARRINO, *Kelsen e la critica dell'ideologia*, cit., pp. X-XI, in cui l'A. osserva come per Kelsen il problema è il relativismo dei valori, poiché «non è possibile decidere razionalmente quale, tra il valore della libertà e quello dell'eguaglianza, ad esempio, sia il valore oggettivamente superiore, perché ciò dipende unicamente dalla combinazione casuale delle motivazioni psichiche interne di ogni singolo. È solo l'espressione di un bisogno psichico voler giustificare una propria scelta di valore soggettivo appellandosi ad una norma di giustizia oggettiva universalmente valida».

cosa chiamata giustizia, ma che, di fatto, non può essere chiaramente definita, diviene «un'affermazione di per se stessa contraddittoria»⁵⁴. Ed anche se risulta indispensabile per l'azione e per la volontà degli uomini, di fatto, non costituisce un oggetto di conoscenza. Per la conoscenza razionale, la giustizia crea dei conflitti di interesse la cui risoluzione dipende o da un ordinamento che soddisfi un interesse a spese di un altro, o da un ordinamento che cerchi di stabilire un compromesso fra i due⁵⁵. Ma, non è compito della conoscenza razionale stabilire quale dei due ordinamenti sia quello giusto, essa può «cogliere soltanto un ordinamento positivo risultante da atti oggettivamente determinabili». E tale ordinamento è il diritto positivo, l'unico che può essere oggetto di scienza, mentre la giustizia si oppone in maniera «inconciliabile con la positività»⁵⁶. Nonostante tutto, l'uomo continua a portare avanti la sua «idea di giustizia come se fosse la sola corretta e assolutamente valida»⁵⁷, sostenendo, così, che il giudizio di valore soggettivo è un giudizio oggettivamente valido e presentando la giustizia come un'istituzione giuridica voluta dalla natura. La norma di giustizia, allora, costituendo il fondamento di un valore assoluto non può che derivare da un'autorità trascendente e come tale si contrappone al diritto positivo. Si avrà, pertanto, il dualismo tra «un ordinamento trascendente, non statuito dagli uomini e ad essi sovraordinato, ed un ordinamento statuito da uomini, cioè un concreto ordinamento positivo»⁵⁸. La necessità, più che legittima, degli uomini di giustificare razionalmente i propri atti emotivi, è così forte, osserva Kelsen, che si cerca di appagarla «anche a costo di un autoinganno»⁵⁹. In questo caso, l'autoinganno è dato dalla volontà

⁵⁴ HANS KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 179.

⁵⁵ *IBIDEM.*

⁵⁶ HANS KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 408.

⁵⁷ HANS KELSEN, *L'anima e il diritto*, cit., p.100, una tale affermazione, continua l'A., «presuppone che una regolazione perfettamente giusta del comportamento umano procede dalla 'natura', cioè dalla natura delle cose o dalla natura dell'uomo, specialmente dalla ragione umana o dalla volontà di Dio come creatore del mondo. In un tale assunto risiede l'essenza della dottrina del cosiddetto diritto naturale. Questa dottrina afferma che c'è un ordinamento delle relazioni umane diverso e più alto del diritto positivo, assolutamente valido e giusto perché emana dalla natura, in particolare dalla ragione umana o dalla volontà di Dio».

⁵⁸ HANS KELSEN, *Il problema della giustizia*, cit., p. 69, è il tipico, continua l'A., «dualismo d'ogni metafisica: una sfera empirica ed una trascendente, che trova la sua espressione classica nella dottrina platonica dell'Idea e che sta alla base della teologia cristiana sotto forma del dualismo fra aldiquà e al di là e fra uomo e Dio».

⁵⁹ HANS KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p.8, e la giustificazione, continua Kelsen, «razionale di un postulato basato su un giudizio soggettivo di valore, cioè su un desiderio, quale, ad esempio, quello che tutti gli uomini siano liberi, o che tutti gli uomini siano trattati egualmente, è un autoinganno o un'ideologia, il che costituisce press'a poco la stessa cosa. Tipiche ideologie di questo genere sono le affermazioni che un qualche fine ultimo, e quindi un qualche regolamento determinato

di voler giustificare razionalmente un postulato basato su un giudizio soggettivo di valore, in altri termini, su un desiderio. Ma, un ordinamento che si basasse su tali giudizi di valore dovrebbe riferirsi ad un ordinamento diverso da quello positivo, «più alto e assolutamente valido e giusto», poiché diretta emanazione della natura o, ancor più, della volontà di Dio. Ne consegue, che un ordinamento così inteso, produrrebbe norme aventi lo stesso carattere delle regole giuridiche prodotte da un legislatore, con la differenza, però, che mentre quest'ultimo è dedotto dalla natura mediante un'operazione mentale, il diritto positivo è creato da un legislatore, ossia, è messo in atto dalla volontà dell'uomo. Esaminando attentamente la natura dell'uomo è possibile trovarvi «le norme che regolano l'agire umano in modo conforme a natura e quindi perfettamente giusto», ma nello stesso tempo ci si accorge come esse siano per lo più delle formule vuote del tipo «a ciascuno il suo», o delle tautologie prive di significato come l'imperativo categorico. Infatti, la formula «a ciascuno il suo» non risponde alla domanda fondamentale per l'applicazione della stessa norma, vale a dire che cosa è il suo che spetta a ciascuno, «ciò che è il suo diritto»⁶⁰. E, poiché ciò che spetta a ciascuno, afferma Kelsen, «è ciò che gli deve essere attribuito», la formula «a ciascuno il suo» si risolve nella ripetizione che «a ciascuno deve essere attribuito ciò che deve essergli attribuito»⁶¹. In altri termini, tutte le formule che definiscono la giustizia, ritengono che esista una risposta, come se fosse scontata. Ciò non è assolutamente vero. La giustizia, quindi, è un ideale irrazionale, ossia, «non è suscettibile di conoscenza»⁶². La conoscenza razionale riconosce come valido solo l'ordinamento positivo, l'unico in grado di assicurare la pace sociale ai suoi sudditi. Tuttavia, è anche vero che vi è la tendenza ad associare l'ideale della giustizia con quello della pace, in altre parole, se non è possibile realizzare un ideale di giustizia perfetta, per lo meno si può tentare di creare un ordine sociale che garantisca la pace. Un tale ordine rappresenta un valore sociale giusto. In questo senso, quindi diritto e giustizia si identificano, poiché «se il diritto è giustizia perché garantisce la pace, allora è giusto applicare il diritto»⁶³, sarebbe ingiusto non applicarlo ogni qual volta esso deve essere applicato.

Tutto ciò fa sì che il concetto di giustizia sia soggetto a mutamenti di significato, giustificati forse, dal tentativo di voler «rimuovere il problema della

del comportamento umano derivi dalla 'natura', cioè dalla natura delle cose o dalla natura dell'uomo, dalla ragione umana o dalla volontà di Dio».

⁶⁰ HANS KELSEN, *Il problema della giustizia*, cit., p.17.

⁶¹ HANS KELSEN, op. ult. cit., p.18.

⁶² HANS KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p.13.

⁶³ HANS KELSEN, *L'anima e il diritto*, cit., pp. 104-105.

giustizia dal malsicuro regno dei giudizi soggettivi di valore» e fondarlo sul terreno sicuro di un determinato ordinamento⁶⁴. Sarà, dunque, 'giusto' che una norma generale venga effettivamente applicata in tutti quei casi in cui risulta necessario applicarla, viceversa sarebbe 'ingiusto' applicarla a seconda dei singoli casi. La giustizia, così concepita, deve intendersi come legalità, «una qualità che non si riferisce al contenuto di un ordinamento positivo, bensì alla sua applicazione»⁶⁵. In questo senso, la giustizia è «secondo il diritto» e si riferisce al mantenimento di un ordinamento positivo mediante la sua applicazione. La giustizia «secondo il diritto» è giustizia identica al diritto e pertanto il diritto, in questo senso, è sempre giusto.

3. L'eticità del diritto positivo

Fin qui Kelsen costruisce una dottrina della giustizia funzionale a quella geometria legale di cui egli è uno dei più grandi interpreti. Una costruzione che, sul piano prettamente formale, raffigura un sistema normativo perfettamente coerente con i presupposti assunti. Tuttavia, quest'architettura, per quanto suggestiva nella sua coerenza logico-formale, si infrange dinanzi a ciò che nella sua concretezza è stato, a ragione assunto, come l'atto tombale del formalismo kelseniano: il processo di Norimberga e le interpretazioni fra loro incrociate, che ne hanno dato da una parte Schmitt nei panni del vinto e dall'altra Kelsen nei panni del vincitore⁶⁶. Il processo di Norimberga, infatti, ha scandito la fine del principio di legalità dello stato legislativo, giustiziando il diritto positivo e segnando «la metamorfosi del diritto naturale in giustizia politica»⁶⁷. Ciò ha decretato il «passaggio dal sistema di legalità formale propria dello stato liberale, ove la legalità fungeva anche da legittimità, a quel sistema di legalità per valori» da cui poi si è originato lo stato di diritto materiale o costituzionale⁶⁸. L'analisi del processo di Norimberga condotta dai due giuristi sembra creare una inversione di posizioni tra decisionismo e normativismo. Se Carl Schmitt fa suo il principio cardine del garantismo penale *nullum crimen sine lege* per opporsi alla trasformazione di ogni guerra

⁶⁴ HANS KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p.14.

⁶⁵ HANS KELSEN, *L'anima e il diritto*, cit., p. 105.

⁶⁶ Cfr., GIAN PIERO CALABRÒ, *Il processo di Norimberga tra diritto naturale e giustizia politica*, in ANTONIO TARANTINO, RITA ROCCO (a cura di), *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione*, Giuffrè, Milano, 1998.

⁶⁷ ALFONSO CATANIA, *Manuale di filosofia del diritto*, Esi, Napoli, 1995, p. 23.

⁶⁸ ANTONIO BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 285.

in guerra civile in cui si ha la criminalizzazione dell'avversario, Hans Kelsen, viceversa fa appello ad un principio più alto che serve a giustificare la retroattività di alcune norme penali, consentendo, così, la punizione dei criminali di guerra e trasformando la responsabilità morale in responsabilità giuridica⁶⁹. Secondo, Kelsen, infatti, la giustificazione della retroattività della legge, si basa sul presupposto che un atto, che al momento del suo compimento fosse moralmente ingiusto, anche se non giuridicamente, potrebbe essere sanzionato da una legge *ex post facto*.

Una legge siffatta, continua Kelsen, «non è contraria all'idea morale che è alla base del principio in questione»⁷⁰. Ciò è vero soprattutto nel caso dei trattati internazionali che sanciscono una responsabilità penale nei confronti degli autori di atti criminali di guerra, anche se tali atti erano giuridicamente leciti al tempo della loro commissione, i quali hanno forza retroattiva, ma in fondo non farebbero altro che trasformare una indiscutibile responsabilità morale in responsabilità giuridica. In questo senso, è possibile ravvisare una 'frattura' nel pensiero kelseniano, fondato, come abbiamo finora visto, sulla rigida separazione tra diritto e morale. Questo, non significa che Kelsen metta in discussione la sua dottrina pura del diritto per abbracciare una visione naturale del diritto, ma ci consente di rileggere e ripercorrere la separazione tra diritto e morale alla luce di una diversa e più profonda riflessione. In realtà, la separazione tra diritto e morale in Kelsen non è poi così rigida come sembrerebbe in un primo momento. Probabilmente – sottolinea Carrino, si commette l'errore frequente di voler considerare la teoria kelseniana come solo giuridica o politica, e non anche una filosofia morale – l'ambiguità, a volte evidente, della teoria kelseniana deve essere ricercata in quella matrice ebraica del giurista praghese basata «*ab origine* sulla mancanza di un fondamento, sul destino del nomadismo, dell'esilio»⁷¹. Tali radici si ricollegano alla concezione arcaico-religiosa «della legge come trascendenza della parola sull'azione», ovvero, sulle vicende umane e sugli sconvolgimenti della storia, «della regola sulla storia, della forma sul fatto, del dover essere sulla mobilità, l'instabilità, l'insicurezza della realtà conflittuale e contraddittoria dell'essere;... dell'ordine

⁶⁹ GIAN PIERO CALABRÒ, *La galassia dei diritti*, cit., p. 113.

⁷⁰ HANS KELSEN, *La pace attraverso il diritto* (1944), trad. it., Giappichelli, Torino, 1990, p. 118.

⁷¹ AGOSTINO CARRINO, *Kelsen e la critica dell'ideologia*, cit., p. XIII, «la sua teoria», commenta ancora l'A., «si offre così, alla comprensione critica consapevole delle complesse e articolate coordinate spirituali del tempo della crisi e della angoscia nichilistica per la nicciana svalutazione di tutti i valori, come una radicale autoriflessione scientifica e del pensiero all'altezza del dissolvimento di ogni nesso organico comunitario in senso tradizionale e dell'emergere di un'attenzione nuova per il valore di ciò che è normativo, di ciò che deve essere nella dimensione di una pura spiritualità come valore pieno solo di ragione e senza residui di naturalità contingente».

sul disordine»⁷². Solo partendo da questo assunto si è in grado di comprendere il significato profondo ed autentico della risoluzione di Dio in natura e dello stato in pura norma⁷³.

Il rapporto Dio e natura, per Kelsen è un «problema fondamentale della teologia», del tutto corrispondente «alla questione centrale della dottrina dello Stato, al problema del rapporto tra Stato e diritto»⁷⁴. Infatti, «il concetto dello Stato uno-unico della dottrina del diritto corrisponde [...] sopra tutto e in particolare al concetto del Dio uno-unico della teologia giudaico-cristiana»⁷⁵. Tali concetti – come evidenzia Riccobono – originano da un'ipostasi, ossia Dio del mondo e lo Stato dell'ordinamento giuridico, un dare «sostanza all'insieme di relazioni osservabili nel mondo naturale e nel mondo sociale e dal proiettare il prodotto di tale sostanzializzazione in un immaginario strato superiore dell'essere»⁷⁶. In questo senso, Dio e Stato sono concetti affini, la cui caratteristica fondamentale e comune è la 'trascendenza'. Infatti, nella dottrina generale lo Stato è un'entità che trascende il diritto, mentre nella teologia cristiana Dio trascende il mondo, nel senso che è 'sovramondano'⁷⁷. Questo significa che dinanzi alla limitatezza ed alle influenze del diritto, proprie del mondo naturale, Dio e Stato non conoscono limiti e vincoli, in quanto sono 'onnipotenti'. Ed allora, mentre Dio ha potere assoluto su tutto il reale, lo Stato ha una sua onnipotenza normativa in quanto sovrano. In questo contesto, lo Stato viene «pensato come 'sostanza' immobile rispetto alle mutevoli funzioni del diritto, come portatore unico ed unitario del diritto»⁷⁸. Lo stato, infatti, per Kelsen non è una «realtà diversa dal diritto», ma solo «l'espressione dell'unità sistemica del diritto»⁷⁹, «una creazione ideale»⁸⁰ del pensiero conoscente.

Muoversi su sistemi diversi, Dio e mondo, stato e diritto, morale e diritto,

⁷² VITTORIO FROSINI, *Saggi su Kelsen e Capogrossi. Due interpretazioni del diritto*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 52.

⁷³ La de-sostanzializzazione dello Stato operata da Kelsen – commenta ancora AGOSTINO CARRINO, *Kelsen e la critica dell'ideologia*, cit., p. XIV – «che ne fa appunto un pallido pensato che si ricompone solo nella totalità universale della *civitas maxima* di illuministica memoria, è un'operazione il cui senso può essere colto solo come tentativo di razionalizzazione della domanda esistenziale fondamentale dell'uomo moderno privato del "dono del significato": come superare il senso di colpa e rimuoverlo».

⁷⁴ HANS KELSEN, *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato* (1922), trad. it., ESI, Napoli, 1997, p. 231.

⁷⁵ IBIDEM.

⁷⁶ FRANCESCO RICCOBONO, *Kelsen e la religione*, in "Rivista di Filosofia del diritto", II, 2013, p. 123.

⁷⁷ FRANCESCO RICCOBONO, *op. cit.*, p. 123.

⁷⁸ HANS KELSEN, *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato*, cit., p. 232.

⁷⁹ HANS KELSEN, *L'anima e il diritto*, cit., p. 13.

⁸⁰ HANS KELSEN, *op. cit.*, p.15.

e quindi sulla base di una doppia verità, implica una duplicità di eticità; una empirica ed una autentica coincidente con il vero essere⁸¹.

Significa, dunque, agire «con la riserva mentale che se le regole del diritto sono d'ostacolo a certi interessi politici di parte si può allora far ricorso all'altro sistema, all'altra verità»⁸², vale a dire «far ricorso al sistema metagiuridico e far valere come “atto statale” un atto che nessuna norma giuridica consente di mettere in relazione con l'unità del sistema giuridico, un atto “che sta al di fuori del diritto”, e che giuridicamente è *nulla*, un atto personale e arbitrario»⁸³. Tale atto può essere imputato non «al soggetto fisicamente agente, ma ad un soggetto pensato ‘dietro’ di lui»⁸⁴, comunque sempre ad una unità sistemica. Questa unità è lo stato che «all'occorrenza si sostituisce allo scomodo sistema ‘diritto’, entrando in scena con il nome di politica»⁸⁵. È quanto Kelsen mette in atto al processo di Norimberga trasformando, come abbiamo visto, la responsabilità morale in giustizia politica. L'originalità del pensiero del filosofo praghese risiede, dunque, nel voler promuovere una convivenza etica, pacifica e giusta, partendo proprio dalla critica di ogni ideologia dell'etica e della giustizia, passando per la demitizzazione dei valori assoluti, ed approdando ad una visione relativistica, ma pur sempre etica, della scienza moderna⁸⁶. È l'etica della legalità e della giustizia che si trasforma da «principio che garantisce la felicità individuale di tutti i soggetti, in un ordinamento sociale che protegge certi interessi socialmente riconosciuti meritevoli di protezione»⁸⁷. In questo senso, la concezione kelseniana del diritto ««risale nel suo spirito originario all'antica proposizione di rapporti e di valori della legge mosaica, depurata e rinnovata nella metodologia critica dell'Illuminismo e del positivismo giuridico»⁸⁸, per attingere, per questa via, all'universalità. L'operazione attuata da Kelsen, di fatto, è quella di relativizzare i valori assoluti in valori

⁸¹ Cfr., AGOSTINO CARRINO, *Kelsen e la critica dell'ideologia*, cit., p. XV.

⁸² AGOSTINO CARRINO, *op. cit.*, p. XVI.

⁸³ IBIDEM.

⁸⁴ IBIDEM.

⁸⁵ HANS KELSEN, *op. cit.*, p. 42.

⁸⁶ Cfr., AGOSTINO CARRINO, *op. cit.*, p. XV.

⁸⁷ HANS KELSEN, *L'anima e il diritto*, cit., p. 96.

⁸⁸ VITTORIO FROSINI, *Kelsen e Romano*, in CARLO ROEHRSEN (a cura), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, cit., p. 164, pertanto, continua l'A., «la dottrina di Kelsen appartiene a pieno titolo all'intera coscienza giuridica del nostro tempo; essa è la conclusione, in termini rigorosi, di un movimento di idee che attraversa i secoli e che rappresenta un costante atteggiamento ideale del giurista: l'uomo posto di fronte al libro ella legge, sia esso il libro delle prescrizioni detto il *Levitico*, sia esso il *Codice* di Giustiniano, sia esso il *Codice* di Napoleone».

relativi⁸⁹, per cui questi ultimi vengono posti dal pensiero conoscente uno dinanzi all'altro, ed in questo la totalità del mondo dei valori viene scomposta in una varietà di valori tipici che «possono essere colti dal pensiero solo nella loro tipicità»⁹⁰. Una tipicità basata, però, sul criterio di assolutezza, per cui il valore del diritto è assoluto rispetto al valore della giustizia, ed allora, è possibile una scienza del diritto positivo dal momento in cui non ci si interroghi più sul diritto 'giusto'?

A questo punto il pensiero kelseniano richiede una problematizzazione profonda, tale da chiarire la congerie di ipotesi che si sono avviluppate sino ad ora. Di fatto, l'operazione kelseniana di 'decantazione' dell'ordinamento giuridico da ogni incrostazione di tipo politico, religioso e morale si scontra dinanzi ai grandi crimini che il processo di Norimberga ha giustiziato in nome di un diritto naturale. Di fronte a ciò Kelsen stabilisce un limite alla stessa scienza giuridica che resta ancorata al momento epistemologico e conoscitivo del diritto, lasciando fuori il momento operativo in cui la norma si trova a doversi confrontare con la realtà effettuale delle cose. In questo contesto, il relativismo kelseniano scopre una diversa prospettiva, configurandosi non come un relativismo scettico, che presuppone in modo contraddittorio la sua assolutezza, bensì come il tentativo di riportare tutto l'ordinamento entro una visione prettamente umana e come tale consapevole del limite. In questo quadro, prende corpo, allora, la stessa eticità della separazione tra diritto e morale, precisando, però, che non è da intendersi come separatezza nel senso di totale estraneità tra i due termini, ma di separazione in un senso preciso e determinato, vale a dire come ciò che va tenuto distinto pur nella sua legittima esistenza. Ed allora, rinunciando a quella stessa visione di una scientificità fondata su teorie ottocentesche⁹¹, in cui la stessa positività veniva assolutizzata, Kelsen coglie mediante la sua Dottrina pura la cifra per fissare quel garantismo penale che rappresenta la chiave di volta, la 'legittimità' dello stato di diritto.

⁸⁹ AGOSTINO CARRINO, *op. cit.*, p. XV.

⁹⁰ AGOSTINO CARRINO, *op. cit.*, p. XVII.

⁹¹ Cfr., G. P. CALABRÒ, *Crisi di identità dello Stato costituzionale e mutazione del concetto di sicurezza*, in T. H. S. HAN, A. LASSO (a cura), *Identità e sicurezza. Un approccio multidisciplinare*, CEDAM, Padova, 2016, pp. 1- 20.

Legàmi: Logos e Diritto al tempo della secolarizzazione. Sul dialogo Ratzinger-Habermas

PIERO MARINO

1. Premessa: una questione ancora attuale

È trascorso più di un decennio dall'ormai celebre incontro tra Jürgen Habermas e l'allora cardinal Ratzinger. Il dialogo¹ che ne scaturì ha riscosso una certa eco mediatica ed ottenuto, com'è noto, notevole riscontro sul piano scientifico. Definito, infatti, singolare e straordinario², ha suscitato interrogativi e riflessioni ancora attuali, essendo incentrato³ su questioni tutt'altro che risolte: la domanda sul ruolo dell'etica nel processo di legittimazione del

¹ Il dialogo, originariamente edito nel 2004 presso la Katholische Akademie in Bayern col titolo *Vorpolitische moralische Grundlagen eines freiheitlichen Staates*, è rappresentato dall'intervento di JÜRGEN HABERMAS, *Vorpolitische Grundlagen des demokratischen Rechtsstaates?* e dall'intervento di JOSEPH RATZINGER, dal titolo *Was die Welt zusammenhält. Vorpolitische moralische Grundlagen eines freiheitlichen Staates*, ed è stato ripubblicato nel 2005 col significativo titolo *Dialektik der Säkularisierung*, presso la casa editrice Herder GmbH Freiburg in Breisgau. La versione italiana, a cura di MICHELE NICOLETTI, è JOSEPH RATZINGER, JÜRGEN HABERMAS, *Etica, religione e Stato liberale*, Morcelliana, Brescia, 2005. Il titolo dell'intervento di Habermas, in traduzione alle pp. 21-40, è: *I fondamenti morali prepolitici dello stato liberale*; il titolo dell'intervento di Ratzinger, in traduzione alle pp. 41-57, è: *Ciò che tiene unito il mondo*.

² Il giudizio è di Floria Schuler, autrice dell'introduzione alla versione italiana, *ivi*, p. 7.

³ Nel corso del decennio sono stati dedicati alla questione una serie di interessanti lavori. Tra i più importanti segnaliamo: KARL JOSEF KUSCHEL, "Wie die sich begegnenden Kulturen ethische Grundlagen finden können". *Zum Diskurs zwischen Joseph Ratzinger, Jürgen Habermas und Hans Küng*, in *Politische Studien*. Monatshefte der Hochschule für Politische Wissenschaften München, n. 1, 2006, pp. 27-41; MICHAEL WELKER, *Habermas und Ratzinger zur Zukunft der Religion*, in *Evangelische Theologie*, n. 68, 2008, pp. 310-324; JÖRG DIERKEN, *Die Autonomie der Vernunft und ihr theologischer Sinn. Zur Habermas- Ratzinger Debatte über Vernunft und Religion*, in *Kommunikation über Grenzen*, a cura di FRIEDRICH SCHWEITZER, Gütersloher Verlagshaus, Gütersloh, 2009, pp. 644-656; VITTORIO POSSENTI, *Stato, diritto, religione. Il dialogo tra Jürgen Habermas e Joseph Ratzinger*, in *Roczniki filozoficzne*, Tomo LXII, n. 1, 2014, pp. 71-85; GIAN ENRICO RUSCONI, *Quale approccio cognitivo tra "fede e sapere"? Un confronto critico con Jürgen Habermas*, in *L'Europa e le religioni*, a cura di PIERFRANCESCO STAGI, Castelveccchi, Roma, 2017, pp. 122-143.

moderno stato costituzionale di stampo liberal-democratico e quella sul ruolo che, nell'ambito di tale cornice istituzionale, deve essere attribuito alla religione.

Il primo dei due problemi non rappresentava di certo un novità per il filosofo di Francoforte che, nel corso della sua produzione, aveva espresso con sufficiente chiarezza la sua avversione nei confronti di un'interpretazione puramente positivista delle istituzioni democratiche⁴. Del secondo, invece, prima di allora, mai si era occupato in modo così diretto. Di contro il teologo tedesco affronta la prima questione alla luce della seconda.

La "cifra" del dialogo può essere individuata in una domanda significativamente posta dallo stesso Habermas all'inizio del proprio intervento: «*Si mette in dubbio che lo Stato costituzionale democratico sia in grado di rinnovare, con le proprie risorse, i presupposti normativi che stanno alla sua base; e, altrettanto, si avanza l'ipotesi che questo Stato non possa che fare affidamento su tradizioni autoctone, di tipo ideologico o di tipo religioso, tradizioni che costituiscono i necessari vincoli etici della collettività. Questo metterebbe in pericolo uno Stato che tenendo conto del 'fatto del pluralismo' [...] è obbligato alla neutralità ideologica*»⁵. Habermas contraddice questa ipotesi perché, contro ogni riduzionismo di tipo positivista, ribadisce la possibilità di instaurare una relazione virtuosa tra la dimensione democratica e pluralistica dello stato moderno e i principi etici che, intrinsecamente, lo caratterizzano, al tempo stesso negando, con forza e chiarezza, la necessità di ricorrere ad ele-

⁴ La questione dell'intreccio tra etica e diritto nell'ambito del moderno stato democratico è stata oggetto di particolare attenzione da parte di Habermas, soprattutto nel corso della sua più recente produzione filosofica. Ciò che particolarmente gli preme è di affermare l'insostenibilità della posizione giuspositivista secondo la quale lo stato moderno sarebbe in grado di autolegittimarsi senza alcun riferimento ad altro che alla propria dimensione "positiva". Di contro, Habermas insiste sul ruolo svolto dalla morale (una morale naturalmente coniugata in senso moderno, universale e formale) nel preservare quella dimensione di "indisponibilità" del diritto che, nello stato pre-moderno, era indubabilmente svolta dalla religione. Si vedano a tal proposito JÜRGEN HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2013 e ID., *Morale, Diritto, Politica*, Einaudi, Torino, 2007. Del secondo lavoro si veda soprattutto la parte prima (pp. 5-78), espressamente incentrata sulla questione del rapporto tra morale e diritto. In merito alla questione è utile fare riferimento ad ANGELO ABIGNENTE, *Legittimazione, discorso, diritto. Il proceduralismo di Jürgen Habermas*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2003, in cui si attraversa il percorso habermasiano dalla formulazione della teoria dell'agire comunicativo alla teoria discorsiva del diritto (pp. 15-34), fino a soffermarsi in modo particolarmente accurato sulla relazione tra diritto e morale (pp. 45-70), elementi tra i quali sembra potersi instaurare un rapporto di "complementarietà" e "co-originarietà" da un fondamento comune (p. 48). Nel testo è possibile ritrovare anche i riferimenti ad altri lavori di Habermas che, per motivi di spazio, è impossibile citare in questa sede.

⁵ JÜRGEN HABERMAS, *I fondamenti morali prepolitici dello stato liberale*. cit., p. 21. La questione è nota nel mondo scientifico come *dilemma* di Böckenförde, il giurista tedesco che, negli anni '60, pose la questione con singolare chiarezza (ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *La nascita dello stato come processo di secolarizzazione* in ID., *Diritto e secolarizzazione*, Laterza, Roma-Bari, 2010, pp. 33-54).

menti “esterni”⁶ in grado di svolgere funzione di supporto. Se questo è vero per il filosofo, Ratzinger sottolinea come tali principi derivino la loro funzione dal diritto naturale cristiano, avendone ereditato la capacità di correggere e mettere in discussione le forme storiche di ogni diritto positivo⁷. Tuttavia, per entrambi, il riconoscimento dell’universalità dei diritti umani rappresenta il piano privilegiato del discorso etico: se Habermas, infatti, intende ricondurre la loro esistenza ed applicazione nell’ambito della dimensione discorsiva delle istituzioni democratiche⁸, Ratzinger, pur sottolineando la mancanza di una piano fondativo in grado di garantirne l’assoluta validità, ne riconosce la stretta parentela storica col diritto naturale e col diritto naturale cristiano⁹.

I due pensatori si mostrano, dunque, sostanzialmente concordi nel porre in primo piano la questione etica. Tuttavia, il percorso storico che avrebbe determinato lo sviluppo delle istituzioni giuridiche e politiche nel moderno segue per loro vie diverse. Mentre Ratzinger, infatti, sottolinea la natura sostanzialmente “sottrattiva” del processo di secolarizzazione, che avrebbe preso forma estromettendo la religione e le ragioni dei credenti dalla dimensione pubblica, giuridica e politica della società moderna (ed insieme ad esse anche le ragioni del diritto naturale cristiano e, nel corso del tempo, del diritto naturale)¹⁰, Habermas lo descrive come un processo di trasformazione cognitiva cui avrebbero preso parte, seppur in modo diverso, sia credenti che non credenti¹¹. Entrambi però indicano come tale processo evolutivo abbia determinato una frattura in qualche modo bisognosa di ricomposizione. Per Ratzinger si tratta, infatti, di avviare un percorso in cui, nel pieno rispetto delle conquiste del pluralismo democratico, i credenti siano chiamati ad abbandonare qualsiasi tentazione di tipo fondamentalistico e i non credenti alle forme di un razionalismo sterilmente anti-religioso¹²; per Habermas, invece, si tratta di condurre il pensiero laico a superare il pregiudizio positivistic per il quale le ragioni dei credenti, irrilevanti sul piano pubblico ed istituzionale, altro non rappresentano che un residuo di superstizione¹³, e di indurre i cre-

⁶ JURGEN HABERMAS, *I fondamenti morali prepolitici dello stato liberale*, cit., pp. 26-32.

⁷ JOSEPH RATZINGER, *Ciò che tiene unito il mondo*, cit., pp. 48-52.

⁸ JURGEN HABERMAS, *I fondamenti morali prepolitici dello stato liberale*, cit., pp. 26-30. Si vedano a tal proposito Id., *Legittimazione in forza dei diritti umani*, in *Fenomenologia e società*, n. 2, 1997, pp. 7-13 e il più recente Id., *Una costituzione politica per la società pluralistica mondiale?*, in Id. *Tra scienza e fede*, Laterza, Roma-Bari, 2008, pp. 214-253.

⁹ JOSEPH RATZINGER, *Ciò che tiene unito il mondo*, cit., pp. 51-52.

¹⁰ *Ivi*, pp. 48-54.

¹¹ JURGEN HABERMAS, *I fondamenti morali prepolitici dello stato liberale*, cit., pp. 36-40.

¹² JOSEPH RATZINGER, *Ciò che tiene unito il mondo*, cit., pp. 55-57.

¹³ «Nei confronti dei cittadini privi di sensibilità religiosa, ciò significa invitarli a determinare il

denti, attraverso il confronto col sapere mondano e scientifico, a rinunciare, sul piano pubblico ed istituzionale, ad attribuire alla prospettiva religiosa il monopolio interpretativo della realtà¹⁴. Questo processo di “apprendimento complementare” rappresenta, secondo il filosofo di Francoforte, un esercizio di riflessione in grado di completare il passaggio storico verso una società pienamente post-secolare che possa considerarsi a tutti gli effetti pluralista¹⁵.

Sicché l’aspetto importante del dialogo, a nostro avviso, consiste nel fatto che entrambi i pensatori, accennando a differenti letture del processo di secolarizzazione, mostrano come la domanda etica sulla legittimità delle istituzioni democratiche possa ribaltarsi nella domanda sul rapporto che, proprio nell’ambito di tali istituzioni, viene ad instaurarsi tra la prospettiva laica dei non credenti e quella religiosa dei credenti, facendo emergere questioni cruciali per l’attuale dibattito giuridico-filosofico.

Nelle pagine che seguono intendiamo illustrare le forme di tale relazione, prendendo in considerazione le riflessioni che, nel corso dell’ultimo decennio, sia Habermas che Ratzinger hanno dedicato ai temi affrontati nel corso dell’incontro di Monaco.

2. Del sacro e del profano: l’incompiuto della secolarizzazione

Nel corso dell’ultimo decennio, gli interessi di Habermas sono andati sempre più incentrandosi sul rapporto tra religione e sapere profano: ciò ha permesso al filosofo di Francoforte di cimentarsi in un’interessante lettura dei fenomeni del sacro e del rito¹⁶. Questi ultimi avrebbero svolto un ruolo fondamentale nella gestione ed organizzazione delle nuove forme di socializzazione sorte con la nascita del linguaggio e con la comparsa delle forme simboliche¹⁷.

rapporto di fede e sapere, “in maniera autocritica”, a partire dalla prospettiva del sapere mondano [...]. L’aspettativa di un perdurante non-accordo tra fede e sapere guadagna infatti il predicato di “ragionevole” solo se, dalla prospettiva del sapere secolare, venga riconosciuto anche alle convinzioni religiose uno status epistemico che non è irrazionale in modo assoluto», JÜRGEN HABERMAS, I fondamenti morali prepolitici dello stato liberale, cit., p. 39.

¹⁴ «La religione è obbligata a rinunciare alla [...] pretesa di un monopolio interpretativo e di una strutturazione complessiva della vita, dovendo sottostare alle condizioni date dalla secolarizzazione del sapere, dalla neutralità del potere statale e dalla libertà religiosa divenuta generale», *ivi*, p. 37.

¹⁵ *Ivi*, pp. 36-37.

¹⁶ La raccolta di saggi di maggiore interesse per il nostro discorso è rappresentata da JÜRGEN HABERMAS, *Verbalizzare il sacro. Sul lascito religioso della filosofia*, Laterza, Roma-Bari, 2015. Si vedano in modo particolare le pp. 51-78 nelle quali è possibile rinvenire la complessa, articolata e documentata riflessione antropologica sulla natura del *sacro*, cui si farà riferimento nel corso del testo.

¹⁷ «Il complesso sacrale deriva dal modo con cui i primati hanno risolto il problema dell’oltrepas-

Il “salto” linguistico-simbolico avrebbe infatti segnato un’importante cesura nella storia della comunicazione umana determinando, una volta per tutte, il superamento di quell’ “immediatezza” direttamente tesa alla soddisfazione dei bisogni. La necessità di individuare un elemento di mediazione in grado di garantire, al tempo stesso, la soddisfazione dei bisogni individuali e la stabilità delle comunità, avrebbe esposto le nuove forme di socializzazione a conflitti e tensioni¹⁸.

Sulla base di queste premesse, Habermas mette in campo *l’ipotesi per cui il rito sarebbe una risposta alla precarietà della nuova forma di socializzazione, vale a dire un modo di padroneggiare una socializzazione comunicativa passante attraverso simboli linguistici*¹⁹. La comunicazione rituale non si riferisce a qualcosa di esterno, identificabile nel mondo, ma ad un *referente* – *materialmente inafferrabile* – che *si colloca in un’altra dimensione, per così dire extramondana*²⁰. Pertanto, *l’assenza [...] di qualsivoglia riferimento alle cose del mondo esterno si spiega con l’elaborazione autoreferenziale di quella crisi che, costitutiva del processo di socializzazione, [...] viene intercettata dal carattere “normativo” delle aspettative di comportamento istituzionalizzante*²¹, attraverso l’evocazione di una *superiore potenza normativa*²² rappresentata dall’universo del sacro. In altre parole, per risolvere i conflitti derivanti dal processo di simbolizzazione linguistica, secondo Habermas, le società umane hanno fatto ricorso a forme comunicative di tipo extra-mondano, dando vita all’universo del sacro. Nel corso del tempo, quest’ultimo ha svolto principalmente una funzione normativa grazie all’ausilio di narrazioni mitiche in grado di sedimentarsi in un vero e proprio sapere che, affiancatosi al sapere profano – fondato su forme quotidiane e mondane di comunicazione – può essere considerato a tutti gli effetti la caratteristica peculiare delle nuove forme di socializzazione.

Sapere profano e narrazioni mitiche, dunque, vengono in un primo mo-

samento di una fondamentale soglia evolutiva, quella rappresentata dalla comunicazione simbolica. Nell’evoluzione della specie la nascita del linguaggio segna una cesura» ivi, p. 69.

¹⁸ L’ipotesi è che tale necessità «nasca dal fatto che la “conoscenza” si converte [...] a una nuova modalità di funzionamento, laddove il “coordinamento comportamentale” trapassa “dal” piano pre-linguistico “al” piano linguistico. In questo passaggio, la socializzazione dell’intelligenza procede parallelamente all’individuazione degli attori. Si spiega così il conflitto immanente alla socializzazione delle motivazioni individuali», ivi, p. 76.

¹⁹ Ivi, p. 70.

²⁰ Ivi, p. 74.

²¹ Ivi, p. 76.

²² Ivi, p. 77.

mento ad integrarsi²³, ma la loro interazione è destinata ad emergere sotto forma di conflitto: il primo è infatti mosso da esigenze prevalentemente conoscitive e pratiche e, al contrario delle narrazioni mitiche, trova di fronte a sé il proprio campo di esperienza; da canto suo, il secondo è costretto a stare sempre più “sulla difensiva”, nell’ingrato compito di preservare la veridicità delle proprie narrazioni, senz’altro utili a stabilizzare la società, armonizzando le esigenze degli individui e della comunità, ma a rischio di essere quotidianamente smentite dall’esperienza²⁴. Proprio la polarità tra questi due aspetti del sapere e della conoscenza rappresenta, secondo Habermas, la principale spinta propulsiva all’apprendimento culturale; apprendimento che prende forma attraverso la determinazione di ben precisi stadi evolutivi²⁵.

L’intento di Habermas, completamente estraneo alla tentazione di attribuire al corso degli eventi storici un unico principio evolutivo guidato da intrinseca necessità o razionalità, è quello di rappresentare determinati stati evolutivi di tipo cognitivo, indicandone i corrispondenti processi di adattamento sociale²⁶. Tra questi, alla luce della riflessione Jaspersiana²⁷, la svolta dell’età post-assiale, storicamente collocata intorno al V secolo a.C., epoca in cui, nelle principali società mondiali, sarebbe sorta una prospettiva cognitiva di tipo olistico ed universalistico tesa a rappresentare l’universo quale prodotto di un’unica forza divina, creatrice delle cose e delle norme e fonte trascendente della vita dell’uomo e della natura. Habermas sintetizza le conquiste cognitive di tale stadio evolutivo nella nascita dei concetti della “trascendenza”, del “monoteismo” e della “legalità cosmica”²⁸. Sebbene tale svolta abbia comportato, sotto il profilo sociale e normativo, la supremazia del sapere teologico e religioso su quello profano, è ai progressi di quest’ultimo che dobbiamo attribuirne la nascita. L’accumularsi progressivo di conoscenze empiriche e mondane (nel campo dell’astronomia, delle scienze o dell’interpretazione dei testi sacri) ha infatti finito per mettere in crisi le credenze dell’universo mitico e magico²⁹: di conseguenza, sotto il profilo strettamente “genealogico”, l’U-

²³ *Ivi*, pp. 53-54.

²⁴ «Con tutta evidenza, le spiegazioni “mitiche” non potevano reggere a lungo alla pressione delle “dissonanze cognitive” nascenti dallo scontro con un “sapere pragmatico-mondano” empiricamente verificabile. A questo punto le ragioni sviluppano una loro dinamica interna», *ivi*, p. 54.

²⁵ «Con tutto ciò, io penso che questo antagonismo – tra il sapere empirico-mondano che si accumula nelle sfere profane della vita e le immagini-di-mondo legate al complesso sacrale – sia proprio ciò che spinge avanti i processi dell’apprendimento culturale», *ivi*, pp. 54-55.

²⁶ *Ivi*, pp. 104-110.

²⁷ KARL JASPERS, *Origine e senso della storia*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965.

²⁸ JURGEN HABERMAS, *Verbalizzare il sacro*, cit., p. 106.

²⁹ «Si era infatti formata una consapevolezza riflessiva sui testi sacri, sommandosi a conoscenze tec-

niverso “post-assiale”, sebbene caratterizzato dalla presenza del sacro e dalla religione, può essere considerato figlio legittimo del sapere profano.

Il secondo stadio evolutivo è invece indicato nel processo di secolarizzazione che, nel corso dell’era moderna, ha reso autonomo il sapere profano da quello religioso. Se le società post-assiali si sono adattate, sul piano della comunicazione pubblica, ad una fusione olistica tra sapere mondano e sapere religioso, attribuendo di conseguenza a quest’ultimo un ruolo giuridico e politico fondamentale, la società moderna, sulla quale agisce il processo di secolarizzazione, si adatterà alla separazione tra sfera religiosa e sfera pubblica³⁰.

È possibile individuare, nel discorso di Habermas, almeno quattro caratteristiche del processo di secolarizzazione: dal punto di vista cognitivo, la prospettiva metafisica sembra perdere colpi di fronte allo sviluppo del metodo scientifico-sperimentale³¹; dal punto di vista religioso, sorge sempre più forte l’esigenza di fare i conti con l’esegesi scientifica delle Sacre Scritture e dunque con la moderna scienza filologica³²; dal punto di vista politico, si assiste alla nascita dello stato moderno che, separato dall’influenza delle Chiese, rappresenta l’unica fonte legittima di sovranità; infine, dal punto di vista strettamente giuridico, si registra la scomparsa del diritto naturale cristiano per giungere, nel corso del tempo, alla formulazione delle moderne carte costituzionali di stampo liberal-democratico, improntate alla laicità dello stato, al pluralismo religioso e ideologico e al rispetto dei diritti individuali³³. L’elemento unificante di tali processi sembra essere rappresentato dallo sviluppo di un nuovo approccio cognitivo la cui natura empiristica e nominalistica, in opposizione a quella olistico-metafisica dello stadio precedente, influenza sia il piano religioso che quello giuridico-politico, determinando in tal modo una trasformazione epocale che contribuirà alla costruzione delle molteplici sfaccettature della società moderna³⁴.

niche organizzative, nonché a saperi di natura matematica, astronomica, medica, filosofico-naturale. L’accumulo di tali saperi profani non poteva non entrare in conflitto con le spiegazioni mitiche e le pratiche magiche. Queste dissonanze cognitive trovavano soluzione solo nelle prospettive concettuali – teologiche oppure cosmologiche – delle nuove immagini-di-mondo dell’età assiale», ivi, p. 107.

³⁰ Si vedano a tal proposito le pagine 103-136 del testo che stiamo commentando, nelle quali è possibile anche rinvenire i riferimenti al dibattito nell’ambito dell’attuale panorama culturale tedesco. In merito alla secolarizzazione dello stato e del diritto si vedano le pp. 219-236. È utile fare riferimento anche a JÜRGEN HABERMAS, *Tra scienza e fede*, cit., pp. 24-28 e p. 40.

³¹ Si veda, in merito alla genealogia del pensiero post-metafisico, JÜRGEN HABERMAS, *Verbalizzare il sacro*, cit., pp. 123-136.

³² *Ivi*, pp. 292-294 e *Id.*, *Tra scienza e fede*, cit., p. 40.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Habermas illustra in questo modo i molteplici percorsi che, partendo dal nominalismo, determinano la realizzazione del processo di secolarizzazione: «Un primo percorso porta al protestantesimo

Alla radice del processo di secolarizzazione possiamo dunque senz'altro indicare le tensioni mai sopite tra forme quotidiane e forme extra-quotidiane della comunicazione, tensioni che comportano il contrasto tra sapere sacro e sapere profano. Ma siccome non siamo di fronte ad una filosofia della storia, la comparsa di un nuovo stadio evolutivo non può in alcun modo mostrarsi risolutiva: piuttosto, il confronto tra l'approccio nominalistico e quello metafisico assume le forme di una sfida. Se infatti, per un verso, assistiamo all'arretramento del sacro e del metafisico dallo spazio mentale delle società secolarizzate, per altro verso l'universo del sacro e quello metafisico non coincidono affatto: l'approccio nominalistico, infatti, penetra anche all'interno della prospettiva religiosa, producendo inedite trasformazioni e relative forme di adattamento³⁵: se la cifra interpretativa della svolta post-assiale è la trascendenza, la cifra della secolarizzazione è indicata nel fallibilismo. La mentalità illuministica, nella quale culmina "simbolicamente" il processo del moderno, mette infatti la società di fronte alla sfida del sapere scientifico, falsificabile ed empirico, "post-metafisico". A sua volta quest'ultimo affonda le sue radici nelle forme della comunicazione quotidiana e profana, ma non si identifica in assoluto con esse: di fronte a questa sfida stanno infatti sapere sacro e sapere filosofico (e dunque mondano), entrambi in qualche modo in bilico tra pensiero metafisico e sapere scientifico³⁶.

[...]. Valorizzando le certezze di fede soggettive, il protestantesimo apre la strada all'autonomia dell'individuo: nei confronti del potere statale diventano possibili sia l'indifferenza sia la resistenza. Un secondo percorso porta dal nominalismo alla scienza moderna. L'espulsione dalla natura delle idee divine – compiuta dai nominalisti – e un'ontologia che considera esistenti soltanto gli enti individuali, sono posizioni che aprono alle scienze sperimentali. Queste ultime acquiscono il contrasto fede/sapere e pretendono che – nel pluralismo ideologico della società – sia l'autorità pubblica del sapere mondano a valere come base delle conoscenze universalmente disponibili [...]. Del tutto evidente è [...] l'erosione compiuta dal nominalismo dei fondamenti del diritto naturale cristiano. Oltre a scuotere la legittimazione religiosa dell'autorità, il nominalismo apre infatti la strada alla filosofia della soggettività, vale a dire alle correnti della "teoria della conoscenza" e del "giusrazionalismo" che dominano la filosofia del seicento e preparano i fondamenti secolari della legittimazione politica», JURGEN HABERMAS, *Verbalizzare il sacro*, cit., p. 226.

³⁵ «Secondo me, "sia" le interpretazioni religiose del Sé del mondo [...] "sia" le varie correnti di pensiero post-metafisico tra loro concorrenti rientrano entrambe nei legittimi discorsi della modernità», *ivi*, p. 105. Guardando al processo di secolarizzazione in profondità ci accorgiamo infatti che esso propone «sfide cognitive per entrambi i fronti, sia quello secolare sia quello teologico. Le teologie scioglie poco alla volta la simbiosi del messaggio evangelico con la cosmologia dei Greci e impara a fare i conti con la critica storica delle fonti. La Chiesa, da canto suo, impara ad accettare la secolarizzazione dello stato costituzionale. Sul fronte opposto, anche la filosofia – nello stringere alleanza con le scienze e con lo stato secolare – finisce per trasformarsi non meno radicalmente. Accettando il fallibilismo della coscienza, impara a sottoporre a revisione l'eredità metafisica e a prendere le distanze dalle "forti" pretese teoretiche della metafisica greca», *ivi*, pp. 108-109.

³⁶ «Alimentandosi alle fonti profane del sapere, l'illuminismo mette ora di fronte la religione e la filosofia alle stesse sfide cognitive, ricevendone due risposte "diverse e complementari". La coscienza

La differenza tra la prospettiva laica e la prospettiva religiosa non è dunque dovuta alla persistenza in quest'ultima della dimensione del metafisico o della trascendenza, ma alla persistenza del sacro che, come abbiamo visto, non si identifica completamente con nessuna delle due³⁷. La scoperta del concetto della trascendenza, infatti, pur con delle trasformazioni significative, conserva validità e funzionalità cognitiva anche nell'ambito del mondo secolarizzato e quindi anche all'interno della prospettiva culturale del mondo laico³⁸, la quale, a sua volta, pur essendo figlia della rivoluzione scientifica (o forse proprio per questo), conserva in sé la tentazione del pensiero metafisico, come è possibile agevolmente notare prendendo in considerazione le immagini-di-mondo di tipo naturalistico³⁹. La dialettica tra sapere sacro e sapere profano assume dunque le forme della tensione tra fallibilismo e pensiero metafisico sia nella

religiosa subisce una riforma [...]; la filosofia, dal canto suo, mette in atto una critica della ragione [...]. Questa complementarità colloca storicamente le due figure dello spirito – religione e filosofia – allo stesso livello. Sicché non è più possibile screditare secolaristicamente la religione», *ivi*, p. 109.

³⁷ In merito alla persistenza del sacro in ambito post-secolare si veda *ivi*, pp. 288-292.

³⁸ «Se lo intendiamo in questo modo, il pensiero post metafisico non si lascia schiacciare in quella comprensione del Sé e del mondo che Charles Taylor – descrivendo lo “immanente frame” in maniera ricca ma non differenziata – ha inteso privare di trascendenza», *ivi*, p.109. La tesi di Charles Taylor è che il processo di secolarizzazione abbia avuto come ultimo esito la sostanziale chiusura del soggetto in una sfera di tipo solipsistico ed immanentistico. Pur condividendo con Habermas una lettura del processo di secolarizzazione da egli stesso definita “non sottrattiva” (perché non immediatamente caratterizzata dall'eliminazione del sacro, ma da una sua intrinseca trasformazione), Taylor ne individua gli esiti ultimi nella perdita del senso della trascendenza. Si veda a tal proposito il lavoro di CHARLES TAYLOR, *L'età secolare*, Feltrinelli Editore, Milano, 2009, in cui è possibile ritrovare un'esautiva ricognizione del dibattito contemporaneo sul tema che in questa sede ci è del tutto impossibile. Si vedano inoltre dello stesso autore, *Il disagio della modernità*, Laterza, Roma-Bari, 1993; e *Gli immaginari sociali moderni*, Meltemi, Roma, 2004. Di contro Habermas non rinviene nella dimensione post-metafisica della società post-secolare l'eliminazione della trascendenza, quanto piuttosto una sua interna trasformazione, in esplicito riferimento alla teoria dell'“agire comunicativo” (JÜRGEN HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo*, 2 Vol., Il Mulino, Bologna, 1986/1987): «Già la legge morale di Kant subordinava i giudizi della ragion pratica a una “trascendenza dall'interno”. La teoria dell'agire comunicativo “detrascendentalizza” le idee della ragione kantiana, spiegando l'intesa linguistica nei termini di un discorsivo “rispetto” delle pretese di validità: sono pretese che vengono sollevate sul piano locale, ma che esigono una validità “oltrepassante il contesto”. Io sono convinto che, senza questo continuo “autosuperamento generante distanza”, non c'è convivenza civile che possa stabilirsi e conservarsi», *Id.*, *Verbalizzare il sacro*, *cit.*, pp. 109-110. Habermas intende sottolineare come la trasformazione in senso fallibilistico e post-metafisico non rappresenti una chiusura alle pretese della verità teoretica e della legge morale che la svolta post-assiale aveva coniugato in senso metafisico e trascendente. Piuttosto una loro ri-collocazione in un'ambito discorsivo e argomentativo che, pur privato di assolutezza, tende sempre al superamento – interno – della barriera dell'immanenza. In tale modello possono dunque riconoscersi sia credenti che non credenti. In merito alla questione della “trascendenza dall'interno” si veda ANGELO ABIGNENTE, *op. cit.*, pp. 28-30.

³⁹ Se il pensiero post-secolare assume le forme di un pensiero naturalistico, fondato – *strictu sensu* – sul modello delle scienze naturali e sperimentali, presenta le proprie immagini di-mondo come l'“unica” immagine del mondo e mostra la propria parentela con l'approccio metafisico. Si vedano JÜRGEN HABERMAS, *Verbalizzare il sacro*, *cit.*, pp. 208-215 e *Id.*, *Tra Scienza e fede*, *cit.*, pp. 41-44.

prospettiva dei credenti che in quella dei non credenti. La ricaduta giuridico-politica di tale conflitto è rappresentata dal reciproco mancato riconoscimento pubblico tra cultura laica e cultura religiosa e rappresenta, a tutti gli effetti, l'incompletezza del processo di secolarizzazione. Da qui la necessità di assicurare spazio pubblico alle ragioni dei credenti: il processo di adattamento complementare rappresenta infatti il tassello mancante affinché possa prendere forma compiuta una società post-secolare, adattamento consequenziale al salto cognitivo post-metafisico del fallibilismo.

Se il processo di secolarizzazione rappresenta dunque per Habermas l'esito di un'evoluzione in cui giocano un ruolo essenziale la comunicazione quotidiana e quella extra quotidiana, l'universo del sacro e la conoscenza empirico-sperimentale e, più in profondità, la tensione tra esigenze individuali ed esigenze della collettività, è pur vero che la sfida lanciata dall'approccio nominalistico a quello metafisico sembra raccogliere in sé tutti questi elementi. Ci sembra perciò possibile affermare che proprio la duplicità della comunicazione umana – in bilico tra quotidianità ed extraquotidianità – rappresenti, dal punto di vista cognitivo, il nucleo duro di tutti i processi di adattamento. Di conseguenza, è proprio attraverso l'apprendimento reciproco di credenti e non credenti – “eredi e custodi”, i primi, di forme extraquotidiane della comunicazione e dunque dell'universo sacro; “figli e portatori”, i secondi, dell'adattamento che ha trasferito sul piano scientifico sperimentale le basi della comunicazione quotidiana – che il processo di secolarizzazione richiede di essere completato. Tuttavia, per quanto il processo di secolarizzazione sia indicato come quel processo – da compiersi – attraverso il quale la prospettiva metafisica possa definitivamente cedere il passo all'approccio fallibilistico, la richiesta esplicita a tradurre i propri contenuti cognitivi in un linguaggio pubblicamente accessibile riguarda unicamente il mondo dei credenti⁴⁰. Il che significa che in gioco non sono solo le tensioni tra mondo sacro e mondo profano, ma anche le tensioni tra prospettiva laica e prospettiva religiosa nei limiti in cui quest'ultima appare “legata” alla dimensione metafisica. Se la natura di tale legame apparisse tutt'altro che accidentale, la lettura habermasiana del processo di secolarizzazione risulterebbe insufficiente e, di conseguenza, il riconoscimento di un spazio pubblico ed istituzionale alle comunità dei credenti rischierebbe di assumere le forme di una “neutralizzazione” del sacro.

⁴⁰ Da questo punto di vista poco conta il fatto che la richiesta di traduzione sia rivolta ai rappresentanti di entrambi i mondi: in gioco sono infatti i contenuti del sacro, non gli individui che si collocano, “simbolicamente”, al loro interno. Si veda Id., *Verbalizzare il sacro*, cit. pp. 10-117 e 301-304.

3. Traduzioni e occultamenti

La richiesta di “verbalizzare” i contenuti del sacro comporta un lavoro di riflessione al quale sono chiamati a prender parte credenti e non. Tuttavia, mentre a questi ultimi è richiesto di parteciparvi in qualità di “interlocutori”, riconoscendo validità alle ragioni discorsive dei credenti, i primi sono chiamati a modificare il proprio atteggiamento epistemico allo scopo di rendere tali ragioni comprensibili ed accessibili. Infatti, per quanto Habermas scriva che *«questo lavoro di traduzione deve essere [...] inteso come impegno cooperativo, se i concittadini credenti capaci e disposti a collaborare non vogliono essere svantaggiati in misura asimmetrica e che quest'onere viene compensato dall'attesa normativa che quelli laici si aprano a un possibile contenuto di verità dei contributi religiosi e si impegnino in dialoghi dai quali è possibile che le ragioni religiose emergano nella forma mutata di argomentazioni universalmente accessibili, dal momento che i cittadini di una comunità democratica sono debitori l'un verso l'altro delle ragioni delle loro scelte politiche, è pur sempre vero che la riserva di traduzione e la preminenza istituzionale, di cui godono le ragioni laiche su quelle religiose, richiedono ai cittadini religiosi uno sforzo di apprendimento e di adattamento che è risparmiato a quelli laici [...] perché l'obbligo dell'“uso pubblico della ragione” può venire assolto solo in base a determinate premesse cognitive»*⁴¹. Essi, infatti, *«debbono metabolizzare dissonanze cognitive che per i cittadini laici non esistono [...], trovare un atteggiamento epistemico verso religioni e visioni del mondo estranee [...] e trovare un atteggiamento epistemico verso la caparbietà della scienza laica e il monopolio socialmente istituzionalizzato del sapere degli esperti scientifici»*⁴².

La natura “asimmetrica” di tali richieste dipende, a nostro avviso, dal fatto che sui cittadini laici ricade il compito di abbandonare il retaggio metafisico che accompagna la propria percezione del mondo, ma non quello di modificare il presupposto cognitivo che la regge, presupposto che – seppur non pienamente realizzato – resta quello del sapere empirico e sperimentale. Inoltre i non credenti, a differenza dei credenti, sono già in grado di ritrovare nelle istituzioni il proprio mondo di valori, senza nessun esercizio di mediazione⁴³.

⁴¹ Id., *Tra Scienza e fede*, cit., p. 35, 39.

⁴² Ivi, p. 40.

⁴³ «L'esercizio di traduzione è infatti possibile solo nella misura in cui, dal loro punto di vista religioso, essi determinano in linea di principio il rapporto tra contenuti dogmatici di fede e conoscenza laica del mondo in modo tale che gli autonomi progressi nel sapere non possano risultare in contraddizione con i dettati rilevanti della dottrina religiosa; infine, i cittadini religiosi debbono trovare un atteggiamento epistemico di fronte alla preminenza di cui le ragioni laiche godono anche

Si tratterebbe tuttavia di un'asimmetria empirica, in grado di trovare soluzione sul piano della comunicazione: infatti, proprio il processo di apprendimento richiesto rappresenterebbe lo strumento attraverso il quale "azzerare" la barriera che ostacola l'espressione dei credenti e che impedisce pubblico accesso ai contenuti del sacro⁴⁴. Azzeramento che nasconde però un'asimmetria ancora più insidiosa della precedente, dal momento che non concerne i soggetti, ma i contenuti: se infatti il mondo laico è chiamato a liberarsi di un "retaggio", al mondo religioso è piuttosto richiesto di liberarsi di un "legame". Lo strumento atto a "sciogliere" il legame che tiene unito il sacro e la pre-comprensione metafisica che ancora lo avvince è per l'appunto la traduzione della comunicazione religiosa in un linguaggio pubblicamente accessibile.

Tuttavia, per Habermas «*lo stato liberale non deve trasformare la debita separazione "istituzionale" tra religione e politica in un peso "mentale e psicologico" che è impossibile imporre ai suoi cittadini credenti*»⁴⁵. È infatti sufficiente che questi ultimi acquistino «*la capacità epistemica di considerare le proprie convinzioni religiose anche dall'esterno, riflessivamente, e di collegarle a concezioni laiche*»⁴⁶. Come dire, per paradossale che sembri, che essi possono completare il salto cognitivo epocale "dall'interno" della propria prospettiva, alla luce delle proprie convinzioni religiose⁴⁷. Questo esercizio di riflessione si ribalta, a tutti gli effetti, nella possibilità di verbalizzare il sacro, dal momento che quest'ultimo, tra le sue pieghe, nasconde una parentela genealogica con le acquisizioni cognitive del pensiero razionale e scientifico, e la sua cifra simbolica può essere colta nella figura del "credente riflessivo"⁴⁸, indice della "recisione" dei legami con la metafisica e del riconoscimento (seppur nell'ovvio dissenso) post-metafisico del fallibilismo. In sostanza il credente continuerà a prestar fede alla veridicità delle proprie narrazioni religiose, dei propri dogmi e valori morali, ma si troverà a guardare al mondo che lo circonda con il medesimo atteggiamento di un non-credente⁴⁹.

nell'arena politica. Ciò è possibile solo nella misura in cui essi inseriscono ragionevolmente nel contesto delle loro dottrine onnicomprensive l'individualismo egualitario del diritto razionale e della morale universalistica», ibidem.

⁴⁴ *Ivi*, pp. 41-43.

⁴⁵ *Ivi*, p. 33.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ivi*, pp. 40-41.

⁴⁸ «*Le certezze della fede religiosa si intrecciano con convinzioni laiche di natura fallibile e [...] hanno da tempo perduto la loro presunta immunità di fronte alle pretese della riflessione*», *ivi* p. 32.

⁴⁹ Ci sembra il modo più corretto per interpretare le parole che seguono: «*Le certezze di fede, nel contenitore differenziato delle società moderne, sono esposte ad una crescente pressione da parte della riflessione. Ma le convinzioni esistenziali radicate nella religione, grazie al loro riferimento – difeso*

Tale trasformazione, coinvolgendo pienamente il modo attraverso il quale i credenti si riferiscono all'Universo, finisce, a nostro avviso, per riguardare la dimensione più profonda ed intima della vita di questi ultimi. Profondità ed intimità che, come si avrà modo di mostrare, ancor prima che di contenuti, sembra essere fatta di "immagini": immagini che, contribuendo ad animare i contenuti del sacro, la vita dei credenti e la rappresentazione delle istituzioni sotto forma di "legami simbolici", risultano difficilmente scindibili da questi ultimi. La questione è dunque se, nelle pieghe del discorso di Habermas, operi un sostanziale occultamento dell'"immaginario" metafisico, intimamente, e non accidentalmente, connesso al sacro.

4. Il Logos al tempo della secolarizzazione

La recente pubblicazione di un interessante volume che seleziona e raccoglie alcuni dei discorsi tenuti da Ratzinger di fronte ad importanti istituzioni pubbliche del nostro tempo, ci offre l'occasione di proseguire nella nostra analisi. Si avrà infatti modo di notare come, dalle parole dell'allora pontefice, emerge un'interessante riflessione critica sul ruolo ed i compiti della ragione, del diritto e della religione (cristiana e non) proprio nell'ambito della nostra società secolarizzata. I temi affrontati sono dunque in qualche modo i medesimi del dialogo con Habermas, ma offrono prospettive di più ampio respiro⁵⁰.

La preoccupazione principale di Ratzinger è rivolta alla riduzione della razionalità a mera tecnica, metodologicamente limitata alla sfera della scienza sperimentale e ancorata ai presupposti di un positivismo incapace di rendere giustizia alla complessità della natura umana⁵¹. Se ci precludiamo la possibi-

magari razionalmente – all'autorità dogmatica di un nucleo inviolabile di infallibili verità rivelate, si sottraggono a quel tipo di discussione discorsiva senza riserve cui sono esposti altri orientamenti di vita e altre visioni del mondo», *ivi*, p. 33. Il valore da attribuire a quel "senza riserve" sembra doversi riferire alla credenza nei "contenuti" della dogmatica religiosa, mentre l'apertura alle pretese della riflessione, che non appare tanto una scelta quanto un'ineluttabile necessità dettata dai tempi, sembra riferirsi all'"atteggiamento" attraverso cui il credente si relaziona col mondo.

⁵⁰ Si tratta di un volume collettaneo dal titolo *La Legge di re Salomone. Ragione e diritto nei discorsi di Benedetto XVI*, a cura di MARTA CARTABIA, ANDREA SIMONCINI, BUR, Milano, 2013. Il testo presenta, nella prima parte, una serie di interessanti commenti ai discorsi di Ratzinger, tradotti e pubblicati in appendice alle pp. 201-255.

⁵¹ «Soltanto il tipo di certezza derivante dalla sinergia di matematica ed empiria ci permette di parlare di scientificità. Ciò che pretende di essere scienza deve confrontarsi con questo criterio. E così anche le scienze che riguardano le cose umane, come la storia, la psicologia, la sociologia e la filosofia, cercano di avvicinarsi a questo canone di scientificità [...]. Con questo, però, ci troviamo davanti a una riduzione del raggio di scienza e ragione che è doveroso mettere in questione», JOSEPH RATZINGER, *Discorso ai rappresentanti della scienza. Aula Magna dell'Università di Regensburg: 12 settembre*

lità di porre le domande della tradizione metafisica, sviliamo e mortifichiamo la vera natura del *logos*⁵²; così come, impedendo la discussione intorno al senso e al valore del diritto naturale, restiamo costretti nei vincoli angusti del positivismo giuridico⁵³. Accanto a ciò, le parole di Ratzinger indicano, tra gli elementi caratterizzanti la nostra società secolarizzata, il tentativo modernista di “de-elenizzare” il Cristianesimo e la trasformazione della sensibilità religiosa nel “sentimento” religioso, inteso in senso prettamente soggettivistico ed individualistico⁵⁴. Il processo di secolarizzazione dunque, oltre che dalla perdita del senso metafisico della ragione, è caratterizzato dall’allontanamento del “segno” di Dio, della religione e del sacro dalla dimensione pubblica e può essere sostanzialmente ben sintetizzato nella perdita del senso della trascendenza⁵⁵.

2006, in *La Legge di Re Salomone*, cit., p. 212. Altrove ritroviamo: «*Il concetto positivista di natura e ragione, la visione positivista del mondo, è nel suo insieme una parte grandiosa della conoscenza umana, alla quale non dobbiamo assolutamente rinunciare. Ma essa stessa, nel suo insieme, non è una cultura che corrisponda e sia sufficiente all’essere uomini in tutta la sua ampiezza. Dove la ragione positivista si ritiene come la sola cultura sufficiente, relegando tutte le altre realtà culturali allo stato di sottoculture, essa riduce l’uomo, anzi, minaccia la sua umanità*», JOSEPH RATZINGER, *Discorso al Parlamento federale tedesco. Reichstag di Berlino: 22 settembre 2011*, in *La legge di Re Salomone*, cit., p. 249.

⁵² «*L’Occidente, da molto tempo, è minacciato da questa avversione contro gli interrogativi fondamentali della sua ragione, e così potrebbe subire solo un grave danno. Il coraggio di aprirsi all’ampiezza della ragione, non il rifiuto della sua grandezza [...] entra nella disputa del tempo presente*», Id., *Discorso ai rappresentanti della scienza.*, cit., p. 215. In queste pagine, Ratzinger insiste molto sulla fusione tra la metafisica greca e i principi del Cristianesimo e sui rischi connessi alla rottura di questo sodalizio, tanto da affermare che «*non agire secondo ragione, non agire con il “logos”, è contrario alla natura di Dio*».

⁵³ «*Una concezione positivista di natura, che la comprende in modo puramente funzionale, così come le scienze naturali la riconoscono, non può creare alcun ponte verso l’“ethos” e il diritto, ma suscitare nuovamente solo risposte funzionali. La stessa cosa [...] vale anche per la ragione in una versione positivista, che da molti è considerata come l’unica visione scientifica. In essa ciò che non è verificabile o falsificabile non rientra nell’ambito della ragione in senso stretto. Per questo l’“ethos” e la religione devono essere assegnati all’ambito del soggettivo e cadono fuori dall’ambito della ragione nel senso stretto della parola. Dove vige il dominio esclusivo della ragione positivista – e ciò è in gran parte il caso nella nostra coscienza pubblica – le fonti classiche di conoscenza dell’“ethos” e del diritto sono messe fuori gioco*», Id., *Discorso al Parlamento federale tedesco*, cit., pp. 248-249. Di contro «*l’idea del diritto naturale è considerata oggi una dottrina cattolica piuttosto singolare, su cui non varrebbe la pena discutere al di fuori dell’ambito cattolico, così che quasi ci si vergogna di menzionarne anche soltanto il termine*», *ivi*, p. 248. Diritto naturale che, invece, si radicherebbe, storicamente, proprio nella scelta dei teologi cristiani di prendere «*posizione contro il diritto religioso, richiesto dalla fede nelle divinità, e di mettersi [...] dalla parte della filosofia, riconoscendo come fonte giuridica valida per tutti la ragione e la natura nella loro correlazione*», *ivi*, p. 247. e che dunque rivelerebbe la sua intrinseca natura razionale.

⁵⁴ Sul tentativo modernista di de-ellenizzare lo spirito Cristiano e di trasformare la fede in un sentimento privato, si veda JOSEPH RATZINGER, *Discorso ai rappresentanti della scienza*, cit., pp. 210-213.

⁵⁵ *Ivi*, p. 214.

Tuttavia, in questi stessi discorsi, è possibile constatare una considerazione positiva della razionalità illuministica che, in quanto madre delle grandi conquiste del moderno (con particolare riferimento alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo, quale strumento indispensabile alla tutela della dignità e della libertà della persona)⁵⁶, è pienamente identificata con le radici greche del *logos*⁵⁷. E c'è di più: il richiamo alla validità dei diritti umani e la necessità di garantirne l'applicazione contro ogni sistema politico e ideologico che intenda snaturare la dignità dell'uomo, non è semplicemente giustificato in quanto questi ultimi rappresentano l'eredità storica e concettuale del diritto naturale cristiano⁵⁸: è l'evidenza della validità ed indisponibilità di tali diritti a rimandare alla natura trascendente della persona, in una specie di singolarissima "via secolarizzata" a Dio⁵⁹.

⁵⁶ «Questo tentativo, fatto solo a grandi linee, di critica della ragione moderna dal suo interno, non include assolutamente l'opinione che ora si debba ritornare indietro, a prima dell'illuminismo, rigettando le convinzioni dell'età moderna. Quello che nello sviluppo moderno dello spirito è valido, viene riconosciuto senza riserve: tutti siamo grati per le grandiose possibilità che esso ha aperto all'uomo e per i progressi nel campo umano che ci sono stati donati», *ivi*, pp. 213-214. Le grandi conquiste del moderno non sono altrimenti definite da Ratzinger nel discorso di Regensburg. Ma, altrove, assistiamo ad un vero e proprio panegirico della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 (JOSEPH RATZINGER, *Discorso ai membri dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite*. New York: 18 Aprile 2008, in *La Legge di Re Salomone*, cit., pp. 216-225): «Il documento fu il risultato di una convergenza di tradizioni religiose e culturali, tutte motivate dal comune desiderio di porre la persona umana al cuore delle istituzioni, leggi e interventi della società, e di considerare la persona umana essenziale per il mondo della cultura, della religione e della scienza. I diritti umani sono sempre più presentati come linguaggio comune e sostrato etico delle relazioni internazionali», *ivi*, pp. 219-220. Vale appena la pena di sottolineare che le Dichiarazioni universali dei diritti sono, nei fatti, tra i principali prodotti storici della moderna cultura illuministica. È dunque a quest'ultima che fa riferimento Ratzinger.

⁵⁷ Discettando del *logos* in relazione con la Rivelazione cristiana, Ratzinger dice: «Nel profondo, [...] si tratta dell'incontro tra fede e ragione, tra autentico illuminismo e religione», JOSEPH RATZINGER, *Discorso ai rappresentanti della scienza*, cit., p. 208.

⁵⁸ Si veda JOSEPH RATZINGER, *Ciò che tiene unito il mondo*, cit., pp. 51-52.

⁵⁹ Per quanto Ratzinger, coerentemente con la sua impostazione metafisica, scriva che «i diritti riconosciuti e delineati nella "Dichiarazione" si applicano ad ognuno in virtù della comune origine della persona, la quale rimane il punto più alto del disegno creatore di Dio per il mondo e per la storia, e che essi sono basati sulla legge naturale iscritta nel cuore dell'uomo e presente nelle diverse culture e civiltà», è interessante come sottolinei che l'universalità, l'indivisibilità e l'interdipendenza dei diritti umani servono tutte quali garanzie per la salvaguardia della dignità umana e che una restrizione del loro ambito di applicazione significherebbe cedere ad una concezione relativistica, secondo la quale il significato e l'interpretazione dei diritti potrebbero variare e la loro universalità verrebbe negata in nome di contesti culturali, politici, sociali e persino "religiosi" [la sottolineatura è nostra] differenti», JOSEPH RATZINGER, *Discorso ai membri dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite*, cit., p. 220. L'indisponibilità dei diritti umani va dunque ben al di là di una collocazione religiosa, storica, politica o culturale: «La "Dichiarazione universale" ha rafforzato la convinzione che il rispetto dei diritti umani è radicato principalmente nella giustizia che non cambia, sulla quale si basa anche la forza vincolante delle proclamazioni internazionali. [...] I diritti umani debbono essere rispettati quali espressione di giustizia e non semplicemente perché possono essere fatti rispettare mediante la volontà dei legislatori», *ivi*, p. 221. In conseguenza del riconoscimento dell'universalità ed indisponibilità di

Nel mondo secolarizzato conviverebbero dunque due elementi diversi e in qualche modo contraddittori: insieme all'occultamento della funzione metafisica del *logos* e del ruolo guida svolto dal diritto naturale e dalla religione, infatti, avremmo assistito, nel corso dell'era moderna, all'affermazione della validità ed indisponibilità dei diritti dell'uomo, specchio evidente di una mentalità universalistica ed illuministica tutt'altro che incompatibile con i principi della religione cristiana e con la sensibilità religiosa in generale⁶⁰. Il riconoscimento del carattere universale dei diritti dell'uomo svolgerebbe pertanto la funzione di "preservare" la razionalità stessa dalla riduzione a ragione strumentale e sperimentale; inoltre, alcuni tra i principali prodotti della modernità rappresenterebbero delle conquiste della ragione e non delle sottrazioni: particolarmente illuminante è il riferimento alla libertà religiosa⁶¹.

Alla luce di tali riflessioni, può risultare di qualche interesse mettere in luce il legame che, nelle parole di Ratzinger, risulta in grado di tenere insieme i riferimenti ai diritti dell'uomo e al diritto naturale.

tali diritti, universale è anche la natura umana, soggetto di tali diritti (*ivi*, p. 220). Alla luce di queste riflessioni, le parole di Ratzinger sembrano assumere un senso più ampio del semplice riconoscimento del valore trascendente e sacro – e pertanto ancorato ad una prospettiva religiosa e metafisica – della natura umana. Esse sembrano suggerire la necessità di "radicare" la sacralità della persona proprio attraverso il riconoscimento dei suoi diritti inalienabili.

⁶⁰ Non è nostra intenzione tracciare un percorso critico del riconoscimento da parte della Chiesa Cattolica dei diritti dell'uomo, né del difficile rapporto tra quest'ultima e la cultura illuministica: la questione è senz'altro troppo complessa per essere affrontata in questa sede. È possibile fare riferimento all'interessante lavoro di DANIELE LORENZINI, *Jacques Maritain e i diritti umani*, Morcelliana, Brescia, 2012, al quale si rinvia per i riferimenti storici e bibliografici. Dal testo si evince come il riconoscimento – se riconoscimento definitivo c'è stato – da parte della Chiesa cattolica della prospettiva "illuministica" dei diritti dell'uomo sia stata tutt'altro che rapida, immediata e priva di contrasti. L'autore sottolinea come il mondo cattolico abbia per lungo tempo preferito parlare di "diritti della persona". Il fatto che Ratzinger utilizzi in modo indistinto le due terminologie complica senz'altro la questione. Ad ogni modo, più che insistere sul problema del riconoscimento dei diritti umani da parte della Chiesa o sulla volontà di interpretare tale riconoscimento, seguendo una *lectio faciliior*, alla stregua di un loro battesimo alla luce della dottrina cristiana (si veda a tal proposito PHILIPPE PORTIER, *L'ossessione dell'Illuminismo. Giovanni Paolo II e il mondo moderno*, Manni Editori, Milano, 2006), abbiamo preferito seguire un percorso differente.

⁶¹ JOSEPH RATZINGER, *Discorso ai membri dell'Assemblea generale delle nazioni unite*, cit., p. 223.

5. Simboli e legàmi

Per quanto Ratzinger insista sulla natura puramente razionale del diritto naturale, è chiaro come il suo autentico punto di riferimento sia il diritto naturale cristiano⁶². Il tentativo di tenere insieme la prospettiva metafisica di quest'ultimo con il riconoscimento del carattere universale ed indisponibile dei diritti umani presenta qualche difficoltà, che non si attenua, ma si accentua, nel momento in cui viene sostenuto che, proprio attraverso il riconoscimento di questi ultimi, è possibile rimandare alla natura trascendente della persona e dunque aprire un varco alla sensibilità religiosa. Ma, ad ogni modo, anche salutare il loro riconoscimento quale prodotto dell'evoluzione storica e concettuale del diritto naturale cristiano che, identificato col diritto naturale *tout court*, ne rappresenterebbe al tempo stesso l'unica radicale possibilità di legittimazione, si dimostra un problema di non poco conto. Come è stato osservato, infatti, il riconoscimento del valore universale dei diritti dell'uomo rappresenta il prodotto conclusivo di un'evoluzione storica che, prendendo le mosse dal moderno giusrazionalismo, giunge alla formulazione delle moderne carte costituzionali dei giorni nostri. La grande differenza tra i principi del diritto naturale moderno (destinati ad evolversi nelle nostre moderne carte costituzionali e dunque a determinare le caratteristiche dello Stato di diritto) e i principi del diritto naturale cristiano tradizionale, consiste nel fatto che i primi si fondano su di un modello per il quale sono gli individui, in quanto portatori di diritti, a rappresentare il fondamento della società organizzata. Di contro, il richiamo al diritto naturale cristiano, nelle società pre-moderne, più che fungere da garanzia per le libertà ed i bisogni dell'individuo, ha svolto la funzione di tutelare – “contro” quest'ultimo – l'*organon* stesso della comunità. Quest'ultimo elemento non può in alcun modo essere ridotto ad una semplice circostanza storica⁶³. Le conquiste del moderno, intrinsecamente

⁶² Si veda a tal proposito WOLFGANG WALDESTEIN, *Scritto nel cuore. Il diritto naturale come fondamento di una società umana*, Giappichelli, Torino, 2014, citato dallo stesso Ratzinger. Sulla pluralità di valori e significati che ha assunto e può assumere il diritto naturale, in questa sede è solamente possibile fare riferimento alla voce *Giusnaturalismo*, a cura di SERGIO COTTA, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XIX, Giuffrè Editore, Milano, 1970, pp. 510-523.

⁶³ NORBERTO BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 2014. La riflessione di Bobbio è incentrata sulla genesi storico-concettuale dei diritti umani e dello stato di diritto. Lo studioso ritiene che questi ultimi abbiano preso le mosse proprio dal superamento del modello tradizionale di società, caratterizzato da una prospettiva olistica ed organicistica. Tale concezione, risalente ad Aristotele – e sostanzialmente confermata dal naturalismo cristiano – non considera gli individui quali portatori di diritti, ma destinatari di compiti e doveri che vengono loro assegnati “dall'alto”. Al contrario, la svolta della modernità avrebbe messo al centro del discorso giuridico l'individuo e le sue libertà. Il diritto naturale moderno (o giusrazionalismo), a differenza del giusnaturalismo cristiano, dunque, non si caratterizza per una concezione “olistica”, “naturalistica” e “organicistica”, quanto piuttosto

rappresentate da un'inevitabile svolta soggettivistica ed individualistica (intendendo con questo termine non le negazione della condizione sociale e comunitaria dell'individuo, quanto piuttosto la negazione della sua collocazione "ontologica" e "naturale" in un ambito gerarchico e cosmologico prestabilito), difficilmente possono conciliarsi con l'approccio olistico e metafisico della tradizione metafisica classica.

Che valore deve essere allora attribuito al riconoscimento del moderno stato di diritto? La domanda può trovare risposta unicamente se formulata in relazione ad un'altra, e precisamente: che valore è possibile attribuire ai richiami frequenti al diritto naturale? Entrambe le domande possono tuttavia essere risolte unicamente attribuendo un significato ben preciso alla dimensione metafisica del *logos* e alla sua funzione.

L'ipotesi che qui vogliamo suggerire è che questi tre concetti – dimensione "metafisica" della razionalità, "indisponibilità" dei diritti umani e "universalità" del diritto naturale – rappresentano, nella riflessione di Ratzinger, "tre" facce della stessa medaglia (il che di per sé già appare bizzarro dal momento che, normalmente, una medaglia di facce ne ha due).

Volendo individuare una parola chiave nei discorsi dell'allora Pontefice, potremmo indicarla nella parola "legàme": volta per volta, infatti, viene infatti sottolineato del *logos* la capacità di creare legàmi. In primo luogo si tratta di tenere insieme l'"indisponibilità" dei diritti umani con la loro origine "ontologica", attraverso il riconoscimento del carattere universale del diritto naturale e della persona umana. In secondo luogo, si tratta di tenere insieme la prospettiva "metafisica" – e dunque aperta al trascendente – con il riconoscimento delle conquiste dei moderni, riconducendo in tal modo "le libertà dei moderni" alla loro origine divina, rafforzando il valore del diritto naturale e il rispetto dei diritti umani fondamentali. In terzo luogo, si tratta della necessità di ancorare il riconoscimento dei diritti dell'uomo ad una corretta prospettiva metafisica e religiosa che sia in grado di armonizzarli con i "doveri dell'uomo"⁶⁴. In linea più generale, si tratta di "riallacciare" la razionalità

per essere stato la prima forma teorica e giuridica (peraltro destinata ad evolversi ben oltre lo stesso concetto di diritto naturale) attraverso la quale gli individui hanno ribaltato il modello tradizionale di società. Modello, pienamente legittimato dal diritto naturale cristiano, "contro" il quale – si pensi al principio di tolleranza, alla libertà religiosa, alla laicità dello stato – sono sorte le libertà dei moderni e i diritti inviolabili dell'uomo. Si vedano soprattutto le pp. 57-65; 114-117 e 120-141.

⁶⁴ «*Lo Spirito è Cristo e Cristo è il Signore che indica la strada. Con la parola sullo Spirito e sulla libertà si schiude un vasto orizzonte, ma allo stesso tempo si pone un chiaro limite all'arbitrio e alla soggettività, un limite che obbliga in maniera inequivocabile il singolo come la comunità e crea un legame superiore a quello della lettera: il legame dell'intelletto e dell'amore. Questa tensione tra legame e libertà [...] ha determinato anche il pensiero e l'operare del monachesimo e ha profondamente plasmato la cultura occidentale. Essa si pone nuovamente anche alla nostra generazione*

positivista alla sua radice metafisica, legandola, in tal modo, agli interrogativi fondamentali dell'esistenza umana e di assegnare alla pratica religiosa il ruolo di stabilire un "ponte" tra i principi del diritto naturale – che restano a monte dei diritti dell'uomo – e la loro applicazione concreta⁶⁵. Come è possibile agevolmente notare, si tratta di elementi spesso eterogenei tra loro.

Tuttavia, nel tempo della secolarizzazione, il *logos* è chiamato proprio a "legare" ciò che quest'ultima ha "slegato". L'*ethos* secolarizzato, infatti, secondo una interessante definizione, può essere ben rappresentato dall'immagine del "Sé schermato"⁶⁶, immagine tesa a rendere come la caratteristica pregnante dell'uomo moderno sia la tendenza a staccarsi dall'ingenua e "porosa" relazione col mondo naturale, col mondo del sacro e, dunque, con la prospettiva trascendente della metafisica. Tale distacco non rappresenta – almeno in prima istanza – la negazione di questi elementi, ma la loro problematizzazione, tanto da aprire il varco alla possibilità dell'ateismo, del solipsismo e dell'indifferentismo etico. Ed ecco che, nelle parole di Ratzinger, proprio il riferimento al diritto naturale, richiamato dall'evidente indisponibilità dei diritti umani, sembra svolgere il ruolo di evitare questa deriva. In altri termini: la rivalutazione della razionalità illuministica e il suo collocamento nell'ambito della storia del *logos*, assumono principalmente la funzione di riallacciare i legami tra la trascendenza e l'uomo, ribadendo il destino metafisico e religioso di quest'ultimo⁶⁷.

I principi fondanti dello stato di diritto e l'assoluta indisponibilità dei diritti umani possono essere riconosciuti sempre e solo unitamente alla dottrina cristiana del diritto naturale proprio perché lo scopo implicito del discorso consiste nel riallacciare i ponti tra la trascendenza e la coscienza umana, tra il destino metafisico e la dimensione mondana e soggettiva della coscienza. Di più: legando "diritto" e "natura", lo scopo sembra quello di tenere assieme la società umana e le sue radici ontologiche. Di conseguenza, la difficoltà in-

come sfida di fronte ai poli dell'arbitrio soggettivo, da una parte, e del fanatismo fondamentalista, dall'altra. Mancanza di legame e arbitrio non sono libertà, ma la sua distruzione», JOSEPH RATZINGER, *Discorso al mondo della cultura. Collège de Bernardis, Parigi: 12 settembre 2008*, in *La legge di Re Salomone*, cit., pp. 232-233.

⁶⁵ Si veda, a tal proposito, ID., *Discorso alle autorità civili. Londra, Westminster Hall: 17 settembre 2010*, in *La Legge di Re Salomone*, cit., pp. 238-243.

⁶⁶ Si veda il già citato CHARLES TAYLOR, *L'età secolare*, soprattutto le pp. 11-122.

⁶⁷ «La ragione positivista [...] assomiglia a quegli edifici di cemento armato senza finestre, in cui ci diamo il clima e la luce da soli e non vogliamo più ricevere ambedue le cose dal mondo vasto di Dio. E tuttavia non possiamo illuderci che in tale mondo autocostruito attingiamo in segreto ugualmente alle "risorse" di Dio, che trasformiamo in prodotti nostri. Bisogna tornare a spalancare le finestre, dobbiamo vedere di nuovo la vastità del mondo, il cielo e la terra e imparare a usare tutto questo in modo giusto», JOSEPH RATZINGER, *Discorso al Parlamento federale tedesco*, cit., p. 249.

terpretativa può essere risolta unicamente riconoscendo carattere “operativo” e “simbolico” al discorso di Ratzinger: l’indisponibilità del diritto naturale e dei diritti dell’uomo rimanda a due “immagini”, immagini che svolgono la funzione simbolica di ribadire la natura trascendente del reale e la validità della prospettiva metafisica. La rinuncia che Habermas richiedeva ai credenti affinché le loro ragioni potessero avere accesso alla sfera pubblica (la necessità di “slegare” il metafisico dal trascendente attraverso il riconoscimento “interno” dei principi che hanno guidato il processo di secolarizzazione), si ribalta completamente nella riflessione di Ratzinger: il riconoscimento dei principi che hanno caratterizzato la razionalità politico-giuridica del moderno serve proprio allo scopo di riallacciare quel legame metafisico tra l’uomo e la sua origine, che proprio il processo secolarizzazione ha inteso spezzare. Vale a dire a “tenere unito il mondo”.

6. Conclusioni: natura simbolica ed operativa del diritto: “legare” e “s-legare”

Quello che qui è in gioco è la natura operativa del diritto. Quest’ultimo, infatti, come è stato detto, si caratterizza per essere una realtà sociale “istituita” attraverso l’uso di immagini, segni e formule che assumono una valenza prettamente “simbolica”. La stessa società è dunque trasformata ed organizzata attraverso l’uso del diritto, il quale rivela in tal modo la sua natura operativa. La funzione simbolica delle immagini giuridiche rimanda all’istituzione di una relazione di “significato” tra queste ultime e la “cosa”, vale a dire la realtà sociale da organizzare e trasformare. “Istituzione” che non assume originariamente carattere logico o concettuale, ma “immaginario” e creativo, e che svolge la doppia funzione del *lègein* (catalogare, collocare, definire) e del *teuchèin* (operare “in vista di”). In tale prospettiva alla realtà sociale viene esplicitamente riconosciuto il carattere “autoistituito”⁶⁸.

Questa considerazione preliminare ci consente una possibile interpretazione dell’uso di quella particolare “immagine” giuridica rappresentata dai diritti umani. Essa – insieme all’immagine del moderno stato di diritto – svolge, nella riflessione di Ratzinger, la specifica funzione di legare il suo “significato” – che come visto consiste nel ribadire la preesistenza del diritto naturale rispetto alle forme storiche e fattuali del diritto positivo – alla “cosa” mondo, ottenendo in tal modo lo scopo di mantenerlo in stretta relazione con il suo fondamento trascen-

⁶⁸ CORNELIUS CASTORIADIS, *L’istituzione immaginaria della società (parte seconda)*, Bollati Boringhieri, Torino, 1995. Si vedano le pp. 74-141 e 231-274.

dente, Dio. In altri termini, l'immagine dei diritti umani svolgerebbe la funzione simbolica di tenere insieme il diritto naturale – già “scritto nel cuore” del mondo umano e sociale – con la sua radice ontologica e trascendente. Allo stesso tempo, svolgerebbe il compito, “religioso”, di legare la nascita della società – e dunque la sua istituzione – con la nascita del mondo⁶⁹, ribadendo la natura creata di entrambe, ad opera ed immagine di una realtà trascendente. Tuttavia siamo di fronte ad un'operazione in grado di funzionare solo a patto che ne venga occultata proprio la natura immaginaria ed istituita⁷⁰. Non si tratta, infatti – come vorrebbe Ratzinger – di dedurre o applicare i principi del diritto, di un fantomatico e mai troppo chiarificato diritto naturale⁷¹, dal loro fondamento metafisico ed ontologico. Si tratta di utilizzare le immagini del diritto per riallacciare quel legame tra mondo e trascendenza che la secolarizzazione ha reso problematico, slegando e svincolando il soggetto dalla prospettiva ontologica e metafisica che prima lo teneva avvinto. L'ordinamento del moderno stato democratico di diritto è in ultima istanza legittimato attraverso il riconoscimento dell'in-disponibilità ed universalità dei diritti dell'uomo, la cui connessione col diritto naturale cristiano risulta essere non di tipo “logico”, ma “simbolico-operativa”, al preciso scopo eminentemente pratico di sanare le fratture del mondo post-secolare, riconducendo nuovamente la società ad una prospettiva religiosa e metafisica, riaffermandone in tal modo la natura essenzialmente “eteronoma”⁷².

Al contrario, la proposta di verbalizzazione del sacro avanzata da Habermas intende proprio privare la sensibilità religiosa di tale legame con la metafisica, utilizzando l'immagine dei diritti umani e dei principi democratici che ne garantiscano l'applicazione, quale strumento per “slegare” la rappresentazione degli individui e della società da un prestabilito modello ontologico e sociale. In altri termini, essa intende assecondare il processo di secolarizzazione attraverso il riconoscimento della natura fallibilistica non solo della conoscenza, ma anche del sacro stesso, ribadendo la natura “autonoma” delle istituzioni umane.

⁶⁹ ID., *Istituzione della società e religione*, (1986) in ID., *L'enigma del soggetto. L'immaginario e le istituzioni*, Dedalo, Bari, 1998, pp. 9-30. Scrive l'Autore, a proposito della funzione sociale della religione: «A questo punto la soluzione è stata quella di legare insieme origine del mondo e origine della società, significazione dell'essere ed essere della significazione. Ecco l'essenza della religione: tutto ciò che è diventa sussumibile sotto le stesse significazioni», *ivi*, p. 16.

⁷⁰ *Ivi*, pp. 26-38.

⁷¹ Si veda, a tal proposito NORBERTO BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2011, pp. 139-209.

⁷² L'occultamento – o negazione – della natura autoistituita della società sembra essere un elemento centrale dell'immaginario religioso. Scrive Castoriadis: «L'enigma della società eteronoma e l'enigma della religione sono in massima parte un solo e medesimo enigma», CORNELIUS CASTORIADIS, *Istituzione della società e religione*, cit., p. 28.

Le due prospettive chiamano dunque in causa il ruolo “simbolico” ed “operativo” delle immagini giuridiche che evocano e sembrano muoversi – entrambe – nel mezzo del processo di secolarizzazione, al quale riconoscono – ognuna secondo il proprio orientamento – una dimensione non semplicemente “sottrattiva”, mettendone in luce l’inevitabile ed ineludibile problematizzazione del rapporto uomo-mondo. Che si tratti di una trasformazione del concetto di trascendenza, come vuole Habermas, o piuttosto della difficoltà di riallacciare un ponte con quest’ultima, come sembra sostenere Ratzinger, è chiaro che entrambi ne riconoscono l’avvenuta irreversibilità antropologica, la cui ricaduta giuridica principale sembra consistere nella difficoltà di individuare una qualche legittimazione etica agli ordinamenti vigenti. Ma c’è di più: entrambi, attraverso l’utilizzo operativo di immagini, rimandano alla funzione essenzialmente pratica del diritto e sembrano suggerirci, ben al di là delle stesse intenzioni (e per certi aspetti contro di esse), come la domanda sulla legittimazione etica del moderno stato di diritto non possa in alcun modo trovare risposta sul piano del diritto naturale⁷³, ma debba essere inevitabilmente affrontata da una prospettiva di tipo pratico-operativo, dal momento che ogni processo argomentativo volto allo scopo rimanda inevitabilmente ad operazioni pratiche e simboliche le quali – siano esse religiose o meno – prima ancora di rappresentare un supporto motivazionale in grado di conferire validità alle istituzioni vigenti, sembrano tese alla trasformazione del senso sociale di queste stesse istituzioni.

⁷³ A tal proposito può esser di qualche interesse fare riferimento al testo di MARINA LALATTA COSTERBOSA, *Il diritto come ragionamento morale. Saggio sul giusnaturalismo contemporaneo e le sue applicazioni bioetiche*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2007, in cui Habermas è indicato quale esponente di una particolarissima forma di giusnaturalismo (pp. 143 -172).

Diritto e religioni

PARTE II

Presentazione

Nel presente numero vengono pubblicate due sentenze del Consiglio di Stato, le nn. 4634 e 5896 del 2018. Inoltre, si pubblicano anche due sentenze del T.A.R. per la Lombardia che ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 72 commi 1, 2 e 5 della L.R. della Lombardia n. 12/2005 e una sentenza del T.A.R. per il Veneto.

La sentenza n. 4634 riguarda l'ora di religione ed è commentata con nota "*Un overruling del Consiglio di Stato in materia di ora di religione?*" dal prof. Marco Croce.

Con la sentenza n. 5896 del 2018, concernente il riconoscimento pensionistico ai perseguitati politici e razziali, il Consiglio di Stato osserva come sia scorretto da parte della P.A. ancorare l'origine ebraica di una persona alla nozione di "razza ebraica" contenuta nell'art. 8, lettera d), R.D.L. n. 1728 del 17 novembre 1938. Invero, il pretendere, oggi, di far uso di concetti e di categorie giuridiche elaborate al tempo della vigenza delle leggi razziali, finirebbe inevitabilmente per implicare la perpetuazione, in senso sfavorevole all'interessato, dell'efficacia di definizioni giuridiche basate sul concetto di appartenenza alla razza e sorte all'unico scopo di discriminare tra di loro gli individui.

Il T.A.R. per la Lombardia con le sentenze n. 1939 e n. 2227 del 2018 (e con le conseguenti ordinanze di remissione n. 159 del 3/08/2018 e n. 172 dell'8/10/2018, aventi lo stesso contenuto delle due citate sentenze), nel solco della sentenza n. 63 del 23 febbraio 2016 della Corte Costituzionale, ha evidenziato che l'intera architettura della disciplina regionale lombarda in materia di edifici di culto consiste nell'individuazione di una corrispondenza biunivoca tra le "attrezzature religiose di interesse comune", di cui all'articolo 71, comma 1, costituenti opere di urbanizzazione secondaria, e le "attrezzature religiose" di cui all'articolo 72, di modo che tutte tali attrezzature sono trattate allo stesso modo, ossia quali opere di urbanizzazione secondaria soggette alla necessaria previa programmazione comunale. Da ciò ne consegue che l'articolo 72, commi 1, 2 e 5 della L.R. n. 12 del 2005 istituiscono un sistema nel quale le attrezzature religiose di qualsivoglia natura, inclusi i luoghi di culto, devono essere necessariamente realizzati nelle aree e negli immobili stabiliti dal Comune, al quale spetta, per questa via, ogni discrezionalità in ordine all'apertura di luoghi di culto, pubblici o privati, sul proprio territorio. L'impostazione seguita dal legislatore regionale non porrebbe dubbi di compatibilità con l'articolo 19 della Costituzione se il Piano delle attrezzature religiose intervenisse al solo scopo di censire le attrezzature esistenti aperte al pubblico, verificare il fabbisogno di ulteriori attrezzature, e provvedere conseguentemente. Tuttavia la disciplina regionale si spinge oltre tale obiettivo, stabilendo che – in assenza o comunque al di fuori delle previsioni del Piano delle attrezzature religiose – non sia consentita l'apertura di alcuna attrezzatura religiosa, a prescindere dal contesto e dal carico urbanistico generato dalla specifica opera. Per questa via, si determina un ostacolo di fatto al libero esercizio del culto ed un'indebita limitazione della libertà religiosa, poiché la possibilità di esercitare collettivamente e in forma pubblica i riti non contrari al buon costume – garantita dalla Costituzione – viene a essere subordinata alla pianificazione comunale e, quindi, al controllo pubblico. Infatti, rileva il Tribuna-

le amministrativo lombardo, la libertà di esercizio collettivo del culto, assicurata dall'articolo 19 della Costituzione, non può risentire in termini così stringenti della programmazione urbanistica, né è assicurata soltanto ai culti dotati di una determinata rappresentatività in ambito locale; al contrario, la Costituzione garantisce l'esercizio pubblico del culto, con il solo limite del rispetto del buon costume, anche ad una comunità composta da pochi fedeli. Inoltre, le limitazioni all'apertura di luoghi di culto stabilite dalla legge regionale lombarda violano anche i fondamentali canoni di ragionevolezza, proporzionalità e non discriminazione posti dall'articolo 3 della Costituzione, nonché costituirebbero una lesione dei diritti inviolabili della persona, tutelati dall'art. 2 della Costituzione. Infine, la mancata previsione, da parte della norma regionale, di tempi certi di risposta alle istanze dei fedeli interessati sembra in contrasto anche con i principi di cui agli artt. 97, 114, 117 comma 2 lett. m), 117 comma 6 terzo periodo e 118 Cost..

Infine, la sentenza del T.A.R. per il Veneto n. 1218/2018 riguarda il rifiuto di un militare non credente alla partecipazione a una cerimonia religiosa in orario di servizio ed è corredata da una nota redazionale.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 luglio 2018, n. 4634

Ora di religione – Revocabilità della scelta della frequenza durante l'anno scolastico – Legittima.

In materia di revocabilità della scelta se frequentare o meno l'ora di religione durante l'anno scolastico si pone un problema di libertà di coscienza e di religione per gli alunni non aderenti a tale dottrina, dal momento che l'insegnamento della religione cattolica deve essere impartito in conformità alla dottrina della Chiesa e non attiene dunque genericamente alla sfera culturale. Come tale, esso non può essere assimilabile agli altri insegnamenti, non è curricolare e non concorre alla determinazione della media di profitto scolastico finale. La scelta di frequentare l'ora di religione è sempre revocabile, anche in corso d'anno scolastico, essendo la libertà di coscienza indisponibile. Di conseguenza l'ora di religione non può essere considerata obbligatoria nemmeno per chi la sceglie e la normativa disciplinante i termini per la presentazione della richiesta di avvalersi o meno dell'insegnamento deve essere interpretata in modo costituzionalmente orientato, nel senso che alla stessa deve essere attribuita esclusiva valenza organizzativa rivolta alla scuola, giammai anche valenza limitativa di diritti fondamentali costituzionalmente tutelati.

Omissis (...)

FATTO

1. Con la sentenza in epigrafe, il T.A.R. per il Molise accoglieva il ricorso n. 326 del 2011, proposto dal signor (...), in qualità di genitore esercente la potestà sui figli minori (...), avverso il provvedimento n. 3373/C27 del 27 settembre 2011 del

dirigente scolastico dell'Istituto d'istruzione secondaria superiore (...) (frequentato dai due figli, iscritti nell'anno scolastico 2011/2012 rispettivamente alla II° classe di liceo e alla V° classe di ginnasio), con il quale il dirigente scolastico aveva annullato il proprio precedente provvedimento n. 3353/C27 del 26 settembre 2011 – con cui lo stesso in un primo momento, su richiesta del genitore, aveva accordato l'esonero dei due figli minorenni dall'insegnamento della religione cattolica –, disponendone la riammissione a tale insegnamento.

Il gravato provvedimento di annullamento in autotutela si basava sulle seguenti motivazioni:

(i) l'insegnamento di religione non è una catechesi, ma un insegnamento scolastico disciplinato dal concordato tra Stato e Chiesa, ed attiene alla sfera culturale, sicché non si pone un problema di libertà di coscienza e di religione, configurabile *«solo nel momento in cui l'insegnamento di una disciplina si trasformi in indottrinamento e/o catechesi»* (v. così, testualmente, il gravato provvedimento);

(ii) l'esonero era stato accordato, sebbene la relativa richiesta fosse intervenuta, in contrasto con la precedente scelta, all'inizio dell'anno scolastico 2011/2012, e dunque oltre il termine stabilito dall'art. 9, comma 2, l. 25 marzo 1985, n. 121, secondo cui l'esonero va richiesto all'atto dell'iscrizione.

2. In particolare, il T.A.R. adito basava la pronuncia di accoglimento sui seguenti rilievi:

- alla luce della disciplina vigente in materia, l'ora di religione non può considerarsi alla stregua di una materia curricolare obbligatoria, rispettivamente di una materia comune d'insegnamento, tant'è che, proprio per evitare discriminazioni, il voto dell'insegnante di religione non si esprime in termini numerici né concorre alla determinazione della media di profitto scolastico finale, con conseguente illegittimità della prima ragione posta a base dell'impugnato provvedimento;

- la normativa disciplinante i termini per la presentazione della richiesta di esonero deve essere interpretata in modo costituzionalmente orientato, nel senso che alla stessa deve essere attribuita esclusiva valenza organizzativa rivolta alla scuola, giammai anche valenza limitativa di diritti fondamentali costituzionalmente tutelati, sicché *«l'indisponibilità del diritto e la revocabilità del consenso inducono a ritenere che, anche nel corso dell'anno, si possa cambiare idea e non frequentare più l'ora di religione, senza alcun pregiudizio sul profitto scolastico»* (v. così, testualmente, l'impugnata sentenza), con conseguente illegittimità anche della seconda ragione posta a base dell'impugnato provvedimento.

3. Avverso tale sentenza interponevano appello il M.I.U.R. e l'Istituto di istruzione secondaria superiore (...), censurando l'erronea applicazione della disciplina posta dalla l. n. 121/1985 e dal D.P.R. n. 751/1985 in materia di facoltà d'esonero dall'insegnamento della religione cattolica, chiedendo, in riforma dell'impugnata sentenza, la reiezione del ricorso di primo grado.

Intervenivano in giudizio il Sindacato nazionale autonomo degli insegnanti di religione (SNADIR) e due docenti di religione cattolica, aderendo alle posizioni delle Amministrazioni appellanti e chiedendo l'accoglimento dell'appello.

Sebbene ritualmente evocati in giudizio, omettevano invece di costituirsi gli originari ricorrenti.

4. All'udienza pubblica del 15 marzo 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

5. L'appello è infondato.

5.1. In linea di diritto, si osserva che ai fini della risoluzione della presente controversia vengono in rilievo le seguenti fonti normative:

- l'art. 9, comma 2, l. 25 marzo 1985, n. 121 (*Ratifica ed esecuzione dell'accordo, con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modificazioni al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929, tra la Repubblica italiana e la Santa Sede*), che testualmente recita: «*La Repubblica italiana, riconoscendo il valore della cultura religiosa e tenendo conto che i principi del cattolicesimo fanno parte del patrimonio storico del popolo italiano, continuerà ad assicurare, nel quadro delle finalità della scuola, l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche non universitarie di ogni ordine e grado. Nel rispetto della libertà di coscienza e della responsabilità educativa dei genitori, è garantito a ciascuno il diritto di scegliere se avvalersi o non avvalersi di detto insegnamento. All'atto dell'iscrizione gli studenti o i loro genitori eserciteranno tale diritto, su richiesta dell'autorità scolastica, senza che la loro scelta possa dar luogo ad alcuna forma di discriminazione*»;

- l'art. 4, comma 1, lettera b), D.P.R. 16 dicembre 1985, n. 751 (*Esecuzione dell'intesa tra l'autorità scolastica italiana e la Conferenza episcopale italiana per l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche*), che statuisce: «*b) detto insegnamento deve essere impartito in conformità alla dottrina della Chiesa da insegnanti riconosciuti idonei dall'autorità ecclesiastica e in possesso di qualificazione professionale adeguata*»;

- l'art. 2, comma 1, lettera b), D.P.R. n. 751/1985, del seguente tenore letterale: «*b) la scelta operata su richiesta dell'autorità scolastica all'atto dell'iscrizione ha effetto per l'intero anno scolastico cui si riferisce e per i successivi anni di corso nei casi in cui è prevista l'iscrizione d'ufficio, fermo restando, anche nelle modalità di applicazione, il diritto di scegliere ogni anno se avvalersi o non avvalersi dell'insegnamento della religione cattolica*».

5.2. Da quanto sopra risulta, in primo luogo, smentita la prima ragione, riportata sopra *sub* 1.(i), su cui si fonda l'impugnato provvedimento.

Infatti, a norma del citato art. 4, comma 1, lettera b), D.P.R. n. 751/1985 l'insegnamento della religione cattolica essere «*impartito in conformità alla dottrina della Chiesa*», sicché si pone, all'evidenza, un problema di libertà di coscienza e di religione per gli alunni non aderenti a tale dottrina, non attenendo l'insegnamento in questione genericamente alla sfera culturale e non essendo esso assimilabile agli altri insegnamenti. Proprio per tale ragione – come correttamente rilevato nell'appellata sentenza – l'ora di religione non è configurata come materia curricolare obbligatoria, il voto dell'insegnante di religione non si esprime in termini numerici, né esso concorre alla determinazione della media di profitto scolastico finale, ed è prevista la relativa facoltà di esonero, su scelta degli alunni, rispettivamente degli esercenti la potestà genitoriale.

5.3. In secondo luogo – come altrettanto correttamente rilevato nell'appellata sentenza –, la disciplina della facoltà di esonero, contenuta nel sopra citato art. 2, comma 1, lettera b), D.P.R. n. 751/1985, alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata deve essere ricostruita nel senso che il termine ancorato all'atto dell'iscrizione al singolo anno scolastico, funzionale alle esigenze organizzative delle istituzioni scolastiche e degli insegnanti di religione, non può ritenersi preclusivo di una scelta diversa successiva, anche nel corso dell'anno scolastico.

Infatti, tale scelta costituisce una forma di esercizio della libertà di religione riconosciuta al singolo, rispettivamente della libertà di coscienza e delle responsabilità educative dei genitori, implicanti il diritto di avvalersi o di non avvalersi dell'inse-

gnamento della religione cattolica, quale esplicazione delle menzionate libertà fondamentali di rango costituzionale insuscettibili di essere sottoposti a condizione o a termini che ne impediscano l'esercizio pieno e senza discriminazione tra gli aderenti alla religione cattolica, gli aderenti ad altre confessioni e/o i non credenti (artt. 3, primo comma, e 19 Cost.).

Ne discende l'illegittimità anche della seconda ragione, riportata sopra *sub* 1.(ii), posta a fondamento dell'impugnato provvedimento.

5.4. Per le esposte considerazioni, di natura assorbente, s'impone la reiezione dell'appello, con conseguente conferma dell'appellata sentenza.

6. (...)

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto (ricorso n. 6866 del 2012), lo respinge e, per l'effetto, conferma l'impugnata sentenza;

(...)

Un overruling del Consiglio di Stato in materia di ora di religione?

MARCO CROCE

1. Il caso e la decisione del T.A.R. Molise del 2012

La sentenza della VI sezione del Consiglio di Stato n. 4634 del 2018 che si commenta è una decisione caratterizzata da una motivazione estremamente breve e piuttosto apodittica, per cui, per inquadrarne il possibile significato, nonché, come si vedrà, l'estrema problematicità in rapporto al precedente più prossimo della stessa sezione, può essere utile ripercorrere il percorso motivazionale, più articolato, del giudice di prime cure¹, che ha indirettamente trovato conferma visto che il ricorso che mirava alla riforma della statuizione del tribunale amministrativo regionale molisano è stato rigettato.

Il caso riguardava un contenzioso sulla possibilità di modificare la scelta di frequentare l'insegnamento della religione cattolica nella scuola pubblica nel corso dell'anno scolastico: il figlio e la figlia del ricorrente, studenti in un liceo classico, che avevano in prima battuta scelto di avvalersi dell'insegnamento, chiedevano che questa scelta potesse essere modificata *senza dover attendere il nuovo anno scolastico* e senza dunque essere più obbligati a frequentare l'ora di religione.

Il dirigente scolastico, che in prima battuta aveva consentito la modificazione, annullava con nuovo provvedimento la precedente statuizione, vanificando quindi la scelta degli studenti e delle loro famiglie. Nel motivare l'atto faceva riferimento alla *connotazione culturale dell'insegnamento*, che avrebbe escluso la sua qualificazione come catechesi e avrebbe escluso parimenti ogni possibilità di lesione della libertà di coscienza dei ricorrenti. Sottolineava inoltre come l'art. 9, comma 2, della l. n. 121 del 1985 parli inequivocabilmente di scelta all'inizio dell'anno scolastico, per cui non sarebbe poi stato possibile operare scelte diverse in corso d'anno.

¹ T.A.R. Molise, sez. I, n. 289/2012, disponibile in <http://www.dirittoscolastico.it/wordpress/wp-content/uploads/Tar-Molise-Sentenza-n.-289-2012.pdf>, su cui cfr. l'ampia disamina critica effettuata da BEATRICE SERRA, *L'ora di religione tra diritti fondamentali ed esigenze organizzative. Annotazioni a trent'anni dall'Accordo di Villa Madama*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 20 del 2014, cui si rinvia anche per ulteriori indicazioni bibliografici e per la ricostruzione del fatto (a p. 5). In generale sulla problematica dell'ora di religione cattolica nella scuola pubblica cfr. gli ultimi studi che ne hanno specificamente trattato: NICOLA FIORITA, *Scuola pubblica e religioni*, Libellula edizioni, Tricase, 2012, p. 45 e ss., nonché 157 e ss.; RITA BENIGNI, *Educazione religiosa e modernità. Linee evolutive e prospettive di riforma*, Giappichelli, Torino, 2017; MICHELE MADONNA, *Lo status giuridico degli insegnanti di religione cattolica tra diritto della Chiesa e ordinamento dello Stato*, Libellula edizioni, Tricase, 2018, ai quali si rinvia per ulteriore bibliografia sull'argomento.

Il genitore degli alunni impugnava dunque l'atto del dirigente scolastico e il T.A.R. del Molise lo annullava considerandolo illegittimo secondo un duplice ordine di ragioni: *a)* in primo luogo appariva errata la premessa del dirigente scolastico, dal momento che dalla normativa di riferimento e dalle sentenze della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione a sezione unite era ben possibile evincere che mentre l'insegnamento della religione cattolica ha "carattere di obbligo da parte dello Stato italiano nei confronti della Santa Sede; la frequenza dell'ora di religione ha carattere facoltativo per gli studenti, *coinvolgendo diritti assoluti di libertà costituzionalmente tutelati*"²; *b)* in secondo luogo era errata pure l'interpretazione della normativa concordataria, che avrebbe invece dovuto essere considerata come una disciplina di "carattere organizzativo", come tale vincolante l'amministrazione scolastica ma non le scelte degli individui³.

La motivazione faceva dunque perno, pur non esplicitandolo pienamente, sulla *diversità* dell'insegnamento della religione cattolica rispetto a tutte le altre materie, diversità chiaramente desumibile leggendo le sentenze del giudice costituzionale⁴, ma che nel contenzioso sull'attribuzione del credito scolastico ai frequentanti l'ora di religione aveva visto diversità di impostazione tra il T.A.R. Lazio⁵ e il Consiglio di Stato⁶, che aveva infine sottolineato l'*obbligatorietà soggettiva* della stessa (una volta effettuata la scelta) e la legittimità delle ordinanze ministeriali che disponevano la partecipazione degli insegnanti di religione agli scrutini degli esami di maturità al fine di attribuire il credito scolastico. In maniera piuttosto curiosa, e tecnicamente scorretta a parere di chi scrive, nella motivazione del tribunale amministrativo molisano non c'era traccia della menzione e della discussione di questi precedenti.

Anzi, si dichiarava in maniera piuttosto sbrigativa che "appare evidente che l'ora di religione non è una materia curriculare obbligatoria e, proprio per evitare discriminazioni, il voto dell'insegnante non si esprime in termini numerici e non concorre neanche alla determinazione della media di profitto finale".

² Il riferimento è alla sentenza n. 203 del 1989 della Corte costituzionale e alla decisione n. 11432 del 1997 della Cassazione a sezioni unite.

³ T.A.R. Molise, sez. I, n. 289/2012: «Deve ritenersi, pertanto, che la disposizione richiamata vada interpretata in modo costituzionalmente orientato, nel senso che essa ha carattere organizzativo e si rivolge alla scuola, non essendo viceversa tesa né idonea a comprimere diritti costituzionalmente tutelati».

⁴ Nella sentenza n. 203 del 1989 la Corte è molto chiara sul punto: per ciò che attiene alla natura dell'insegnamento il giudice costituzionale ci dice che siamo di fronte non a una materia come le altre ma all'insegnamento «di una religione positiva "in conformità alla dottrina della Chiesa"»: per quanto attiene alla comparabilità con altri insegnamenti essa veniva esclusa dal momento che «dinanzi all'insegnamento di religione si è chiamati a esercitare un diritto di libertà costituzionale non degradabile, nella sua serietà e impegnatività di coscienza, ad opzione tra equivalenti discipline scolastiche». Per la dottrina riguardante queste decisioni e le precedenti del giudice amministrativo che hanno dato luogo a questo contenzioso cfr. almeno GIUSEPPE GUGLIELMO FLORIDIA, STEFANO SICARDI, *Dall'eguaglianza dei cittadini alla laicità dello Stato. L'insegnamento confessionale nella scuola pubblica tra libertà di coscienza, pluralismo religioso e pluralità delle fonti*, in *Giur. cost.*, 1989, p. 1086 ss., e NICOLA COLAIANNI, *Il principio supremo di laicità dello Stato e l'insegnamento della religione cattolica*, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1339 ss., nonché ID., *Ora di religione: lo stato di non-obbligo*, *Ibidem*, 1991, I, c. 365 ss.

⁵ T.A.R. Lazio, sez. III *quater*, n. 7076/2009.

⁶ Consiglio di Stato, sez. VI, n. 2749/2010.

Al di là di questi aspetti non trascurabili dal punto di vista della tecnica motivazionale, e sorvolando su qualche svolazzo di troppo nel riferirsi all'istituto dell'esonero che era proprio della vecchia disciplina concordataria abrogata ma non di quella vigente, il cuore della motivazione risultava assai convincente: secondo il T.A.R. Molise la libertà religiosa e quella di pensiero⁷ “in quanto tali, *attengono ad un diritto assoluto ed indisponibile della persona, con la conseguenza che il consenso con il quale esse vengono esercitate non ha carattere obbligatorio e vincolante, essendo un connotato ontologico dei diritti assoluti della personalità quello della revocabilità del consenso e della indisponibilità del diritto*”⁸.

Da questa indisponibilità connotante il diritto conseguiva logicamente che le disposizioni sulla scelta potessero avere solo carattere organizzatorio al solo fine di determinare gli orari dei corsi e di individuare la disponibilità dei docenti, senza poter mai escludersi che “anche nel corso dell'anno, si possa cambiare idea e non frequentare più l'ora di religione, senza alcun pregiudizio sul profitto scolastico”.

La decisione sanciva dunque la non obbligatorietà *soggettiva* dell'ora di religione (sulla non obbligatorietà *oggettiva* non vi era mai stato più dubbio a partire dalle sentenze n. 203/1989 e 13/1991 della Corte costituzionale, che avevano riconosciuto la facoltatività sconfessando le circolari ministeriali che l'avevano configurata come opzionale).

Il disconoscimento dell'obbligatorietà a livello soggettivo dopo che si era operata una scelta all'inizio dell'anno scolastico si basava dunque sul non essere l'insegnamento una materia “normale”, in quanto subordinata a un'ortodossia confessionale e dunque non inquadrabile nell'ambito meramente culturale. Conseguenza di questa corretta visione alla luce delle sentenze del giudice costituzionale⁹ è l'*extracurri-*

⁷ Anche in questo caso la motivazione appare piuttosto grezza distinguendo la libertà religiosa di cui all'art. 19 Cost. dalla libertà di pensiero ex art. 21: in realtà l'art. 21 tutela la libertà di *manifestazione* del pensiero, mentre la libertà di pensiero (coscienza e religione, verrebbe da aggiungere parafrasando l'art. 9 della CEDU e l'art. 10 della Carta di Nizza) può trovare la propria sede di tutela o implicitamente (come la Corte costituzionale ha ritenuto nella sentenza 461 del 1991 riguardo alla libertà di coscienza) o proprio nell'art. 19.

⁸ Per BEATRICE SERRA, *L'ora di religione tra diritti fondamentali ed esigenze organizzative*, cit., p. 15, si tratta «di argomentazioni indubbiamente fondate, e già riscontrabili, per molti aspetti, in dottrina. Trattasi, ancora, di argomentazioni che enfatizzano la natura pienamente facoltativa dell'insegnamento cattolico, frequentato solo se liberamente voluto, senza l'obbligo di prestazioni alternative, e fino a quando lo si desidera». L'autrice fa poi notare che tale interpretazione contrasta apertamente con quanto specificato sul punto nelle intese e nelle circolari amministrative.

⁹ Giudica invece questa sentenza non conforme alle sentenze della Corte costituzionale PAOLO CAVANA, *L'insegnamento religioso nella scuola pubblica italiana: una tradizione da rinnovare*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 25 del 2016, p. 26, in nota 67, secondo il quale si tratterebbe di «un'evidente forzatura del dato normativo e della sua interpretazione sul piano costituzionale, che paradossalmente estende lo “stato di non obbligo” anche agli studenti avvalentisi dell'insegnamento di religione. Oltre a risultare palesemente in contrasto con la lettera dell'art. 9 dell'Accordo ... che prevede l'esercizio del diritto di scelta se avvalersi o meno di tale insegnamento all'atto dell'iscrizione scolastica, un simile orientamento trascura di considerare le esigenze connesse al principio di buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97, comma 2, Cost.) e, soprattutto, il fondamento e le finalità di tipo culturale, non catechetico, dell'IRC, pure previsti dalla legislazione concordataria, che lo rende – come più volte affermato dalla Corte costituzionale – pienamente coerente con il principio di laicità dello Stato”».

In realtà, la Corte costituzionale nella sentenza n. 203 non dichiarò nessuna piena coerenza, ma rigettò la

colarità piena dell'ora di religione e la sua non valutabilità ai fini della promozione, della bocciatura o dell'attribuzione del credito scolastico¹⁰.

Peccato però che la VI sezione del Consiglio di Stato, come vedremo, nella sentenza n. 2749 del 2010 avesse detto, pur se in maniera non condivisibile per chi scrive, l'esatto opposto e che quindi sarebbe stato opportuno, se non doveroso, contestarne esplicitamente gli esiti nel momento in cui si decideva di discostarsi dal precedente del giudice superiore¹¹.

questione non considerando vulnerato il principio di laicità “nei sensi di cui in motivazione” ancorando il rigetto alla configurazione dell'insegnamento come *facoltativo*; e la facoltatività era condizione necessaria della non illegittimità della disciplina *proprio perché* che ci si trovava di fronte *non a una disciplina scolastica come le altre*, ma «dinanzi ad un insegnamento di una religione positiva impartito “in conformità alla dottrina della Chiesa”», insegnamento avente «il potere suscitare, dinanzi a proposte di sostanziale adesione ad una dottrina, problemi di coscienza personale e di educazione familiare, per evitare i quali lo Stato laico chiede agli interessati un atto di libera scelta». Essendo questa la *ratio* della sentenza il fatto che poi questa scelta sia riconosciuta come non sottoponibile a termini da parte del giudice amministrativo appare pienamente coerente con la stessa o quanto meno non si può escludere che lo sia. Vero è che la Corte disse che la tutela della libertà di coscienza fosse garantita dalla scelta all'inizio dell'anno scolastico, ma questo fu detto non per escludere che la scelta fosse revocabile, ma semplicemente perché il caso che aveva dato oggetto alla questione di incostituzionalità non riguardava una scelta revocata. Certamente sarebbe opportuno richiamare in causa la Corte costituzionale, come lo sarebbe stato nel caso del credito scolastico attribuito ai frequentanti l'ora di religione, ma il giudice *a quo* ha l'obbligo di esperire l'interpretazione conforme a Costituzione prima di sollevare la questione e in questo caso quest'interpretazione appare pienamente sostenibile, stante la *ratio* della s. n. 203 del 1989 e della s. n. 13 del 1991. Non si vede infine come possa essere vulnerato il principio del buon andamento: il cambio di scelta in corso d'anno in questo caso comporterebbe semmai il venir meno di una prestazione durante l'anno (qualora tutti gli studenti che frequentano l'ora di religione cessassero di frequentarla), per cui si tratterebbe di una prestazione in meno. Nessun aggravio per l'amministrazione e nessuna conseguenza per gli avvalentisi conseguirebbe a una tale interpretazione dell'art. 9 della legge n. 121 del 1985.

¹⁰ Cfr. in senso conforme e per ulteriori indicazioni bibliografiche NICOLA COLAIANNI, *Attività alternativa: il fantasma che si aggira nella scuola pubblica italiana*, in ANTONINO MANTINEO, DOMENICO BILOTTI, STEFANO MONTESANO (a cura di), *Insegnamenti e insegnanti di religione nella scuola pubblica italiana*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 39 e ss. Nello stesso volume, di sicuro interesse per la problematica che si sta trattando, v. i saggi di ROBERTO MAZZOLA, *Attualità ed inattualità di un progetto educativo: l'insegnamento della religione cattolica nel sistema scolastico pubblico italiano*, p. 13 e ss.; DANIELE FERRARI, *Status giuridico e credenze individuali: il caso dell'ora di religione a scuola*, p. 105 e ss.; DOMENICO BILOTTI, *Brevi note in tema di IRC: perplessità applicative e sottese questioni di inquadramento giuridico*, p. 121 e ss.

¹¹ Sulla tecnica del precedente e sul valore dello stesso nel nostro ordinamento cfr. ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario c.c. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna, 1977, p. 525 e ss.; FRANCESCO GALGANO, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contratto e impresa*, 1985, p. 701 e ss.; BRUNO INZITARI, *Obbligatorietà e persuasività del precedente giudiziario*, *ibidem*, 1988, p. 527 e ss.; GIOVANNI SARTOR, *Precedente giudiziale*, *ibidem*, 1995, p. 1300 e ss.; MARINO BIN, *Precedente giudiziario*, «*ratio decidendi*» e «*obiter dictum*», in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, p. 1004 e ss.; *Id.*, *Il precedente giudiziario*, Cedam, Padova, 1995; GINO GORLA, *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, Treccani, Roma, 1990; VINCENZO MARINELLI, *Precedente giudiziario*, in *Enc. dir.*, *Aggiornamento*, VI, Giuffrè, Milano, 2002; MICHELE TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, nonché gli autori richiamati in un recentissimo scritto di ROBERTO BIN, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, in www.federalismi.it, n. 17/2018.

2. La decisione del Consiglio di Stato

Ci si poteva dunque aspettare che questa decisione del T.A.R. Molise, qualora fosse stata impugnata come poi è avvenuto, potesse essere riformata dal Consiglio di Stato o che, comunque, lo stesso, costretto a confrontarsi con una diversa prospettiva, finesse per rimeditare la propria posizione. A maggior ragione ci si poteva aspettare un esito del genere visto che la sezione cui è stata attribuita la decisione sul ricorso era la medesima, ossia la VI.

È accaduto invece che la sentenza in commento abbia respinto il ricorso con una motivazione piuttosto stringata e abbia quindi sostanzialmente replicato il modo apodittico e sbrigativo di trattare l'argomento proprio della decisione impugnata, così come, a dire il vero, di quasi tutti i precedenti dei giudici amministrativi su questa materia¹².

I giudici di Palazzo Spada hanno giudicato privo di fondamento il ricorso del M.i.u.r e dell'Istituto di istruzione secondaria superiore, che chiedeva di censurare la sentenza del tribunale amministrativo regionale molisano, riproponendo l'interpretazione che il dirigente scolastico, all'atto di provvedere, aveva dato della disciplina riguardante l'insegnamento della religione cattolica nella scuola pubblica: ossia *a*) l'essere l'ora di religione non un'ora di catechesi ma un'ora attinente alla sfera culturale; *b*) l'essere la scelta all'inizio dell'anno scolastico vincolante perché produttore un obbligo soggettivo di frequenza¹³.

Il Consiglio di Stato ha giudicato invece corretta la decisione del T.A.R. Molise: dopo aver elencato le disposizioni regolanti la materia¹⁴ ha affermato seccamente che, siccome a norma dell'art. 4, comma 1, lettera b) del d.p.r. n. 751 del 1985 l'insegnamento della religione cattolica deve essere impartito "in conformità alla dottrina della Chiesa", «si pone, all'evidenza, un problema di libertà di coscienza e di religione per gli alunni non aderenti a tale dottrina, *non attenendo l'insegnamento in questione genericamente alla sfera culturale e non essendo esso assimilabile agli altri insegnamenti*»¹⁵.

Proprio per questo, secondo il giudice amministrativo, «l'ora di religione non è configurata come materia curriculare obbligatoria, il voto dell'insegnante di religione non si esprime in termini numerici, né esso concorre alla determinazione della media di profitto scolastico finale».

E dopo aver esordito in maniera così *tranchant* non ha potuto che concludere, riguardo al secondo punto di ricorso, che la normativa regolante la scelta se avvalersi o meno dell'insegnamento «alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata deve essere ricostruita *nel senso che il termine ancorato all'atto*

¹² Sia consentito a questo proposito rinviare a quanto ricostruito in MARCO CROCE, *Giudice amministrativo e laicità dello Stato: il problematico séguito delle decisioni costituzionali sull'ora di religione*, in PAOLO BONETTI, ANTONIO CASSATELLA, FULVIO CORTESE, ANDREA DEFFENU, ANDREA GUAZZAROTTI (a cura di), *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2012 (e-book), p. 386 e ss.

¹³ Cfr. il Punto 1 del *Fatto* della decisione dove anche il Consiglio di Stato parla impropriamente di esonero invece che di scelta se avvalersi o meno dell'insegnamento.

¹⁴ Cfr. il Punto 5.1 del *Diritto* dove si riportano gli artt. 9 della l. n. 121 del 1985, 2 e 4, comma 1, lett. b) del d.p.r. n. 751 del 1985.

¹⁵ Punto 5.2. del *Diritto*, corsivo aggiunto.

dell'iscrizione al singolo anno scolastico, funzionale alle esigenze organizzative delle istituzioni scolastiche e degli insegnanti di religione, non può ritenersi preclusivo di una scelta diversa successiva, anche nel corso dell'anno scolastico»¹⁶.

La decisione si chiude richiamando il diretto collegamento di questa scelta con l'esercizio dell'indisponibile diritto di libertà di coscienza e di religione¹⁷.

Come si vede, siamo in presenza quasi di un "copia-incolla" della sentenza di primo grado senza nessun ulteriore arricchimento interpretativo e, quindi, la decisione è criticabile negli stessi termini, pur condividendo la *ratio decidendi* della stessa¹⁸, dal momento che non ha minimamente affrontato e discusso il precedente della stessa sezione che sembra dire una cosa opposta.

3. L'incompatibilità della decisione col precedente del 2010

Pare a chi scrive che questa decisione possa avere degli elementi di contrasto con la precedente della stessa sezione, che aveva risolto in via definitiva l'annosa questione della valutabilità della frequenza dell'ora di religione (e delle ore alternative alla stessa), nel senso della legittimità delle ordinanze ministeriali che di anno in anno consentivano la partecipazione agli scrutini degli insegnanti di religione in posizione di parità con gli altri insegnanti¹⁹.

Anche in questo caso è possibile meglio apprezzare il significato della sentenza n. 2749 del 2010 della VI sez. del Consiglio di Stato ripercorrendo sommariamente le tappe della vicenda giurisprudenziale che hanno portato alla decisione²⁰: i giudici di Palazzo Spada intervenivano su una vicenda che aveva visto *diversi*

¹⁶ Punto 5.3 del *Diritto*, corsivo aggiunto.

¹⁷ Conclude così il Consiglio di Stato: «tale scelta costituisce una forma di esercizio della libertà di religione riconosciuta al singolo, rispettivamente della libertà di coscienza e delle responsabilità educative dei genitori, implicanti il diritto di avvalersi o di non avvalersi dell'insegnamento della religione cattolica, quale esplicitazione delle menzionate libertà fondamentali di rango costituzionale insuscettibili di essere sottoposti a condizione o a termini che ne impediscano l'esercizio pieno e senza discriminazione tra gli aderenti alla religione cattolica, gli aderenti ad altre confessioni e/o i non credenti» (Punto 5.3 del *Diritto*).

¹⁸ Si era per l'appunto argomentato nel medesimo senso in MARCO CROCE, *Giudice amministrativo e laicità dello Stato*, cit., p. 389: «da un obbligo soggettivo di frequenza liberamente assunto non si può far scaturire la curricularità di tale "materia", dal momento che l'insegnamento della stessa nella scuola pubblica è considerato non incostituzionale dal Giudice delle leggi solo se esso viene inteso come facoltativo. Si pensi anche al caso in cui un alunno mutasse orientamento religioso nel corso dell'anno: è evidente che il suo diritto di libertà religiosa postula la possibilità di recedere dalla scelta fatta a inizio anno, cosa che non è compatibile con l'asserita obbligatorietà (che viene letta come curricularità) della materia una volta che la stessa sia stata liberamente scelta e fa capire con chiarezza come non si sia in presenza di una vera e propria "materia"».

¹⁹ Cfr. EMANUELE CONEGLIANO, *Ora di religione: la violazione continua*, in www.forumcostituzionale.it, e CLOTILDE PONTECORVO, *Laicità e istruzione*, in GIOVANNI BONIOLO (a cura di), *Laicità. Una geografia delle nostre radici*, Einaudi, Torino, 2006, p. 134 ss.

²⁰ Sulla vicenda cfr. le diverse valutazioni dottrinali: MATTEO GATTAPONI, *Osservazioni a margine dell'IRC: la valutabilità dell'insegnamento di "attività alternativa" al vaglio dei giudici amministrativi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), luglio 2008; SALVATORE PRISCO, *Il Tar Lazio e i docenti della religione cattolica. Osservazioni a prima lettura*,

orientamenti da parte di diverse sezioni del T.A.R. del Lazio; alla sentenza n. 7101 del 2000 della III sezione *bis*, che aveva riconosciuto la legittimità delle ordinanze che consentivano la valutabilità dell'ora di religione in rapporto al calcolo del credito scolastico, sulla base del fatto che l'insegnamento fosse assimilabile a qualsiasi altro²¹, era succeduta la n. 7076 del 2009 della III sezione *quater*, che invece aveva annullato gli atti di identico contenuto del MIUR²² sulla base del fatto che l'insegnamento della religione cattolica non potesse essere assimilabile ad altra disciplina scolastica proprio perché coinvolgente aspetti di esercizio della libertà di coscienza in relazione all'esperienza religiosa²³.

Nel riformare quest'ultima decisione e nel garantire dunque la possibilità che l'insegnamento venisse valutato la VI sezione sposava quindi l'impostazione della III sezione *bis*, assimilando l'insegnamento, dunque, a qualsiasi altro, e sottolineando in almeno due passaggi l'esistenza di un *obbligo soggettivo* una volta effettuata la scelta a inizio anno, obbligo che avrebbe quindi consentito la valutabilità: «l'insegnamento della religione è facoltativo solo nel senso che di esso ci si può non avvalere, ma una volta esercitato il diritto di avvalersi diviene un insegnamento obbligatorio. Nasce cioè l'obbligo scolastico di seguirlo, ed è allora ragionevole che il titolare di quell'insegnamento (a quel punto divenuto obbligatorio) possa partecipare alla valutazione sull'adempimento dell'obbligo scolastico. Le stesse considerazioni valgono per gli insegnamenti alternativi che, una volta scelti, diventano insegnamenti

ibidem, settembre 2009; NICOLA COLAIANNI, *La via italiana all'incertezza costituzionale: il caso dell'ora di religione*, *ibidem*, ottobre 2009; BEATRICE SERRA, *Insegnamento della religione cattolica, attività alternative e credito scolastico: note a margine di lungo contenzioso amministrativo*, *ibidem*, n. 16 del 2012; STEFANO ROSSI, *L'ora di religione e il Tar del Lazio*, in www.forumcostituzionale.it; ALESSANDRO ODDI, *L'ora infinita. L'insegnamento della religione cattolica nella scuola pubblica*, in www.rivistaaic.it (n. 00 del 2/7/2010). Per ulteriori precisazioni in merito alle diverse tappe giurisprudenziali della vicenda sia consentito rinviare a MARCO CROCE, *Della violazione della Costituzione tramite ordinanze ministeriali (con la collaborazione del Consiglio di Stato): il caso dell'ora di religione*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 841 ss.; *Id.*, *La sentenza del TAR Lazio sull'ora di religione: lo studente discriminato*, *ibidem*, 2009, p. 910 ss.; *Id.*, *Aggiramenti o fraintendimenti? L'ora di religione fra Corte costituzionale e Consiglio di Stato (nota a Cons. St. n. 2749/2010)*, in www.forumcostituzionale.it.

²¹ Molto significativo in questo senso un passaggio della sentenza in cui il T.A.R. assimila l'ora di religione alla pratica sportiva o artistica: «Nessuno ha titolo per lamentarsi, né può sentirsi pregiudicato per il solo fatto che un altro alunno abbia praticato uno sport e ricevuto il relativo credito, altro abbia svolto attività artistiche, altro abbia addirittura lavorato percependo una retribuzione, laddove si è impediti ad esercitare attività sportiva ovvero non si abbiano attitudini artistiche o spirito di intraprendenza nel campo del lavoro». Peccato, verrebbe da rispondere per smontare l'equiparazione, che tutte queste altre discipline non trovino la fonte in un concordato con una confessione religiosa, né siano insegnate da docenti scelti dalla stessa in conformità a una ortodossia confessionale.

²² Art. 8, comma 13, ord. min. n. 26/2007 e n. 30/2008: «I docenti che svolgono l'insegnamento della religione cattolica partecipano a pieno titolo alle deliberazioni del consiglio di classe concernenti l'attribuzione del credito scolastico agli alunni che si avvalgono di tale insegnamento. Analoga posizione compete, in sede di attribuzione del credito scolastico, ai docenti delle attività didattiche e formative alternative all'insegnamento della religione cattolica, limitatamente agli alunni che abbiano seguito le attività medesime».

²³ T.A.R. Lazio, III sez. *quater*, n. 7076/2009: «La religione non è una materia "scolastica" come le altre» e, dunque, è illegittima la sua «riconduzione all'ambito delle attività rilevanti ai fini dei crediti formativi» (p. 21).

obbligatoria»²⁴; «l'insegnamento non è obbligatorio per chi non se ne avvale, ma *per chi se ne avvale è certamente insegnamento obbligatorio*: la libertà religiosa dei non avvalentisi non può, quindi, arrivare a neutralizzare la scelta di chi, nell'esercizio della stessa libertà religiosa, ha scelto di seguire quell'insegnamento e che, dunque, ha il diritto-dovere di frequentarlo e di essere valutato per l'interesse e il profitto dimostrato».

Pare dunque abbastanza chiaro come questa decisione della VI sezione risulti ben poco compatibile con la nuova decisione della stessa sezione che si commenta: essa è infatti basata sul presupposto che l'insegnamento della religione cattolica sia materia come tutte le altre, che dalla scelta consegua un obbligo soggettivo di frequenza (la materia diviene soggettivamente obbligatoria e, poi, per salto logico, curriculare e quindi valutabile) e che la libertà di scelta sia l'elemento di salvaguardia della libertà di coscienza. Al contrario della decisione in commento che ribadisce la posizione del T.A.R. Molise secondo la quale non siamo in presenza di una materia come le altre proprio perché si ha a che fare con problemi di coscienza e che la stessa, anche dopo la scelta, non può mai assurgere al rango dell'obbligatorietà, nemmeno soggettiva (dal che conseguirebbe l'extracurricolarità e la non valutabilità – proprio come sancito dal T.A.R. Lazio, sezione III *quater*).

4. Un *overruling* inconsapevole?

Commentando criticamente la decisione del T.A.R. Molise che è stata confermata dalla VI sezione del Consiglio di Stato, in dottrina si era rimarcato come la sua *ratio decidendi* presupponesse, a livello sistemico, che «a) l'ora di religione possa essere voluta, esclusivamente, per ragioni di fede, richiedendo una predisposizione interiore differente da quella richiesta per le altre discipline; b) l'insegnamento cattolico, impartito in conformità alla dottrina della Chiesa da insegnanti riconosciuti idonei dall'autorità ecclesiastica, non sia qualificabile come una vera disciplina scolastica»; mentre si faceva notare, correttamente, come l'interpretazione giurisprudenziale prevalente andasse nel senso di considerare la scelta a inizio anno scolastico come atto produttivo di un obbligo soggettivo (da cui far poi discendere l'ordinarietà e l'obbligatorietà della materia e, quindi, la sua curricularità e valutabilità)²⁵.

Rimane a questo punto il dubbio su quale portata attribuire a questo pronunciamento che sembra contraddire il precedente e che, se preso sul serio, dovrebbe portare a ridefinire completamente la normativa in materia, con possibile rimessa in discussione pure dello *status* dei docenti di religione²⁶: se infatti l'ora di religione non è una materia come le altre, se nei confronti della stessa è possibile in qualsiasi momento un'obiezione di coscienza che consente di sottrarsi all'obbligo di frequen-

²⁴ Consiglio di Stato, VI sez., n. 2749/2010, p. 8.

²⁵ *Ibidem*, p. 19: l'autrice ricorda che l'indirizzo interpretativo della scelta come atto produttivo dell'obbligo scolastico di frequentare l'insegnamento fosse «frequentemente sostenuto in giurisprudenza», trovando anche «riscontro nel fatto che tale materia è impartita da docenti di ruolo». In nota 39 si menziona, tra le altre, proprio la sentenza n. 2749/2010 della VI sezione del Consiglio di Stato.

²⁶ Non sembra essere un caso, a questo proposito, che si sia costituito *ad adiuvandum* del ricorso in giudizio il Sindacato nazionale autonomo degli insegnanti di religione (SNADIR), evidentemente preoccupato dei possibili riflessi della decisione sullo *status* dei suoi associati.

za senza subire conseguenze sul profitto, è evidente che siamo totalmente al di fuori di ogni possibile curricularità della stessa e che non ci può essere valutazione ai fini della promozione/bocciatura o del credito scolastico complessivo. Quindi diventa ben poco giustificabile l'attribuzione dell'insegnamento di una materia talmente eventuale da poter "scompare" anchej durante l'anno (ipotizzando un caso di scuola: qualora tutti gli studenti optino durante l'anno di smettere di frequentarla) a docenti di ruolo.

Siamo dunque in presenza di un *overruling* o la decisione è stata presa senza ben ponderare le sue conseguenze sistemiche? O, semplicemente, la "guerra interpretativa" tra le diverse sezioni del T.A.R. del Lazio si è spostata ora all'interno di una stessa sezione del Consiglio di Stato?

A essere rigorosi, per potersi parlare di *overruling* si dovrebbe essere in presenza di una decisione che, esplicitamente, muta l'indirizzo giurisprudenziale portando argomenti per il cambio stesso di posizione, cosa che in questo caso, come si è visto, non si è verificata. Siamo comunque certamente in presenza di indirizzi contrastanti o comunque difficilmente armonizzabili fra pronunciamenti di una stessa sezione di un giudice in posizione di vertice all'interno del suo ambito giurisdizionale, cosa che dovrebbe comportare, in una futura controversia in materia, la rimessione della causa all'Adunanza Plenaria²⁷ o il deferimento alla stessa da parte del Presidente del Consiglio di Stato, al fine di garantire uniformità di indirizzo²⁸.

In conclusione, nel merito la decisione appare a chi scrive fondata, in linea con quanto ricavabile dalle decisioni della Corte costituzionale e va dunque accolta favorevolmente. Certo avrebbe avuto bisogno di una più corposa motivazione e, soprattutto, di una esplicita discussione degli orientamenti fino a oggi prevalenti e con essa, a parere di chi scrive, contrastanti.

²⁷ A questo proposito è assai interessante notare che in questo momento fanno parte dell'Adunanza Plenaria sia l'estensore della sentenza n. 2749/2010 della VI sezione, che quello della decisione in commento. E ne fa parte pure l'estensore della sentenza della III sezione *quater* del T.A.R. Lazio, n. 7076/2009 (v. www.giustizia-amministrativa.it/adunanza-plenaria).

²⁸ La funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria, ricalcata su quella delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, è sancita esplicitamente dall'art. 99 del Codice del Processo amministrativo: «1. La sezione cui è assegnato il ricorso, se rileva che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo o possa dare luogo a contrasti giurisprudenziali, con ordinanza emanata su richiesta delle parti o d'ufficio può rimettere il ricorso all'esame dell'adunanza plenaria. L'adunanza plenaria, qualora ne ravvisi l'opportunità, può restituire gli atti alla sezione. 2. Prima della decisione, il presidente del Consiglio di Stato, su richiesta delle parti o d'ufficio, può deferire all'adunanza plenaria qualunque ricorso, per risolvere questioni di massima di particolare importanza ovvero per dirimere contrasti giurisprudenziali. 3. Se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso. 4. L'adunanza plenaria decide l'intera controversia, salvo che ritenga di enunciare il principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente. 5. Se ritiene che la questione è di particolare importanza, l'adunanza plenaria può comunque enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio. In tali casi, la pronuncia dell'adunanza plenaria non ha effetto sul provvedimento impugnato».

Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia Sez. II di Milano, 3 agosto 2018 n. 1939

Edilizia e urbanistica – Concessione edilizia in genere – Corrispondenza tra attrezzature religiose di interesse comune e attrezzature religiose di qualsivoglia natura – Questione di legittimità costituzionale dell’art 72 commi 1 e 2 della L.R. della Lombardia n. 12/2005.

È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 72 commi 1 e 2 della L.R. della Lombardia n. 12/2005 per violazione degli artt. 2, 3 e 19 Cost.

Omissis (...)

9. La trattazione del ricorso richiede, peraltro, una breve premessa ricostruttiva della cornice normativa entro la quale si inquadra la presente controversia.

9.1 La legge regionale della Lombardia 11 marzo 2005, n. 12 (“Legge per il governo del territorio”) reca, nella Parte II (“Gestione del territorio”), un Titolo IV dedicato alle “Attività edilizie specifiche”. Nell’ambito di questo Titolo, il Capo III – composto dagli articoli 70-73 della legge – detta “Norme per la realizzazione di edifici di culto e di attrezzature destinate a servizi religiosi”.

Le previsioni contenute nel suddetto Capo stabiliscono, anzitutto, che le “attrezzature di interesse comune per servizi religiosi”, come definite all’articolo 71, comma 1, della legge regionale, “costituiscono opere di urbanizzazione secondaria ad ogni effetto” (così il comma 2 dello stesso articolo 71, tuttora vigente).

Quanto alla localizzazione sul territorio di tali attrezzature, l’articolo 71, comma 1, stabiliva, nel suo tenore originario, prima delle modifiche apportate dalla L.R. 3 febbraio 2015, n. 2, che il Piano dei Servizi – che è uno degli atti di cui si compone il Piano di Governo del Territorio – dovesse specificamente individuare, dimensionare e disciplinare “le aree che accolgono attrezzature religiose, o che sono destinate alle attrezzature stesse”, e ciò “sulla base delle esigenze locali, valutate le istanze avanzate dagli enti delle confessioni religiose di cui all’articolo 70”.

Tali ultimi soggetti erano individuabili, in particolare, negli “enti istituzionalmente competenti in materia di culto della Chiesa Cattolica” (articolo 70, comma 1) e negli “enti delle altre confessioni religiose come tali qualificate in base a criteri desumibili dall’ordinamento ed aventi una presenza diffusa, organizzata e stabile nell’ambito del comune (...), ed i cui statuti esprimano il carattere religioso delle loro finalità istituzionali e previa stipulazione di convenzione tra il comune e le confessioni interessate” (articolo 70, comma 2).

Era, inoltre, stabilito che, indipendentemente dalla dotazione di attrezzature religiose esistenti, “nelle aree in cui siano previsti nuovi insediamenti residenziali, il piano dei servizi, e relative varianti, assicura nuove aree per attrezzature religiose, tenendo conto delle esigenze rappresentate dagli enti delle confessioni religiose di

cui all'articolo 70" (articolo 72, comma 2).

Apposite previsioni erano pure dettate per la realizzazione di attrezzature religiose di interesse sovracomunale (articolo 71, comma 3).

Quanto alla ripartizione delle attrezzature tra gli enti interessati, questa doveva essere operata "in base alla consistenza ed incidenza sociale delle rispettive confessioni" (articolo 71, comma 4).

Era, inoltre, stabilito che, fino all'approvazione del Piano dei Servizi, la realizzazione di nuove attrezzature per i servizi religiosi fosse "ammessa unicamente su aree classificate a standard nei vigenti strumenti urbanistici generali e specificamente destinate ad attrezzature per interesse comune" (così il comma 4-bis dell'articolo 71, introdotto dall'articolo 1, comma 1, lett. hhh), della L.R. 14 marzo 2008, n. 4).

Infine, l'articolo 73 dettava (e detta tuttora) disposizioni relative alle modalità di finanziamento della realizzazione di attrezzature religiose da parte di ciascun comune.

9.2 La suddetta disciplina ha subito incisive modifiche a seguito dell'entrata in vigore della L.R. 3 febbraio 2015, n. 2; modifiche che – si anticipa sin d'ora – sono state in parte colpite da una dichiarazione di incostituzionalità, per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 63 del 2016.

9.2.1 La nuova legge ha, anzitutto, innovato in modo significativo la disciplina dettata dall'articolo 70, in tema di individuazione degli enti delle confessioni religiose deputati a realizzare attrezzature religiose sul territorio comunale. Tali soggetti sono stati, infatti, individuati, oltre che negli enti della Chiesa cattolica, anche negli "enti delle altre confessioni religiose con le quali lo Stato ha già approvato con legge la relativa intesa ai sensi dell'articolo 8, terzo comma, della Costituzione" (nuovo articolo 70, comma 2) e negli enti delle ulteriori confessioni religiose, non firmatarie di intesa, in presenza di determinati requisiti specifici (articolo 70, comma 2-bis).

Per gli enti diversi da quelli della Chiesa cattolica è stato, peraltro, previsto che l'applicazione delle previsioni in materia di attrezzature di interesse religioso sia subordinata alla stipulazione di "una convenzione a fini urbanistici con il comune interessato" (articolo 70, comma 2-ter).

È stata, ancora, prevista l'istituzione di una Consulta regionale, nominata con provvedimento della Giunta regionale, deputata al "rilascio di parere preventivo e obbligatorio sulla sussistenza dei requisiti" per l'accreditamento presso i Comuni degli enti di confessioni religiose che non abbiano stipulato intese con lo Stato, al fine della realizzazione di attrezzature religiose (articolo 70, comma 2-quater).

9.2.2 È stata, inoltre, radicalmente modificata la disciplina relativa alla localizzazione delle attrezzature religiose, contenuta all'articolo 72.

Sotto questo profilo, si è stabilito, anzitutto, che "Le aree che accolgono attrezzature religiose o che sono destinate alle attrezzature stesse sono specificamente individuate nel piano delle attrezzature religiose, atto separato facente parte del piano dei servizi, dove vengono dimensionate e disciplinate sulla base delle esigenze locali, valutate le istanze avanzate dagli enti delle confessioni religiose di cui all'articolo 70" (articolo 72, comma 1). Il Piano delle attrezzature religiose è "sottoposto alla medesima procedura di approvazione dei piani componenti il PGT" (articolo 72, comma 3) e deve prevedere una serie di contenuti specifici (articolo 72, comma 7), consistenti in prescrizioni di dotazioni di servizi (lett. a), b) e d), del comma 7), caratteristiche costruttive delle attrezzature religiose (lett. e), f) e g) del comma 7) e apposite distanze tra le strutture da destinare alle diverse confessioni religiose, sulla base delle distanze minime stabilite dalla Giunta regionale (lett. c) del comma 7).

È, poi, stabilito che “L’installazione di nuove attrezzature religiose presuppone il piano di cui al comma 1; senza il suddetto piano non può essere installata nessuna nuova attrezzatura religiosa da confessioni di cui all’articolo 70” (articolo 72, comma 2). E, in questa prospettiva, la legge regionale dispone pure che “I comuni che intendono prevedere nuove attrezzature religiose sono tenuti ad adottare e approvare il piano delle attrezzature religiose entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della legge regionale recante “Modifiche alla L.R. 11 marzo 2005, n. 12 (Legge per il governo del territorio) – Principi per la pianificazione delle attrezzature per servizi religiosi”.”, ossia la stessa legge n. 2 del 2015; “Decorso detto termine il piano è approvato unitamente al nuovo PGT” (articolo 72, comma 5).

9.3 Le previsioni in materia di attrezzature religiose introdotte dalla L.R. n. 2 del 2015 sono state in parte dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale, con la sentenza n. 63 del 2016, in esito al giudizio in via d’azione promosso dal Presidente del Consiglio dei Ministri contro la predetta legge.

Più in dettaglio, la Corte ha dichiarato fondate, per violazione degli artt. 3, 8, 19 e 117, secondo comma, lettera c), della Costituzione, le questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto:

- l’articolo 70, comma 2-bis, ove erano stabiliti i requisiti che gli enti delle confessioni religiose che non hanno stipulato un’intesa con lo Stato avrebbero dovuto possedere al fine di accedere alla possibilità di realizzare attrezzature religiose;

- l’articolo 70, comma 2-quater, che sottoponeva al vaglio di un’apposita Consulta regionale lo scrutinio in ordine al possesso di tali requisiti.

La Corte ha, inoltre, riscontrato la fondatezza delle questioni con le quali si prospettava la violazione della competenza esclusiva statale in materia di ordine pubblico e sicurezza, di cui all’articolo 117, secondo comma, lettera h), della Costituzione ad opera delle previsioni contenute:

- all’articolo 72, comma 4, primo periodo, della legge regionale, ove si prevedeva che, nel corso del procedimento per la predisposizione del Piano delle attrezzature religiose, venissero acquisiti “i pareri di organizzazioni, comitati di cittadini, esponenti e rappresentanti delle forze dell’ordine oltre agli uffici provinciali di questura e prefettura al fine di valutare possibili profili di sicurezza pubblica, fatta salva l’autonomia degli organi statali”;

- all’articolo 72, comma 7, lett. e), ove si prescriveva che il Piano dovesse prevedere, per le attrezzature religiose, “la realizzazione di un impianto di videosorveglianza esterno all’edificio, con onere a carico dei richiedenti, che ne monitori ogni punto di ingresso, collegato con gli uffici della polizia locale o forze dell’ordine”.

9.4 L’intervento della Corte non ha, invece, toccato – in quanto non sottoposto allo scrutinio di legittimità costituzionale – l’architettura del sistema prefigurato dalla L.R. n. 2 del 2015 al fine dell’insediamento sul territorio delle attrezzature religiose e, in particolare, la necessaria subordinazione della realizzazione di tali attrezzature all’approvazione di un apposito Piano.

La Corte ha, infatti, espressamente evidenziato che non formava oggetto del giudizio “l’art. 72, comma 1, della stessa L.R. n. 12 del 2005, il quale ricollega alla valutazione delle “esigenze locali”, previo esame delle diverse istanze confessionali, la programmazione urbanistica delle attrezzature religiose”.

Per quanto qui rileva, la Corte ha, inoltre, dichiarato manifestamente inammissibile, per inconferenza del parametro evocato – ossia l’articolo 117, secondo comma, lett. l), della Costituzione – la questione di legittimità costituzionale dell’articolo 72, comma 5, della L.R. n. 12 del 2005, ove si stabilisce che i Comuni che intendano

prevedere nuove attrezzature religiose debbano approvare il relativo Piano entro diciotto mesi dall'entrata in vigore della legge e che, in mancanza, si provveda unitamente al nuovo Piano di Governo del Territorio.

(...)

18.2 Il Collegio ritiene, invece, di dover condividere i dubbi sulla legittimità costituzionale dell'articolo 72 della L.R. n. 12 del 2005, nei sensi e nei limiti che si esporranno di seguito, e di dover quindi rimettere la soluzione delle relative questioni alla Corte costituzionale.

(...)

19. Il Collegio dubita, in particolare, della compatibilità dell'articolo 72, commi 1 e 2, della legge regionale della Lombardia 11 marzo 2005, n. 12, nel testo risultante dalle modifiche apportate dall'articolo 1, comma 1, lett. c), della L.R. 3 febbraio 2015, n. 2, con gli articoli 2, 3 e 19 della Costituzione.

20. (...)

21.2 In ogni caso, è pure da escludere che la L.R. n. 5 del 2018 abbia modificato l'articolo 72 della L.R. n. 12 del 2005, il quale è da ritenere a tutt'oggi vigente nel tenore risultante dalle modificazioni apportate dalla L.R. n. 2 del 2015.

(...)

21.3 Deve, perciò, confermarsi la rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale che si passa a esporre.

22. Come detto, il Collegio dubita della legittimità costituzionale dell'articolo 72, commi 1 e 2, della L.R. n. 12 del 2015, come modificata dalla L.R. n. 2 del 2015.

22.1 In particolare, il comma 1 dell'articolo 72 stabilisce che “Le aree che accolgono attrezzature religiose o che sono destinate alle attrezzature stesse sono specificamente individuate nel piano delle attrezzature religiose, atto separato facente parte del piano dei servizi, dove vengono dimensionate e disciplinate sulla base delle esigenze locali, valutate le istanze avanzate dagli enti delle confessioni religiose di cui all'articolo 70”.

Il successivo comma 2 aggiunge, poi, che “L'installazione di nuove attrezzature religiose presuppone il piano di cui al comma 1; senza il suddetto piano non può essere installata nessuna nuova attrezzatura religiosa da confessioni di cui all'articolo 70”.

22.2 Dalla lettura di tali previsioni, discende che:

- la realizzazione di ogni e qualsivoglia attrezzatura religiosa deve trovare necessariamente previsione in un apposito Piano comunale, costituente un atto separato facente parte del Piano dei Servizi (articolo 72, comma 1), che a sua volta è l'atto, componente il Piano di Governo del Territorio, deputato ad “assicurare una dotazione globale di aree per attrezzature pubbliche e di interesse pubblico e generale, le eventuali aree per l'edilizia residenziale pubblica e da dotazione a verde, i corridoi ecologici e il sistema del verde di connessione tra territorio rurale e quello edificato, nonché tra le opere viabilistiche e le aree urbanizzate ed una loro razionale distribuzione sul territorio comunale, a supporto delle funzioni insediate e previste”, in base a quanto previsto dall'articolo 9 della stessa L.R. n. 12 del 2005;

- in assenza del suddetto Piano, nessuna “attrezzatura religiosa” è realizzabile (articolo 72, comma 1) e, anche dopo l'approvazione del Piano, nessuna attrezzatura è realizzabile al di fuori delle aree a ciò specificamente destinate (comma 1), indipendentemente dalla circostanza che si tratti: di edifici di culto o di altre attrezzature religiose, secondo l'ampia definizione di cui all'articolo 71, comma 1, della legge regionale; di attrezzature necessarie per assicurare la dotazione di standard di

urbanizzazione secondaria di insediamenti esistenti o da realizzare, ovvero di luoghi di culto che privati cittadini chiedano liberamente di poter realizzare, al fine di professare collettivamente la propria religione; di strutture di grandi dimensioni, destinate a determinare un largo afflusso di fedeli, ovvero di semplici sale di culto, dedicate a una frequentazione limitata a poche decine di persone; di edifici realizzati a iniziativa pubblica o con contributi pubblici, ovvero a iniziativa del tutto privata.

22.3 Secondo l'avviso del Collegio, le suddette previsioni sono di dubbia legittimità costituzionale, come meglio si dirà nel prosieguo, in quanto preordinano una completa e assoluta programmazione pubblica della realizzazione di "attrezzature religiose", in funzione delle "esigenze locali" – rimesse all'apprezzamento discrezionale del Comune – a prescindere dalle caratteristiche in concreto di tali opere, e persino della loro destinazione alla fruizione da parte di un pubblico più o meno esteso, introducendo così un controllo pubblico totale, esorbitante rispetto alle esigenze proprie della disciplina urbanistica, in ordine all'apertura di qualsivoglia spazio destinato all'esercizio del culto (o anche di semplici attività culturali a connotazione religiosa).

22.4 Va, invece, evidenziato che non è specificamente rilevante nel presente giudizio l'eventuale illegittimità costituzionale del comma 5 dello stesso articolo 72, ove si stabilisce che "I comuni che intendono prevedere nuove attrezzature religiose sono tenuti ad adottare e approvare il piano delle attrezzature religiose entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della legge regionale recante "Modifiche alla L.R. 11 marzo 2005, n. 12 (Legge per il governo del territorio) – Principi per la pianificazione delle attrezzature per servizi religiosi". Decorso detto termine il piano è approvato unitamente al nuovo PGT".

La suddetta disposizione potrebbe apparire di dubbia legittimità costituzionale, laddove indica come meramente facoltativa l'adozione del Piano delle attrezzature religiose entro il termine di diciotto mesi dall'entrata in vigore della L.R. n. 2 del 2015, stabilendo che, superato tale termine, all'approvazione del Piano si provveda soltanto in occasione della nuova pianificazione comunale.

(...)

23. Così perimetrato l'ambito delle questioni rilevanti, in relazione alla portata delle disposizioni regionali che si sottopongono allo scrutinio della Corte costituzionale, deve passarsi a illustrare compiutamente le ragioni per le quali si ritengono tali questioni non manifestamente infondate.

23.1 A giudizio del Collegio, l'equivoco di fondo da cui muove l'impostazione seguita dal legislatore regionale è che le "attrezzature religiose", delle quali gli edifici di culto sono una species, debbano essere trattate solo ed esclusivamente quali opere di urbanizzazione secondaria (articolo 71, comma 2), da inserirsi nel contesto urbano mediante un apposito Piano comunale che ne stabilisce sia la localizzazione che il dimensionamento (articolo 72, commi 1 e 2). E ciò prescindendo dalle caratteristiche del singolo intervento, dalla circostanza che tali attrezzature siano o non siano strettamente necessarie ad assicurare la dotazione di standard urbanistici funzionale a un dato insediamento residenziale, e persino dalla destinazione di tali opere a una più o meno estesa fruizione pubblica.

23.2 Che sia così, e che nessun'altra interpretazione della legge regionale sia consentita, in base alla lettera e alla ratio delle previsioni di legge, si evince chiaramente dalla circostanza che l'articolo 71, comma 1, riferendosi alle "attrezzature religiose di interesse comune", include tra tali attrezzature tutti gli edifici aventi una determinata destinazione urbanistica – edifici di culto, abitazioni di ministri di culto, attività

di formazione religiosa, sedi di associazioni culturali connotate da finalità religiose – a prescindere dalle caratteristiche in concreto di tali opere e dalla loro specifica preordinazione al fine di assicurare la richiesta dotazione di opere di urbanizzazione secondaria in favore di un dato insediamento.

E tale necessaria lettura della legge regionale è ulteriormente comprovata dalla circostanza che tale previsione si salda con quella dell'articolo 72, comma 2, laddove, nell'introdurre il nuovo Piano delle attrezzature religiose, si stabilisce che “nessuna nuova attrezzatura religiosa” possa essere installata in assenza del Piano.

Infine, l'interpretazione ora evidenziata, oltre a essere l'unica compatibile con la lettera e con la ratio della legge regionale, è anche quella accolta nella prassi amministrativa, fondata sulla circolare regionale 20 febbraio 2017, n. 3 (“Indirizzi per l'applicazione della L.R. 3 febbraio 2015, n. 2 “Modifiche alla L.R. 11 marzo 2005, n. 12 (legge per il governo del territorio) – Principi per la pianificazione delle attrezzature per servizi religiosi””, pubblicata sul BURL, Supplemento ordinario, 22 febbraio 2017, n. 8).

23.3 Tale impostazione, tuttavia, finisce per determinare l'accentramento in capo all'Amministrazione locale della scelta in ordine a tempi, luoghi e distribuzione tra le varie confessioni religiose dei luoghi di culto che si prevede di aprire sul territorio, senza consentire, al di fuori di tale rigida predeterminazione, avocata alla mano pubblica, neppure la realizzazione, a iniziativa privata e in aree comunque idonee dal punto di vista urbanistico, di modeste sale di preghiera.

In altri termini, il presupposto su cui si fonda l'intera architettura della disciplina regionale lombarda in materia di edifici di culto consiste nell'individuazione di una corrispondenza biunivoca tra le “attrezzature religiose di interesse comune”, di cui all'articolo 71, comma 1, costituenti opere di urbanizzazione secondaria, e le “attrezzature religiose” di cui all'articolo 72, di modo che tutte tali attrezzature sono trattate allo stesso modo, ossia quali opere di urbanizzazione secondaria soggette alla necessaria previa programmazione comunale. E ciò a prescindere dalla circostanza che il loro inserimento nel territorio debba essere effettivamente preordinato dall'Amministrazione, al fine di assicurare la proporzionata dotazione di standard di urbanizzazione secondaria a servizio di insediamenti residenziali, ovvero che si tratti di libere iniziative di enti religiosi, comunità di fedeli o gruppi di cittadini, al solo scopo di assicurare ai fedeli che intendano praticare un dato culto di disporre di un luogo idoneo a praticarlo collettivamente.

24. Il Collegio è dell'avviso che tale impostazione collida anzitutto con l'articolo 19 della Costituzione.

24.1 Secondo l'insegnamento della Corte costituzionale, “Con l'art. 19 il legislatore costituente riconosce a tutti il diritto di professare la propria fede religiosa, in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitare in privato o in pubblico il culto, col solo e ben comprensibile, limite che il culto non si estrinsechi in riti contrari al buon costume. La formula di tale articolo non potrebbe, in tutti i suoi termini, essere più ampia, nel senso di comprendere tutte le manifestazioni del culto, ivi indubbiamente incluse, in quanto forma e condizione essenziale del suo pubblico esercizio, l'apertura di templi ed oratori e la nomina dei relativi ministri.” (sentenza n. 59 del 1958).

Proprio con riferimento alla legge regionale della Lombardia n. 12 del 2005, come modificata dalla L.R. n. 2 del 2015, la Corte ha poi ribadito il proprio costante insegnamento, evidenziando che “Il libero esercizio del culto è un aspetto essenziale della libertà di religione” e che “L'apertura di luoghi di culto, in quanto forma e

condizione essenziale per il pubblico esercizio dello stesso, ricade nella tutela garantita dall'art. 19 Cost., il quale riconosce a tutti il diritto di professare la propria fede religiosa, in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitare in privato o in pubblico il culto, con il solo limite dei riti contrari al buon costume.” (sentenza n. 63 del 2016).

24.2 Ciò posto, non si intende ovviamente negare – né si dubita – che la Regione, nell'esercizio della propria potestà legislativa in materia di “governo del territorio”, attribuitale dall'articolo 117, terzo comma, della Costituzione, possa dettare una disciplina legislativa specificamente dedicata all'inserimento urbanistico delle attrezzature religiose e degli edifici di culto. Questo aspetto è stato affermato dalla Corte, tra l'altro, nella richiamata sentenza n. 63 del 2016.

La Corte ha, tuttavia, rimarcato che la legislazione regionale in materia di edilizia del culto “trova la sua ragione e giustificazione – propria della materia urbanistica – nell'esigenza di assicurare uno sviluppo equilibrato ed armonico dei centri abitativi e nella realizzazione dei servizi di interesse pubblico nella loro più ampia accezione, che comprende perciò anche i servizi religiosi” (sentenza n. 195 del 1993, richiamata dalla sentenza n. 63 del 2016) e che “Non è, invece, consentito al legislatore regionale, all'interno di una legge sul governo del territorio, introdurre disposizioni che ostacolano o compromettano la libertà di religione” (sentenza n. 63 del 2016).

24.3 Come detto, l'articolo 72, commi 1, 2 e 5 della L.R. n. 12 del 2005 istituiscono un sistema nel quale le attrezzature religiose di qualsivoglia natura, inclusi i luoghi di culto, devono essere necessariamente realizzati nelle aree e negli immobili stabiliti dal Comune, al quale spetta, per questa via, ogni discrezionalità in ordine all'apertura di luoghi di culto, pubblici o privati, sul proprio territorio.

Deve, inoltre, ricordarsi che, in base al comma 1 dell'articolo 72, il dimensionamento e la disciplina di tali attrezzature sono stabilite dal Comune “sulla base delle esigenze locali”. Locuzione, questa, su cui anche la Corte ha richiamato l'attenzione, nella sentenza n. 63 del 2016, pur evidenziando che la previsione del comma 1 dell'articolo 72 non era stata sottoposta al suo sindacato.

24.3.1 Ora, l'impostazione seguita dal legislatore regionale non porrebbe dubbi di compatibilità con l'articolo 19 della Costituzione, ad avviso del Collegio, se il Piano delle attrezzature religiose intervenisse al solo scopo di censire le attrezzature esistenti aperte al pubblico, verificare il fabbisogno di ulteriori attrezzature, e provvedere conseguentemente.

In questi termini, la previsione sarebbe effettivamente ragionevole e funzionale allo scopo di assicurare l'adeguata dotazione di edifici di culto a servizio degli insediamenti residenziali, che è compito propriamente rientrante tra quelli demandati al Piano dei Servizi. In questa prospettiva, sarebbe anche ragionevole il dimensionamento delle attrezzature religiose in base alle esigenze riscontrate localmente. La stessa Corte costituzionale ha, infatti, affermato che, “come è naturale allorché si distribuiscono utilità limitate, quali le sovvenzioni pubbliche o la facoltà di consumare suolo”, nella ponderazione rimessa al Comune “si dovranno valutare tutti i pertinenti interessi pubblici e si dovrà dare adeguato rilievo all'entità della presenza sul territorio dell'una o dell'altra confessione, alla rispettiva consistenza e incidenza sociale e alle esigenze di culto riscontrate nella popolazione” (sentenza n. 63 del 2016).

24.3.2 La disciplina regionale, tuttavia, si spinge oltre tale obiettivo, stabilendo che – in assenza o comunque al di fuori delle previsioni del Piano delle attrezzature religiose – non sia consentita l'apertura di alcuna attrezzatura religiosa, a prescindere dal contesto e dal carico urbanistico generato dalla specifica opera.

Per questa via, si determina un ostacolo di fatto al libero esercizio del culto, poiché la possibilità di esercitare collettivamente e in forma pubblica i riti non contrari al buon costume – garantita dalla Costituzione – viene a essere subordinata alla pianificazione comunale e, quindi, al controllo pubblico.

Ciò, secondo l'avviso del Collegio, determina un'indebita limitazione della libertà di religione, perché:

- è fisiologico che la programmazione comunale intervenga necessariamente con cadenze periodiche pluriennali (quelle tipiche della pianificazione); circostanza, questa, che di per sé determina un differimento nella possibilità di soddisfare le esigenze di culto della collettività;

- come detto, il Piano dei Servizi è deputato a operare il dimensionamento delle attrezzature religiose, in base alla situazione del contesto, e non garantisce la previsione di luoghi di culto per tutti gli enti di confessioni religiose o per le singole comunità di fedeli.

Tuttavia, la libertà di esercizio collettivo del culto, assicurata dall'articolo 19 della Costituzione, non può risentire in termini così stringenti della programmazione urbanistica, né è assicurata soltanto ai culti dotati di una determinata rappresentatività in ambito locale. Al contrario, la Costituzione garantisce l'esercizio pubblico del culto, con il solo limite del rispetto del buon costume, anche una comunità composta da pochi fedeli (come nel caso oggetto del presente giudizio, ove si fa questione della sede di un'Associazione religiosa cui aderiscono circa sessanta famiglie).

25. Né potrebbe ritenersi che le limitazioni all'apertura di luoghi di culto stabilite dalla legge regionale siano sorrette adeguatamente dallo scopo di assicurare il corretto inserimento sul territorio delle attrezzature religiose.

A giudizio del Collegio, le previsioni normative sopra richiamate appaiono, infatti, eccedenti rispetto allo scopo, in modo tale da far emergere anche la violazione dei fondamentali canoni di ragionevolezza, proporzionalità e non discriminazione posti dall'articolo 3 della Costituzione.

25.1 Deve, infatti, tenersi presente che il comma 7 dell'articolo 72 ha stabilito quali caratteristiche costruttive debbano avere le attrezzature religiose e quali dotazioni aggiuntive di parcheggi debbano essere assicurate, in proporzione alle dimensioni della struttura (v. lett. d).

A ciò deve aggiungersi che, in linea di principio, gli edifici religiosi sono funzionali all'insediamento abitativo e, quindi, dovrebbero essere in linea di massima realizzabili negli ambiti urbani ove è previsto l'insediamento della funzione residenziale, o in ambiti prossimi, ferma restando la potestà del Comune di stabilire limitazioni, anche in funzione delle dimensioni della struttura, tenuto conto del contesto locale, nei suoi diversi aspetti (viabilità, parcheggi, e via dicendo).

Tutte le previsioni costruttive e di inserimento urbanistico delle attrezzature religiose ben possono, tuttavia – sulla base delle indicazioni contenute nella legge regionale – trovare adeguata previsione nelle ordinarie prescrizioni degli strumenti urbanistici. E ciò tenuto conto anche della circostanza che l'apertura di un edificio di culto, da un punto di vista di assetto del territorio, appare non differire sensibilmente dalla realizzazione di altri luoghi di aggregazione sociale, quali palestre, case di cura, scuole, centri culturali non aventi finalità religiose, e simili. Per tali diverse strutture non è, tuttavia, stabilita un'analogia rigida programmazione comunale.

In termini più espliciti, si evidenzia che la natura di "opere di urbanizzazione secondaria" è comune – ad esempio – alle scuole. Anche per le scuole la relativa dotazione minima deve essere prevista nel Piano dei Servizi. Ciò, tuttavia, non pre-

clude ai privati la possibilità di aprire liberamente ulteriori scuole e istituti d'istruzione privati, nell'esercizio della libertà costituzionale di insegnamento, purché nel rispetto di tutte le previsioni di piano atte ad assicurare il corretto inserimento di tali strutture nel contesto urbanistico. Non è, invece, previsto che i privati debbano attendere, a tal fine, l'approvazione di un apposito Piano, volto a dimensionare, canalizzare e predeterminare completamente e rigidamente la localizzazione delle scuole e, per questa via, il contenuto dell'intera offerta scolastica sul territorio comunale, persino laddove si tratti dell'apertura di un corso limitato a poche decine o a qualche centinaio di iscritti.

Il differente trattamento riservato, sotto questo profilo, alle attrezzature religiose appare, perciò, del tutto ingiustificato e discriminatorio, rispetto a quello riservato ad altre attrezzature comunque destinate alla fruizione pubblica, potenzialmente idonee a generare un impatto analogo, o persino maggiore, nel contesto urbanistico. E tale trattamento è tanto più sperequato, ove si consideri che la L.R. n. 12 del 2005 è informata, in linea di massima, al principio del favor verso il libero insediamento delle destinazioni d'uso compatibili con la destinazione di zona, salve le esclusioni stabilite dallo strumento urbanistico (cfr. articoli 51 e 10, comma 3, lett. f), della L.R. n. 12 del 2005).

25.2 In definitiva, secondo l'avviso del Collegio, l'avocazione al Comune dell'integrale programmazione della localizzazione e del dimensionamento delle attrezzature religiose finisce per eccedere gli scopi propri della disciplina dell'assetto del territorio comunale, producendo, di fatto, effetti simili all'autorizzazione governativa all'apertura dei luoghi di culto, prevista dall'articolo 1 del R.D. 28 febbraio 1930, n. 289, già dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 59 del 1958.

26. La violazione degli articoli 3 e 19 della Costituzione, sotto i profili ora detti, ridonda anche nella lesione dei diritti inviolabili della persona, tutelati dall'articolo 2 della Costituzione (v. Corte cost., sentenza n. 195 del 1993), stante la centralità del credo religioso quale espressione della personalità dell'uomo, tutelata nella sua affermazione individuale e collettiva.

27. Per tutte le ragioni esposte, questo Tribunale ritiene rilevanti e non manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale sopra illustrate.

Va, conseguentemente, disposta la sospensione del giudizio e la rimessione delle predette questioni alla Corte costituzionale, ai sensi dell'articolo 23 della L. 11 marzo 1953, n. 87.

(...)

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), non definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

(...)

- rimette alla Corte costituzionale le questioni di legittimità costituzionale illustrate in motivazione, relative all'articolo 72, commi 1 e 2, della legge regionale della Lombardia 11 marzo 2005, n. 12, nel testo risultante dalle modifiche apportate dall'articolo 1, comma 1, lett. c), della L.R. 3 febbraio 2015, n. 2, per contrasto con gli articoli 2, 3 e 19 della Costituzione;

(...) Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

Sez. II di Milano, 8 ottobre 2018 n. 2227

Edilizia e urbanistica – Concessione edilizia in genere – Assenza di termine – Questione di legittimità costituzionale dell’art 72 comma 5 della L.R. della Lombardia n. 12/2005.

È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 72 comma 5 della L.R. della Lombardia n. 12/2005 per violazione degli artt. 2, 3, 5, 19, 97, 114, 117 comma 2 lett. m), 117 comma 6 terzo periodo e 118 Cost..

Omissis (...)

6) Il Collegio sospetta l’art. 72, comma 5, della L.R. Lombardia n. 12 del 2005 di illegittimità costituzionale per le seguenti ragioni.

6.1. Sotto un primo profilo, al Collegio pare che l’art. 72, comma 5, della L.R. Lombardia n. 12 del 2005 contrasti con l’art. 2 Cost., con l’art. 3 Cost., e con l’art. 19 Cost..

Al riguardo, con la sentenza n. 1939/2018 la Sezione ha già avuto modo di osservare che la programmazione urbanistica comunale interviene con cadenze periodiche pluriennali, non fissate a priori.

Di conseguenza, atteso il tenore letterale dell’art. 72 comma 5 della L.R. n. 12 del 2005, i fedeli di una confessione che intendono trovare una sede per esercitare il proprio culto devono attendere per un tempo indeterminato la decisione del Comune di individuare o meno un’area da destinare ad attrezzatura religiosa: infatti se decorre inutilmente il termine dei 18 mesi (come nel caso in esame), l’Amministrazione non ha alcun obbligo di avviare il procedimento di revisione del PGT, per individuare le aree destinate a luogo di culto.

Al decorso dei 18 mesi non è infatti prevista alcuna disposizione “sanzionatoria”, quale la sostituzione commissariale per l’adozione del piano de quo.

Ora, resta fuori discussione il potere del Comune di decidere, all’esito di un istruttoria adeguata, se accogliere o respingere la domanda degli interessati.

Tuttavia, la perdurante situazione di attesa e di incertezza nella quale, in ragione di quanto disposto dall’art. 72 comma 5 della L.R. Lombardia n. 12 del 2005, versano i fedeli, i quali aspirano a che il Comune individui un luogo per il culto da essi professato, non è compatibile con il rango costituzionale del diritto di libertà religiosa.

Ritiene infatti il Collegio che la domanda di spazi da dedicare all’esercizio di tale libertà debba trovare una risposta – in un senso positivo o in senso negativo – in tempi certi, ed entro un termine ragionevole, avuto riguardo sia ai tempi connessi alla valutazione di impatto sul tessuto urbanistico, a volte indiscutibilmente complessa, sia avuto riguardo alla particolare importanza del bene della vita al quale aspirano i fedeli interessati.

Al riguardo, il Collegio ritiene utile e opportuno fare riferimento a quanto affermato dalla Corte Costituzionale 24 marzo 2016 n. 63, secondo cui “Non è, invece, consentito al legislatore regionale, all’interno di una legge sul governo del territorio, introdurre disposizioni che ostacolano o compromettano la libertà di religione.”

Infatti, ad avviso del Collegio, la richiamata condizione di attesa a tempo indeterminato e di incertezza rileva quale ostacolo all'esplicazione del diritto di libertà religiosa.

Ne consegue una non giustificata compressione dei diritti di cui all'art. 19 Cost., e più in generale un ostacolo non giustificato all'esplicazione dei diritti inviolabili della persona, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, in violazione dell'art. 2 Cost..

Il fatto che tale compressione della posizione soggettiva degli interessati non appaia giustificata pare altresì contrastare con il criterio della ragionevolezza del quale è espressione l'art. 3 Cost..

In sintesi la norma contrasta con i principi costituzionali richiamati, laddove prevede un termine – di 18 mesi – per l'adozione del piano delle attrezzature religiose, decorso il quale non viene previsto alcun intervento sostitutivo, ma viene demandato all'Amministrazione Comunale la facoltà di introdurre il piano in sede di revisione o adozione del PGT, senza alcun ulteriore termine.

In tal modo viene vanificato il diritto alla libertà religiosa, sotto il profilo del diritto di trovare spazi da dedicare all'esercizio di tale libertà.

6.2 La norma pare violare altresì l'art. 97 Cost. e dell'art. 117 comma 2 lett. m), il fatto che l'art. 72 comma 5 della L.R. Lombardia n. 12 del 2005 rinvii a tempo indeterminato la risposta a un'esigenza riguardante l'esercizio di un diritto fondamentale della persona.

La mancata previsione, da parte della norma regionale, di tempi certi di risposta alle istanze dei fedeli interessati sembra infatti in contrasto con il principio di buon andamento che deve presiedere l'attività della Pubblica Amministrazione.

A bene vedere, la mancata di previsione di tempi certi da parte dell'art. 72 comma 5 della L.R. Lombardia n. 12 del 2005 pare inoltre esprimere uno sfavore dell'Amministrazione nei confronti del fenomeno religioso, il che contrasta con il principio di imparzialità dell'azione amministrativa di cui al menzionato art. 97 Cost..

Sotto connesso profilo, nella prospettiva dell'art. 117 comma 2 lett. m) Cost. appare violato il livello minimo delle prestazioni concernenti i diritti civili, che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale.

Al riguardo, osserva il Collegio che, ai sensi dell'art. 29 della L. n. 241 del 1990 attiene ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117 secondo comma lettera m), della Costituzione l'aspetto riguardante la predeterminazione della durata massima dei procedimenti.

Ovviamente, va da sé che una norma che si esprima in termini di sfavore verso il fenomeno religioso contrasta anche con gli artt. 2. 3 e 19 Cost., ai quali si è già fatto riferimento.

In sintesi il quadro normativo che, una volta decorso il primo termine di 18 mesi dall'entrata in vigore della L.R. n. 12 del 2010, non ha previsto ulteriori termini per imporre l'adozione del piano delle attrezzature religiose, si pone in contrasto con la disciplina in materia di procedimento amministrativo e di certezza dei termini di conclusione del procedimento, quindi con i principi costituzionali dell'art. 97 Cost. e dell'art. 117 comma 2 lett. m) Cost.

6.3. Sotto un ulteriore profilo, ritiene il Collegio che l'art. 72 comma 5 della L.R. Lombardia n. 12 del 2005 contrasti con l'art. 5 Cost., con l'art. 114 comma 2 Cost., con l'art. 117 comma 6 terzo periodo, Cost., con l'art. 118 comma 1 Cost..

Ad avviso del Collegio, la norma regionale condiziona l'adozione del Piano delle attrezzature religiose alla revisione complessiva del piano di governo del territorio.

Infatti, solo nei primi diciotto mesi dall'entrata in vigore della norma le Ammi-

nistrazioni potevano predisporre il Piano delle attrezzature religiose senza mettere mano all'intera disciplina del governo del territorio.

Da che è maturata la scadenza dei diciotto mesi, la legge regionale non lo permette più.

In altri termini, l'art. 72 comma 5 della L.R. Lombardia n. 12 del 2005 impedisce ai Comuni di dotarsi di un Piano delle attrezzature religiose senza contestualmente revisionare l'intera disciplina del governo del territorio.

Ad avviso del Collegio, viene in rilievo una ingiustificata compressione delle prerogative dei Comuni da parte della Regione.

Infatti, non si comprende quale ragione possa giustificare il sostanziale divieto gravante sui Comuni lombardi di adottare il Piano delle attrezzature religiose in un momento distinto rispetto alla revisione generale del Piano di governo del territorio.

Da un primo punto di vista, la norma sembra integrare una violazione dell'art. 5 Cost., atteso che essa frustra l'autonomia dei Comuni, quali autonomie locali.

Sotto connesso profilo, appaiono violati l'art. 114 comma 2 Cost. e l'art. 117 comma 6 terzo periodo Cost..

In particolare, nella prospettiva dell'art. 114 comma 2 Cost. appare violato sotto un profilo generale l'autonomia riservata ai Comuni in relazione all'esercizio dei poteri e delle funzioni di loro competenza.

Nella più particolare prospettiva dell'art. 117 comma 6 terzo periodo Cost. appare violata l'autonomia degli Enti Locali sotto il profilo della potestà regolamentare in ordine alle funzioni attribuite ai Comuni.

Come anticipato, la limitazione imposta dalla Regione all'autonomia dei Comuni non appare giustificata.

Da questo punto di vista sembra venire in rilievo la violazione del principio di sussidiarietà verticale di cui all'art. 118 comma 1 Cost..

In sintesi la disposizione regionale, laddove fa divieto ai Comuni di adottare il piano delle attrezzature religiose dopo il termine dei 18 mesi, ma necessariamente solo contestualmente alla revisione del PGT, viola il principio di autonomia riservata ai Comuni in relazione all'esercizio dei poteri e delle funzioni di loro competenza.

7) (...)

Rispetto ai motivi aggiunti, va rimessa alla Corte Costituzionale la questione di legittimità dell'art. 72 comma 5 della L. R. n. 12 del 2005 in relazione all'art. 2 Cost., all'art. 3 Cost., all'art. 5 Cost., all'art. 19 Cost., all'art. 114 Cost., all'art. 117, comma 2 lett. m) Cost., all'art. 117 comma 6 terzo periodo, Cost. e all'art. 118 Cost..

Va di conseguenza disposta la sospensione del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), non definitivamente pronunciando sul ricorso principale e su quello per motivi aggiunti:

- (...)

- rimette alla Corte Costituzionale le questioni di legittimità costituzionale illustrate in motivazione, relative all'articolo 72 comma 5 della L.R. della Lombardia 11 marzo 2005, n. 12, nel testo risultante dalle modifiche apportate dall'articolo 1, comma 1 lett. c) della L.R. 3 febbraio 2015, n. 2, per contrasto con l'art. 2 Cost., con l'art. 3 Cost., con l'art. 5 Cost., con l'art. 19 Cost., con l'art. 114 Cost., con l'art. 117 comma 2 lett. m) Cost., con l'art. 117 comma 6 terzo periodo Cost. e con l'art. 118 Cost.;

(...) Consiglio di Stato, Sez. IV, 12 ottobre 2018, n. 5896

Pensioni – Perseguitati politici e razziali.

È irragionevole e sproporzionata la pretesa dell'Amministrazione di far dipendere (in senso sfavorevole al richiedente) il possesso di un requisito per l'accesso a un beneficio di legge, dall'applicazione di una norma razziale (l'art. 8, lettera d, dell'abrogato R.D.L. n. 1728 del 17 novembre 1938) lesiva dei diritti fondamentali della persona e, soprattutto, rispetto alla quale le leggi post razziali n. 336/1970, n. 541/1971 e n. 17/1998 hanno inteso porre rimedio.

Omissis (...)

Svolgimento del processo – Motivi della decisione

1. La controversia riguarda l'azione proposta dalla signora (...) per l'annullamento del Provv. n. 93574 del 14 luglio 2014 adottato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Commissione per le provvidenze ai perseguitati politici antifascisti e razziali, recante il rigetto della richiesta avanzata dalla medesima in data 10 luglio 2013 per l'attribuzione, ai sensi della L. 8 luglio 1971, n. 541, dei benefici previsti dalla L. 24 maggio 1970, n. 336.

1.1. L'Amministrazione aveva ritenuto: a) insussistenti i requisiti previsti dall'art. 8, lett. d), del R.D.L. del 17 novembre 1938; b) mancanti gli altri elementi indicativi dell'appartenenza della signora (...) alla razza ovvero alla religione ebraica, quali "l'iscrizione a una comunità israelitica o una manifestazione di ebraismo fatta in qualsiasi modo dalla signora (...)"; c) non comprovato che all'epoca delle leggi razziali l'interessata fosse stata considerata dall'apparato statale quale appartenente alla razza ebraica e che, quindi, fosse stata soggetta alla concreta applicazione della normativa antiebraica.

1.2. La ricorrente impugnava la predetta delibera per "Violazione di legge in relazione all'art. 1 della L. n. 17 del 1978, all'art. unico L. n. 541 del 1971 – Difetto di motivazione per travisamento dei fatti, sviamento e illogicità – Carezza di istruttoria".

2. Il T.A.R. per il Lazio, Roma, Sezione Terza, con la sentenza n. 6614 dell'8 giugno 2016, accoglieva il ricorso (...).

3. La Presidenza del Consiglio dei ministri e il Ministero dell'economia e delle finanze appellavano la sentenza affidandosi ad un unico motivo: "Infondatezza ed erroneità della sentenza impugnata per errata valutazione circa la sussistenza dei presupposti di applicabilità della normativa di cui alle L. n. 17 del 1978 e L. n. 541 del 1971 – Violazione e/o falsa applicazione delle citate L. n. 17 del 1978 e L. n. 541 del 1971; in particolare falsa applicazione dell'art. 1 della legge n. 17/1978 – Travisamento dei fatti".

3.1. In sintesi, assumevano che il primo giudice:

a) non avrebbe tenuto in considerazione le argomentazioni difensive svolte nella memoria depositata l'11 gennaio 2016, corredata di documentazione, limitandosi ad esaminare le sole censure mosse dalla parte ricorrente;

b) avrebbe erroneamente interpretato le vigenti norme sul riconoscimento della "origine ebraica" del soggetto richiedente, non ancorandole al concetto di appartenenza alla "razza ebraica", elaborato al tempo della vigenza delle cd. leggi razziali;

c) non avrebbe tenuto conto, in particolare, dell'esistenza di un documento ufficiale (il certificato rilasciato dalla Comunità ebraica di Torino) che esclude l'appartenenza della signora (...) alla detta comunità, nonché del fatto che la ricorrente, all'età di quattro anni, non aveva seguito il padre ebreo in fuga, ma aveva continuato a vivere insieme alla madre italiana, sotto il di lei cognome (...) presso alcuni parenti, anch'essi italiani;

d) si sarebbe erroneamente spinto a valutare la sussistenza di un fatto secondario (l'aver, la signora (...), subito atti persecutori) senza prima avere accertato l'esistenza del fatto presupposto (la "ebraicità" del soggetto richiedente), entrando così anche nel merito dell'azione amministrativa.

4. Si è costituita la signora (...) chiedendo il rigetto dell'avverso gravame e l'accertamento del diritto della medesima ad ottenere la qualifica di ex perseguitata razziale, ai fini dell'applicazione delle L. n. 541 del 1971 e L. n. 336 del 1970.

5. All'udienza pubblica del 12 luglio 2018 la causa è stata discussa e trattenuta dal Collegio in decisione.

6. L'appello è infondato.

6.1. La prima censura, con la quale si critica il mancato (integrale o parziale) esame del *thema decidendum* dedotto nel primo grado di giudizio ad opera della parte resistente, mediante la memoria difensiva, non ha pregio.

(...).

6.2. Anche la seconda censura, con cui si critica la scorretta interpretazione delle leggi vigenti nella delicata materia dei benefici ai perseguitati politici antifascisti o razziali, non ha pregio.

La L. n. 336 del 24 maggio 1970 riconosce taluni benefici in favore dei dipendenti civili di ruolo e non di ruolo dello Stato, compresi quelli delle amministrazioni e delle aziende con ordinamento autonomo, ai quali possa riconoscersi lo status soggettivo di "ex combattenti, partigiani, mutilati ed invalidi di guerra, vittime civili di guerra, orfani, vedove di guerre, o per causa di guerra, profughi per l'applicazione del trattato di pace e categorie equiparate" (artt. 1 e 2).

Il riconoscimento degli anzidetti benefici è stato esteso dalla L. 8 luglio 1971, n. 541 "anche agli ex deportati ed agli ex perseguitati, sia politici che razziali, assimilati agli ex combattenti" (articolo unico).

Il legislatore, con la L. n. 17 del 16 gennaio 1978, ha chiarito che:

"1. Ai fini dell'applicazione della L. 8 luglio 1971, n. 541, la qualifica di ex perseguitato razziale compete anche ai cittadini italiani di origine ebraica che, per effetto di legge oppure in base a norme o provvedimenti amministrativi anche della Repubblica sociale italiana intesi ad attuare discriminazioni razziali, abbiano riportato pregiudizio fisico o economico o morale. Il pregiudizio morale è comprovato anche dalla avvenuta annotazione di "razza ebraica" sui certificati anagrafici.

2. A norma dell'art. 6, L. 16 maggio 1967, n. 261, nell'esame delle domande la Commissione per le provvidenze ai perseguitati politico-razziali "può ritenere validi, a comprovare le persecuzioni e la insorgenza delle infermità, atti notori e testimonianze dirette, quando non sia possibile il reperimento di documenti ufficiali".

Tale ultima disposizione scolpisce in maniera netta il significato da dare al concetto di "ebraicità" del soggetto richiedente, che è legato all'origine dello stesso richiedente e non al possesso di ulteriori (e non previsti, dalla legge) requisiti.

Il chiaro tenore letterale della norma esime, pertanto, da ulteriori e non richiesti sforzi esegetici: ai fini della L. n. 17 del 1978, è soggetto legittimato a presentare la richiesta di cui al combinato disposto delle leggi n. 336/1970 e n. 541/1971, colui

che è cittadino italiano, che ha un'origine ebraica e che assume di essere stato oggetto di persecuzione in dipendenza della detta origine.

Al lume di ciò, la pretesa dell'Amministrazione di ancorare -invece- l'origine ebraica del richiedente alla nozione di "razza ebraica" contenuta nell'art. 8, lettera d), R.D.L. n. 1728 del 17 novembre 1938 ("è considerato di razza ebraica colui che, pur essendo nato da genitori di nazionalità italiana, di cui uno solo di razza ebraica, appartenga alla religione ebraica, o sia, comunque, iscritto ad una comunità israelitica, ovvero abbia fatto in qualsiasi altro modo, manifestazioni di ebraismo. Non è considerato di razza ebraica colui che è nato da genitori di nazionalità italiana, di cui uno solo di razza ebraica, che alla data del 1° ottobre 1938, apparteneva a religione diversa da quella ebraica") è operazione logico-giuridica scorretta per due concorrenti motivi:

a) il primo motivo è di ordine esegetico: la norma posta dalla L. n. 17 del 1978 è chiara nella sua formulazione e perfettamente auto-applicativa, senza necessità di ulteriori o diverse specificazioni contenute in testi normativi diversi, tanto più se oggetto di intervenuta abrogazione;

b) il secondo motivo è di ordine sostanziale: è irragionevole e sproporzionata la pretesa dell'Amministrazione di far dipendere (in senso sfavorevole al richiedente) il possesso di un requisito per l'accesso a un beneficio di legge, dall'applicazione di una norma razziale (l'art. 8, lettera d), dell'abrogato R.D.L. n. 1728 del 17 novembre 1938) lesiva dei diritti fondamentali della persona e, soprattutto, rispetto alla quale le leggi post razziali n. 336/1970, n. 541/1971 e n. 17/1998 hanno inteso porre rimedio. Viene tradito, nella sostanza, lo spirito stesso della nuova disciplina.

La ratio legis dell'attribuzione del beneficio, infatti, riposa sulla necessità di compensare con attribuzioni economiche pregiudizi patiti da soggetti (cittadini italiani) per il fatto in sé di avere un'origine ebraica e rispetto ai quali il torto subito (fisico, economico o morale) è dipeso dall'applicazione di una norma di legge o dall'adozione di un atto amministrativo.

Sicché il pretendere, oggi, di far uso di concetti e di categorie giuridiche elaborate al tempo della vigenza delle leggi razziali, finirebbe inevitabilmente per implicare la perpetuazione, in senso sfavorevole all'interessato, dell'efficacia di definizioni giuridiche basate sul concetto di appartenenza alla razza e sorte all'unico scopo di discriminare tra di loro gli individui.

La riprova di ciò è contenuta nello stesso art. 8, lettera d), R.D.L. n. 1728 del 17 novembre 1938, la cui chiara formulazione manifesta che, in disparte i natali del soggetto ("colui che, pur essendo nato da genitori di nazionalità italiana, di cui uno solo di razza ebraica"), ciò che rappresentava un disvalore giuridico per il legislatore dell'epoca era l'appartenenza del medesimo alla religione ebraica o la sua iscrizione ad una comunità israelitica ovvero l'aver fatto in qualsiasi modo una manifestazione di ebraismo.

Il legislatore del 1978, invece, del tutto coerentemente col sistema di benefici costruito con la L. n. 336 del 1970 e poi esteso nel suo ambito soggettivo di efficacia con la L. n. 541 del 1971, ha assunto quale unico presupposto (concorrente, ovviamente, con quello del possesso dello status di cittadino italiano) quello di avere un'origine ebraica, al di là e a prescindere dalla professione di fede, dalla formale appartenenza ad una comunità israelitica e dal compimento di atti di manifestazione di ebraismo.

Solo in tale prospettiva (e non già in quella, opposta, sostenuta dalle Amministrazioni appellanti) può cogliersi il valore di precedente conforme rappresentato dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 4580 del 2 agosto 2011: anche in quell'oc-

casione la Sezione aveva avuto modo di motivare in ordine all'art. 8 dell'abrogato R.D.L. n. 1728 del 1938, ma solo al fine di precisare che l'iscrizione ad una comunità israelitica poteva ben essere apprezzata, sul piano probatorio, per qualificare come ebreo, tra gli altri, colui il quale fosse nato anche da un solo genitore appartenente alla razza ebraica, e non già al diverso scopo di elaborare un principio di diritto in base al quale inferire che l'origine ebraica dovesse ricostruirsi, sic et simpliciter, sulla base dell'abrogato decreto del 1938.

Va inoltre considerato che, in base alla richiamata norma del 1938, l'attribuzione della qualità soggettiva fonte del regime discriminatorio (l'appartenenza alla razza ebraica) avrebbe dovuto essere a contrario esclusa per tutti coloro che, nati da genitori di nazionalità italiana, di cui uno solo di razza ebraica, non appartenevano alla religione ebraica, non erano iscritti ad una comunità israelitica ovvero non avevano fatto in qualsiasi altro modo manifestazioni di ebraismo.

Sicché, sarebbe davvero ben strano far dipendere (oggi) il possesso di un requisito, in senso sfavorevole al richiedente, dalla presenza di condizioni estrinseche (il culto della religione, la formale iscrizione ad una comunità, la effettiva manifestazione di fede) che all'epoca delle stesse leggi razziali erano considerate indice di disvalore giuridico solo laddove sussistenti e non, invece, mancanti.

Dai documenti versati agli atti, risulta indiscutibilmente l'origine ebraica della ricorrente, figlia di padre ebreo costretto a lasciare il lavoro (era medico all'Ospedale le Molinette a Torino) e la famiglia e a fuggire, e di madre italiana, della quale utilizzò il cognome (...) in luogo di quello paterno (...), a tutti noto come cognome ebraico, sicché sotto tale profilo l'appello non merita favore.

6.3 Parimenti infondata è, infine, l'ulteriore censura con cui si critica l'invasione, ad opera del primo giudice, della sfera di competenza riservata all'Amministrazione, sull'assunto e nel presupposto che quest'ultimo avrebbe (altresì) statuito in ordine al possesso, in capo alla ricorrente, degli ulteriori requisiti previsti dalla legge per potere accedere al beneficio.

L'assunto non ha pregio.

Dal tenore formale dell'atto impugnato si evince chiaramente che l'Amministrazione ha provveduto, ai fini del diniego dell'accesso al beneficio, esclusivamente in ordine all'aspetto inerente all'origine ebraica del soggetto, non pronunciandosi affatto in ordine al possesso (o meno) di eventuali ulteriori requisiti di legge.

Pertanto (e conseguentemente) il primo giudice si è espresso solo sulla materia del contendere rimessa al suo vaglio, nei limiti dei motivi di ricorso, come si evince chiaramente anche dal dispositivo, limitato all'annullamento dell'atto impugnato e non già al (non consentito) accertamento dichiarativo del diritto ex sé al beneficio ai sensi dell'art. 34 del c.p.a..

7. In conclusione, l'appello va respinto, con salvezza degli ulteriori provvedimenti da assumere a cura dell'Amministrazione preposta, in relazione a eventuali ulteriori presupposti di legge per potere accedere al beneficio.

8. (...)

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge (...)

Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto
Sez. I, 28 dicembre 2018 n. 1218

Libertà religiosa – Ordinamento militare – Partecipazione obbligatoria a cerimonia religiosa in orario di servizio – Comunicazione non tempestiva della propria condizione di non credente – Perdita del grado per rimozione

In materia di esenzione dalla partecipazione a una cerimonia religiosa in orario di servizio, in occasione delle festività pasquali e per commemorare un militare deceduto, è necessario che il non credente dia comunicazione tempestiva della sua condizione e della sua intenzione di non partecipare al fine di mettere in condizione i superiori di valutare se esentarlo dall'ordine di presenziare

Omissis (...)

Considerato che con il ricorso indicato in epigrafe il I° (...) ha impugnato il decreto del vice direttore generale della Direzione Generale per il Personale Militare del Ministero della Difesa prot. n. 425/I-3/2013 del 16 agosto 2013, a mezzo del quale gli è stata inflitta la sanzione disciplina della perdita del grado per rimozione, con cessazione dal servizio permanente, chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione;

Osservato che il ricorrente riferisce, in fatto, che il procedimento disciplinare ha avuto origine dal suo rifiuto (perché non credente) di obbedire all'ordine di presenziare, con gli altri militari del suo reparto, ad una cerimonia religiosa organizzata durante l'orario di servizio in occasione delle festività pasquali e per commemorare un militare deceduto. Per detto episodio, è stato instaurato nei suoi confronti un procedimento penale, conclusosi con la condanna (passata in giudicato) per il reato di disobbedienza pluriaggravata, emessa dal Tribunale Militare di (...) con sentenza n. 66/2012 del 12 luglio 2012, cui ha fatto seguito la sanzione disciplinare impugnata;

Considerato che a supporto del gravame il ricorrente, senza articolare formalmente motivi, ha in ogni caso dedotto le seguenti censure:

1) incompetenza, perché la sanzione disciplinare gli è stata inflitta con provvedimento emanato dal vice direttore generale della D.G. per il Personale Militare, anziché dal Ministro della Difesa, a cui competerebbe l'adozione della ridetta sanzione, ai sensi degli artt. 1388 e 1389 del d.lgs. n. 66/2010 (Codice dell'ordinamento militare);

2) violazione dei principi di proporzionalità e di gradualità dell'azione amministrativa, atteso che il deducente sarebbe stato rimosso dal grado per essersi limitato ad esercitare il suo diritto di obiezione di coscienza. Egli non si sarebbe rifiutato di obbedire ad un ordine attinente alle finalità istituzionali dell'Esercito, visto che tra queste ultime non rientra quella di partecipare a funzioni religiose o di culto, ed anzi il suo dissenso sarebbe legittimo, perché espressione di una libertà costituzionalmente tutelata;

(...)

Considerato che, nondimeno, il ricorso è infondato nel merito, per le seguenti ragioni:

- relativamente alla prima censura, si osserva che il provvedimento impugnato richiama sia il decreto ministeriale del 27 -OMISSIS- o 2013 (con cui il Ministro della Difesa ha delegato il direttore generale per il Personale Militare ad adottare i provvedimenti e atti in materia disciplinare di stato per il personale militare fino al grado di -OMISSIS- e gradi corrispondenti), sia l'art. 20, comma 3, del decreto ministeriale del 16 gennaio 2013 (registrato alla Corte dei conti il 1° marzo 2013), che ha previsto le modalità di sostituzione nell'ipotesi, tra le altre, della temporanea assenza del direttore generale del Personale Militare: non sussiste, perciò, il dedotto vizio di incompetenza;

- in merito, invece, alla seconda censura, si osserva che la difesa erariale ha allegato e documentato: a) che il militare era già stato sospeso in data 13 luglio 2011 per sei mesi a seguito di una precedente condanna penale per "insubordinazione con minaccia e ingiuria aggravata in continuazione"; b) che si tratta di soggetto che ha riportato nel corso della sua pur non lunghissima carriera nell'Esercito un rilevante numero di sanzioni disciplinari, talune delle quali di significativa entità e/o con recidiva (v., per l'elenco, doc. 9 della difesa erariale), e ripetute valutazioni negative da parte dei superiori almeno nella parte iniziale della carriera (v. ancora doc. 9 della difesa erariale);

- appare, perciò, senz'altro immune da mende il giudizio della P.A., che il ricorrente sia soggetto che ha denotato uno scarso senso della disciplina e del dovere istituzionale e in questo senso depono anche la lettura delle (pur sintetiche) motivazioni delle molteplici sanzioni disciplinari irrogategli (v. doc. 9 della difesa erariale);

- l'ora riferito scarso senso della disciplina e del dovere istituzionale è emerso in relazione, altresì, all'episodio da cui ha avuto origine la sanzione della rimozione, poiché non risulta che il militare si sia preoccupato di esporre per tempo ai superiori la propria condizione di non credente e che, per tal ragione, non avrebbe potuto presenziare alla cerimonia religiosa: ove l'avesse fatto – e che egli abbia avuto la possibilità di dare un tempestivo avviso delle sue intenzioni, si ricava dalla sentenza penale di condanna pronunciata a suo carico per la stessa vicenda (v. all. 2 al ricorso, pag. 5) – avrebbe messo i superiori in condizione di valutare se esentarlo dall'ordine;

- la riferita ricostruzione della vicenda – in specie il fatto che non risulti alcuna prova che il militare avesse avvisato per tempo i superiori, pur potendolo fare – induce, quindi, a dubitare che nell'episodio sanzionato l'interessato abbia realmente inteso tutelare i propri diritti costituzionalmente garantiti alla libertà di pensiero e religiosa (incluso il diritto all'obiezione di coscienza);

- quanto, infine, alla lamentata estraneità dell'ordine alle finalità istituzionali dell'Esercito Italiano, a confutazione della censura si richiama ancora una volta la sentenza penale di condanna emessa nei confronti del (...) Silvestri dal Tribunale Militare di (...), dove viene sottolineato come la partecipazione alla cerimonia religiosa, da tenersi nel duomo di (...), fosse stata "prevista dal comando come attività di servizio da svolgersi in divisa e in rappresentanza dell'ente alla presenza di autorità civili e militari": il che ben si spiega con il fatto che la cerimonia era stata organizzata "soprattutto al fine di commemorare un militare deceduto che aveva prestato servizio a (...)" (v. pagg. 3 e 5 della sentenza, all. 1 al ricorso);

- in proposito mette conto aggiungere che sono del tutto inconferenti ed irrilevanti le argomentazioni addotte nel ricorso (pagg. 11 e ss.) in ordine alla pretesa er-

roneità della sentenza penale di condanna, passata in giudicato – si dice – per mera ingenuità dell’interessato, non essendo ovviamente questa la sede per sindacare la sentenza in questione;

- in ultima analisi, quindi, il provvedimento impugnato – la cui motivazione richiama la gravità del comportamento del militare, i suoi numerosi precedenti e l’incompatibilità della condotta dallo stesso serbata con il grado rivestito e con lo status di militare in servizio permanente, costituendo essa una violazione dei principi di gerarchia che improntano l’ordinamento militare, tale da minare il rapporto di fiducia su cui si fonda il rapporto di impiego dei militari – appare esente da censure e, per le ragioni suesposte, non contrasta con i principi di proporzionalità e gradualità;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto – Sezione Prima (I[^]), così definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

(...)

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all’art. 52 del d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196, nel testo modificato dal d.lgs. n. 101/2018, a tutela dei diritti e della dignità della parte interessata, dà mandato alla Segreteria di procedere all’oscuramento delle generalità, nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare il ricorrente e le sue idee in tema di religione.

Nota redazionale

La breve decisione segnalata desta, nella sua stringatezza, non poche perplessità: la sentenza è costruita in maniera abbastanza incoerente dal momento che da una parte sembra appoggiarsi sul giudicato penale militare riguardante il ricorrente, che ne dimostrerebbe la strutturale indisciplina, per giustificare la legittimità della sanzione disciplinare di stato della “perdita del grado per rimozione”; dall’altra, però, nella motivazione si legge che l’episodio da cui ha *avuto origine* la sanzione della rimozione sia proprio *l’essersi rifiutato di partecipare a una funzione religiosa in orario di servizio*.

Qualora l’elemento determinante fosse stato quest’ultimo sarebbe davvero arduo giudicare legittima questa decisione: la partecipazione a funzioni religiose, anche nell’ordinamento militare, non può che essere disciplinata alla luce dell’art. 19 Cost. Ma vi è di più: anche la richiesta al militare di rivelare i propri convincimenti religiosi al fine di dispensarlo dall’ordine di partecipazione genera ben più di una perplessità, essendo la libertà religiosa anche libertà di non manifestare i propri convincimenti. Ogni atto con cui una pubblica amministrazione pone l’individuo nella condizione di rivelare il proprio pensiero in materia religiosa è dunque un atto illegittimo: non si capisce dunque da dove il T.A.R. Veneto tragga motivo per affermare “non risulta che il militare si sia preoccupato di esporre per tempo ai propri superiori la propria condizione di non credente” e appoggi su questo dato la legittimità della sanzione disciplinare. Se nell’ordinamento militare esistono situazioni normative che costringono il militare a rivelare i propri convincimenti religiosi pena essere sottoposti a sanzioni disciplinari sono le stesse a dover essere giudicate illegittime e a dover essere modificate, non certo le sanzioni disciplinari basate su tali situazioni a dover essere salvate.

L’art. 1471 del Codice dell’ordinamento militare (D.lgs. n. 66/2010), al comma 2 è piuttosto chiaro sul punto: “La partecipazione alle funzioni religiose nei luoghi

militari è *facoltativa, salvo che nei casi di servizio*". A maggior ragione quando la cerimonia non sia, come nel caso in questione, in un luogo militare.

Può essere considerato "casi di servizio" dover per forza partecipare a una funzione religiosa per Pasqua e per rimembrare un militare deceduto? Sembra davvero arduo poterlo sostenere.

Di talché sembrerebbe cadere tutta la costruzione che regge questa decisione, se il motivo scatenante la sanzione disciplinare è il rifiuto di partecipare alla messa.

In conclusione, se la partecipazione alle funzioni è *facoltativa*, ciò significa che deve essere data comunicazione ai militari che si terrà tale funzione alla quale hanno facoltà di partecipare, non certo che debba essere chiesto ai militari di obiettare alla partecipazione rivelando un proprio dato sensibile. Esigenze di servizio possono solo essere quelle che impongano la partecipazione del militare non in qualità di partecipante alla funzione, cosa che concreterebbe un inammissibile *dovere di partecipazione a una funzione religiosa*, ma in qualità di militare in servizio per assicurare, ad esempio, la sicurezza della stessa qualora ciò sia necessario.

Presentazione

La parte di legislazione e giurisprudenza canonica del numero 2 del 2018 pubblica due sentenze sull'incapacità al consenso matrimoniale, del Tribunale Ecclesiastico Pugliese quale giudice di prima istanza e di quello Beneventano in seconda istanza, con nota di Alessio Sarais e un interessante decreto in tema di sospensione del giudizio ordinario di nullità e avvio della procedura per la concessione della dispensa di matrimonio non consumato, annotato dal curatore della sezione legislazione e giurisprudenza canonica, Prof. Paolo Stefani.

Nella parte relativa alla Giurisprudenza rotale, si pubblica un decreto sul principio del *ne bis in idem*, con nota del curatore della sezione "Giurisprudenza rotale", Prof. Mario Ferrante.

**Tribunale Ecclesiastico Regionale Pugliese – Trani/Barletta/Bisceglie – Nullitatis matrimonii, 10 marzo 2014 –
c. Cota, ponente**

Matrimonio – Nullità di matrimonio – Consenso – Incapacità al consenso matrimoniale – Dolo

Se una sindrome post traumatica causata da un incidente stradale, che genera episodi di epilessia, possa essere ritenuta rilevante ai fini dell'emersione di un'ipotesi di incapacità al consenso matrimoniale

(*Omissis*) FACTISPECIES

1 – A. e G. si conobbero tramite la cugina di lui, si fidanzarono, ma si vedevano poco, per via del loro lavoro.

G. raccontò alla fidanzata che aveva subito un gravissimo incidente, nel 1995, sostenendo di essere stato miracolato da S. Rita. Nonostante le bugie che il convenuto raccontava ad A., i due si sposarono il 25.04. 2009 nella Chiesa del Sacro Cuore di Gesù, Parrocchia Santa Maria del Pozzo, in Trani, Diocesi di Trani-Barletta-Bisceglie.

Durante la convivenza, difficile e litigiosa, il convenuto mostrò gravi deficit psicologici, per cui l'attrice, vedendo che G. assumeva regolarmente un farmaco, volle vederci chiaro e venne a conoscenza che il marito non si sottoponeva agli esami prescritti. Il comportamento di G. diventava sempre più strano, tanto che arrivò a scaraventare contro di lei un ferro da stiro bollente. Inoltre, G. spesso si assentava dalla casa coniugale ed i litigi aumentarono, per cui l'attrice fece rientro presso la casa paterna.

È in corso la separazione giudiziale.

2 – L'attrice in data 14.07.2011 si rivolse a questo Tribunale per chiedere la declaratoria di nullità di matrimonio per “*incapacitas* a contrarre del convenuto ai sensi del can. 1095 nn. 2 e/o 3 CIC e, ove questo capo non fosse provato, per errore nell'attrice (can. 1097) e per dolo nel convenuto così come previsto dal can. 1098 CIC”.

Il Vicario Giudiziale con decreto del 15.07.2011 costituì il Collegio ed in pari data il Preside del Collegio designò Ponente e Relatore della causa il Giudice Mario Cota.

In data 21.07 successivo il Preside del Collegio decretò l'accettazione del libello e la convocazione delle Parti.

Prese atto che era impossibile la riconciliazione.

Il 15.09.2011 vi fu la contestazione della lite e il dubbio venne concordato con la formula: “Se consti della nullità del matrimonio per: 1. Grave difetto di discrezione di giudizio del convenuto circa i diritti e i doveri matrimoniali essenziali da dare e accettare reciprocamente (can. 1095 n. 2); 2. Incapacità del convenuto ad assumere gli obblighi essenziali del matrimonio per cause di natura psichica (can. 1095 n.3); 3. In Subordine: Dolo ordito dal convenuto”.

Dal 08.03.2012 al 05.06.2012 ebbero luogo le deposizioni dell'attrice e dei suoi testi, il convenuto, più volte invitato a deporre non si presentò.

Il 19.07.2012 il Giudice Ponente, dovendo accertare l'eventuale incapacità del convenuto nominò, come perito d'ufficio il dott. Cesario Schiraldi, psichiatra, il quale, depose il Votum in questo Tribunale, poiché il convenuto, debitamente invitato non si presentò per essere periziato.

Il 18.02.2013 fu decretata la Pubblicazione degli Atti.

In data 21.03 successivo il Patrono di parte attrice si rivolse a questo Tribunale per proporre di far effettuare la perizia di parte sul convenuto da un qualificato neurologo di Bari. Il convenuto, pur essendo stato convocato, non si presentò.

Il 26.03 successivo il Preside del Collegio rispose al Patrono di parte attrice, accettando la perizia di parte sugli Atti.

Il 18.07.2013 venne depositata la perizia di parte sugli Atti in questo Tribunale.

Il 03.10 successivo vi fu la Pubblicazione degli Atti Suppletivi ed il 30.10.2013 la Conclusione in Causa.

IN IURE

Quoad incapacitatem

3 – Recita il can. 1095, 2, 3: *“Sunt incapaces matrimonii contrahendi: qui laborant gravi defectu discretionis iudicii circa iura et officia matrimonialia essentialia mutuo tradenda et acceptanda...qui ob causas naturae psychicae obligationes matrimonii essentialis assumere non valent”*.

La norma si riferisce a quelle persone incapaci di attuare l'essenza di ciò che promettono con il consenso matrimoniale. Si tratta di persone che possono comprendere ciò che promettono, ma non possono poi farlo, cioè pur essendo capaci di porre un atto psicologico umano, mancano, però, degli stessi presupposti del suo sorgere nei confronti degli oneri coniugali, che pure intenderebbero assumere.

Un atto umano valido si ha solo quando è responsabile, cioè scevro da psicopatie, da tare psichiche o anche da defectum personalitatis. L'Aquinate, in maniera chiara, dice: *“Tunc actus imputatur agenti, quando est in potestate ipsius, ita quod habeat dominium sui actus”* (in ‘Sum. Theol.’ I-II, q.21, art.2).

Prima di tutto, bisogna considerare se il soggetto sia privo della discrezione di giudizio circa i diritti e i doveri essenziali che l'impegno matrimoniale comporti. Se, infatti, manca questa capacità di consenso, il matrimonio è nullo. In quanto nessuno si può obbligare a qualcosa che è incapace di fare proprio. *“Ad impossibilia nemo tenetur”*, scriveva Cicerone (‘De Legibus’, II, 23).

Come abbiamo visto, presupposto essenziale ed imprescindibile di ogni atto deliberativo dell'uomo è, quindi, non solo la esistenza della capacità conoscitiva, ma anche la facultas critica che è data dalla discrezione di giudizio, consistente nel potere di sintesi, cioè come osserva l'Aquinate, nella facultà *“instaurandi iudicium de eo quo consentitur”* (ibidem, q. 74, art. 7).

La discrezione iudicii deve essere proporzionata non solo all'azione da compiersi, ma ammette gradi diversi sia in dipendenza del soggetto agente che in rapporto all'oggetto o al fine da consentire.

Il nubente potrebbe difettare del retto uso della discrezione di giudizio quando celebra il matrimonio ed allora il consenso risulterebbe invalido (F. Lorence in *“De ignorantiae influxu in matrimoniali consensu”* – Apollinaris, 1953, 348s.).

E nel caso di un grave difetto di discrezione di giudizio nel contraente si rea-

lizza un consenso nullo, poiché “*Adnotandum quoque est obligationes essentielles matrimonii esse debere mutuas, permanentes, continuas et irrinuntiables. Quapropter capacitas vel incapacitas vertit ad habilitatem vel minus ex parte contrahentis instituendi sic dictum statum matrimonialem. Hoc manifestatur uti conditio vitae stabilis, immutabilis et perpetua in suis datis essentialibus...*” (decisio coram De Lanversin, 18.07.1985, RRDec., vol. LXXVII, p. 360).

Al riguardo, è bene richiamare le parole del Papa Giovanni Paolo II nell’Allocazione alla Rota Romana del 05.02.1987: “Per il canonista deve rimanere chiaro il principio che solo la incapacità, e non già le difficoltà a prestare il consenso e a realizzare una vera comunità di vita e di amore, rendono nullo il matrimonio... Una vera incapacità è ipotizzabile solo in presenza di una seria forma di anomalia che, comunque si voglia definire, deve intaccare sostanzialmente la capacità di intendere e di volere”.

4 – Per quanto attiene alla Sindrome epilettica, bisogna distinguere quella derivante da un vero e proprio arresto dello sviluppo psichico, detta idiopatica, da quella derivante da un *trauma capitis* che determini lesioni cerebrali come quella del convenuto, detta organica.

Nel caso in esame si può affermare che nel convenuto ci sia stata una incapacità da cause organiche, tale cioè da intaccare la facoltà di intendere e di volere. È fondato ritenere che al momento del consenso, il convenuto soffriva di un grave deficit di discrezione di giudizio, derivante dal *trauma capitis* avvenuto durante un incidente, che determinò nel convenuto “insonnia, irritabilità e turbe del comportamento” (p. 129); ciò produsse in lui una grave ansia, tale da sostanziare un grave difetto di discrezione di giudizio circa i diritti ed i doveri matrimoniali essenziali da dare ed accettare reciprocamente.

La giurisprudenza rotale ha riconosciuto in simili casi che: “...è fuori di dubbio, che alla singolare gravità e importanza dell’istituto matrimoniale deve corrispondere una buona armonia delle varie strutture della personalità dei contraenti” (R.R.R. Dec. 11.12.1966, coram Mattioli). E ancora: “Questa consonanza è impedita sia dalla disarmonia delle varie funzioni psichiche sia dalla inesistenza di quella inscindibile collaborazione fra intelletto volontà, esclusiva operatrice del giudizio definitivo sull’atto da compiere...” (M.P. Pompedda in ‘Personalità psicopatica in rapporto al consenso matrimoniale’, Roma 1976, p. 78). “Un contraente in preda ad un conflitto patologico non ha veramente una volontà libera e non può esprimere un giudizio serenamente concepito” (R.D. Hare in ‘Dizionario di psicologia’, Ed. Paol., p. 939).

Quoad dolum

5 – Il dolo, già noto nel diritto romano (1, 2, Dig. *De dolo malo*, IV, 3) è stato recepito nel Codice Canonico al canone 1098, che prescrive: “*Qui matrimonium init deceptus dolo, ad obtinendum consensum patrato, circa aliquam alterius partis qualitatem, quae suapte natura consortium vitae coniugalibus graviter perturbare potest, invalide contrahit*”.

Ne consegue che il dolo deve essere caratterizzato da:

Quando il soggetto contraente emette un giudizio errato;

Quando sia causa di un giudizio errato;

Quando sia causa di un consenso errato che altrimenti non avrebbe dato;

Quando tale giudizio riguarda una qualità dell’altro contraente;

Quando il dolo, per sua stessa natura, possa perturbare gravemente la vita coniugale;

Quando il dolo sia messo in atto al solo scopo di estorcere il consenso matrimoniale.

In altre parole, ad un elemento soggettivo di chi pone il consenso: la valutazione della qualità, deve fare riscontro l'elemento oggettivo: la qualità stessa, capace di causare un grave danno alla vita comune.

Va da sé, che per la dichiarazione di nullità di matrimonio, l'esistenza delle condizioni patologiche deve risultare inequivocabilmente prima del matrimonio.

IN FACTO

6 – Il collegio dei Giudici, dopo ampia discussione e attenta considerazione di tutti gli elementi offerti da questo processo, ha ritenuto di aver acquisito la certezza morale per la dichiarazione di nullità matrimoniale a motivo del grave difetto di discrezione di giudizio del convenuto circa i diritti e i doveri matrimoniali essenziali da dare ed accettare reciprocamente. Per valutare la modulazione effettiva della gravità del difetto di discrezione di giudizio del convenuto, oltre all'esame ponderato delle tavole processuali, soccorre la perizia del Dott. Vito Santamato nella quale si legge che il convenuto: "è affetto da Sindrome psico – organica post traumatica da lesione fronto-temporaro-parietale sinistra e da coinvolgimento cerebrale diffuso con turbe del comportamento...Questi pazienti non sono coscienti di ciò che stanno vivendo. In un certo senso è come se vivessero un sogno nella realtà...Questi soggetti sperimentano stati di forte irritabilità per futili motivi, spesso vivono un profondo disagio relazionale per il loro essere o sentirsi frequentemente non compresi...È certo che l' N. N. (CONVENUTO) possedeva una personalità distorta, caratterizzata da turbe cognitive mnesiche, scatti d'ira, di dipendenza dall'ambiente familiare e dalla figura materna...Perché una persona non sia capace di contrarre valido matrimonio non sempre si richiede che manchi del sufficiente uso di ragione, basti che difetti gravemente di discrezione di giudizio circa i diritti ed i doveri matrimoniali da dare ed accettare reciprocamente ovvero che non sia in grado di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio... Il sig. N. N., affetto da sindrome organica post traumatica con turbe comportamentali, irritabilità, impulsività ed eccitamenti psicomotori, presentava elementi che possono essere causa di mancanza di discrezione di giudizio al momento del matrimonio. In alcune personalità abnormi c'è un'incapacità, inoltre, di stabilire un valido e consistente rapporto interpersonale a scopo matrimoniale...come nel caso doloroso dell' N. N., in rapporto specialmente al bene dell'altro coniuge..." (pp. 235ss.).

Tempore matrimonii, il convenuto, a causa del grave *trauma capitis* aveva già perso la capacità di dominare liberamente, di resistere a tutte le pressioni e/o conflitti interiori che sorgevano nella vita matrimoniale.

Come ben provato, una tale sindrome sostanzialmente anche un'incapacità del convenuto ad assumere gli obblighi essenziali del matrimonio per causa di natura psichica, cioè tale da intaccare le facoltà di intendere e di volere, come abbiamo già accennato nella parte in iure.

7 – Ecco la confessione giudiziale dell'attrice, N. N.: " G. soffriva di epilessia post-traumatica, perciò assumeva il Tegretol...se avessi conosciuto, prima di sposarmi, tutta la realtà che gravita intorno a G., certamente non l'avrei sposato...(7/169 s.).

Il convenuto, nonostante sia stato citato, non si è mai presentato a deporre.

8 – Queste sono le deposizioni dei testimoni attori:

N. N., madre dell'attrice, dichiara: "...Mia figlia è stata ingannata in merito alla malattia di G... Si è resa conto che era affetto da epilessia post-traumatica qualche mese dopo il matrimonio, scoprendo la natura del farmaco che G. prendeva ogni sera dicendo che era uno stabilizzatore dell'emocromo..." (7/182).

N. N., padre dell'attrice, conferma: "Dopo qualche mese di matrimonio, da mia figlia, ho saputo che G. prima di sposarsi aveva avuto un incidente stradale dal quale era rimasto profondamente segnato, infatti è stato per un periodo in coma e quando si è svegliato gli hanno riscontrato una grave epilessia post-traumatica... non era possibile vivere con G... con una serie di comportamenti violenti e pericolosi..." (7/187).

N. N., sorella dell'attrice, dice: "Subito dopo il matrimonio, mia sorella si rese conto che G. ogni sera assumeva una pillola... A. chiese al marito con insistenza spiegazioni della sua situazione di salute e da lui voleva sapere perché a lei non era stata detta la verità fin da subito... Parlò con la suocera... si attivò fino a giungere ad avere la documentazione medica a disposizione, da cui si evince che G. è affetto da epilessia post-traumatica... Da mia sorella ho saputo che G. spesso aveva sbalzi di umore improvvisi, con forti picchi di nervosismo e a volte schiumava dalla bocca..." (7/192).

N. N., cugina dell'attrice, conferma: "(mia cugina) riuscì ad avere la documentazione medica e si rese conto che era affetto da epilessia post-traumatica e che non si sottoponeva a controlli da parecchio..." (12/197).

N. N., fratello dell'attrice, afferma: "(mia sorella) insistette per avere la documentazione medica, ritenendo di avere il diritto di sapere la situazione di salute del marito e quando l'ottenne, si rese conto che il marito era affetto da epilessia post-traumatica..." (12/199).

9 – Concludendo, alla luce delle concordi testimonianze, è evidente come la *noxa* epilettica del convenuto abbia influito in maniera notevole a creare in lui un conflitto emotivo interiore che ha interferito sulla sua capacità di realizzare scelte idonee nel momento del consenso, poiché ha determinato un grave difetto di discrezione di giudizio circa i diritti e i doveri matrimoniali essenziali da dare ed accettare reciprocamente. Base di prova principale è la documentazione medica allegata agli Atti, oltre alle prove testimoniali, tutte concordi. Osserva Pompedda che "una personalità psicopatica mal si concilia con gli obblighi matrimoniali" (in *'Nevrosi e personalità psicopatica in rapporto al consenso matrimoniale – Perturbazioni psichiche e consenso matrimoniale in Diritto Canonico'* – Roma 1976, pp.78 ss.).

Pertanto, sono da accettare le conclusioni peritali del Perito di parte per quanto riguarda il grave difetto di discrezione di giudizio dell'attrice circa i diritti e i doveri matrimoniali essenziali da dare ed accettare reciprocamente, ed ha notevole valenza, nel caso come questo, l'incapacità del convenuto per causa di natura psichica, in quanto sussiste una infermità mentale sistemica che attinge dal grave trauma da lui subito e che si riflette sulle facoltà mentali superiori.

10 – Per quanto riguarda il dolo è da dire che è insostenibile l'inganno del convenuto invocato dal Patrono di parte attrice per impugnare la validità del matrimonio di cui alla fattispecie per le seguenti ragioni:

In un soggetto epilettico psico-degenerato non può sussistere la capacità cognitiva, atta ad ordire il dolo. La ragione sta nel fatto che nell'epilessia da lesioni cerebrali espansive come nel nostro caso, le facoltà psichiche sono incoordinate e lese, come ben afferma il Prof. Enzo Arian in *'Deterioramento psichico nell'epilessia*

post-traumatica' (Ediz. Minerva Med.-2012) e Kovarsky V. in *'La misura delle capacità psichiche negli epilettici traumatizzati'*: "L'epilessia post-traumatica determina una grave riduzione dell'intelligenza ed una compromissione grave delle funzioni superiori" (p. 543). Anche G. Jervis in *'Manuale critico di psichiatria-Feltrinelli ed. Milano'*, osserva: "L'epilessia post-traumatica si associa spesso ad insufficienza mentale". Pertanto un tale soggetto è incapace della *'mala pravitās'*, caratteristica principale del dolo, in quanto questo presuppone una volontà cosciente, responsabile di comportamento diretto a recar danno ad altri. Infatti la psichiatria insegna che ogni comportamento è espressione:

della cognizione di ciò che si vuole fare;
della deliberazione di realizzare un dato comportamento;
della volontà di attuare tale comportamento;
dell'attuazione dell'atto stesso (da Rieti E. *'Esame psicologico in psichiatria e in medicina legale'* Ed. Istit. Bibliog. Italiano, Roma 1945, p. 77).

Tuttavia, la parte ATTRICE afferma di essere stata ingannata: "Del comportamento di G. pesa molto nella mia vita la insincerità circa la sua patologia e la sua sistemazione lavorativa..." (6/179).

Anche la MADRE dell'attrice, sostiene: "Mia figlia è stata ingannata in merito alla malattia di G. da parte di lui..." (7/182).

Così anche il PADRE dell'attrice: "(mia figlia) si è vista ingannata su un fatto importante della vita di Giacomo e del loro matrimonio..." (7/186).

Parimenti anche la SORELLA dell'attrice, afferma: "(mia sorella) si sentì ingannata su una qualità fondamentale di G..." (7/193).

Come ben si vede, sia l'attrice che i suoi testi non si rendono conto che il comportamento insincero ed ambiguo di G. era espressione della sua patologia mentale, pertanto, come è dimostrato sopra, il convenuto non era responsabile di ordire un dolo, per cui detto capo è da escludere.

11- Le quali cose esposte in diritto ed in fatto, Noi sottoscritti Giudici di Turno, riuniti in seduta collegiale, alla presenza di Dio ed invocato il nome di Cristo, dichiariamo e sentenziamo quanto segue:

CONSTA della nullità del matrimonio, nel presente caso, per grave difetto di discrezione di giudizio del convenuto circa i diritti e i doveri matrimoniali essenziali da dare e accettare reciprocamente.

Si risponde pertanto al primo dubbio concordato

AFFERMATIVAMENTE

CONSTA della nullità del matrimonio, nel presente caso, per incapacità del convenuto ad assumere gli obblighi essenziali del matrimonio per cause di natura psichica.

Si risponde, pertanto, al secondo dubbio concordato

AFFERMATIVAMENTE

NON CONSTA della nullità del matrimonio, nel presente caso, per dolo ordito dal convenuto.

Si risponde, pertanto, al terzo dubbio concordato

NEGATIVAMENTE (*Omissis*)

TRIBUNALE ECCLESIASTICO
BENEVENTANO DI APPELLO
coram P. Fausto Carlesimo C.O., ponente
Sentenza definitiva di secondo grado del 29 marzo 2017

NOTA A SENTENZA

Una sindrome post-traumatica, sviluppata a seguito di un incidente stradale, a cui si associano fenomeni di epilessia e perturbamento del carattere, può incidere sulle capacità cognitive e volitive del nubendo, determinando la nullità del vincolo matrimoniale ai sensi del can. 1095 CIC, nn. 2 e 3.

“Sono incapaci a contrarre matrimonio: 1) coloro che mancano di sufficiente uso di ragione; 2) coloro che difettano gravemente di discrezione di giudizio circa i diritti e i doveri matrimoniali essenziali da dare e accettare reciprocamente; 3) coloro che per cause di natura psichica, non possono assumere gli obblighi essenziali del matrimonio”.

Così il can. 1095 CIC definisce i casi in cui l'incapacità dei soggetti che vogliono contrarre matrimonio è tale da rendere invalido il consenso manifestato e pertanto nulle le nozze eventualmente celebrate in tale condizione. Si tratta, come noto, di uno dei canoni più invocati nei processi di nullità matrimoniale davanti ai Tribunali ecclesiastici, soprattutto in Italia. L'attenzione peraltro si concentra soprattutto sulle fattispecie previste dai nn. 2 e 3, dedicate rispettivamente a coloro che non hanno la capacità di esprimere un valido consenso matrimoniale e a coloro che invece non hanno la capacità di assumere quanto il matrimonio cristiano esige. Nel primo caso il soggetto difetta gravemente nel giudizio al punto da essere in un stato in cui non è in grado di comprendere, nemmeno nel suo significato minimo ed essenziale, gli aspetti fondamentali del sacramento nuziale; nel secondo caso invece la persona, pur astrattamente idonea a capire la struttura costitutiva del matrimonio e quanto esso comporta, non è tuttavia in grado di vivere l'essenza del sacramento.

Focalizzando l'attenzione sulle cause che determinano l'incapacità matrimoniale, la fattispecie del n. 2 del can. 1095 CIC fa leva sul concetto di “difetto grave di discrezione di giudizio”, mentre il n. 3 si riferisce a “cause di natura psichica”. Il legislatore pone quindi a livello normativo degli indicatori astratti, che tocca poi al giudice ecclesiastico specificare nei singoli casi, in particolare definendo se e come nelle specifiche fattispecie portate all'esame del Tribunale si riscontri tale incapacità, quanto essa sia grave e quanto abbia effettivamente minato l'espressione di un valido consenso nuziale.

Il giudice, come noto, decide *ex actis et probatis*, secondo le risultanze processuali e le evidenze probatorie, dovendo raggiungere in coscienza la *certezza morale* circa la nullità del matrimonio *in casu*, dal momento che lo stesso legislatore prescrive che, ove tale certezza non sia sufficientemente corroborata, il sacramento non possa dichiararsi nullo, godendo esso del *favor iuris*. Tutti infatti sono chiamati a scegliere secondo la propria vocazione e, se chiamati a ciò, ad abbracciare la vita matrimoniale, secondo il principio generale posto dal can. 1058 (“tutti possono contrarre matrimonio”), principio rispetto al quale tutte le eventuali proibizioni e le differenti fattispecie previste dal diritto si pongono come eccezioni alla regola, da applicare

quindi – secondo una corretta operazione ermeneutica – in termini di stretto rigore.

Il diretto riflesso in termini processuali di questo rapporto, come già accennato, si legge nella norma posta dal can. 1060 CIC, per cui il matrimonio gode del favore del legislatore, e nel dubbio, il sacramento si ritiene sempre valido fin quando non sia eventualmente provato il contrario, attraverso un'adeguata certezza morale nel senso della nullità nella coscienza del giudice ecclesiastico che si pronuncia sul caso concreto. Se si ritiene, non solo a parole ma effettivamente e nella sostanza, che il momento dell'accertamento della nullità matrimoniale – anche dopo le recenti riforme – sia a tutti gli effetti un *processo giudiziale* e non un mero procedimento amministrativo, non si può prescindere dal can. 1608 CIC, che richiede appunto per l'emanazione della sentenza il raggiungimento della certezza morale *ex actis et probatis*: non si applica dunque il criterio del *più probabile che non*, ma si esige la certezza ragionevolmente maturata dal giudice a seguito dell'esame delle prove raccolte ed esaminate nel corso della causa. Tale obbligo è ancor più grave per il giudice del processo matrimoniale, chiamato a pronunciarsi *in casu* contro il sacramento che gode del *favor* del diritto, risponde alla vocazione dei *christifideles* laici e si presume comunque valido, salvo effettivamente dalle risultanze processuali risulti il contrario. Peraltro il processo canonico matrimoniale, come si sa, comporta un accertamento di *natura dichiarativa* secondo le oggettive risultanze probatorie e non può mai assumere un *carattere costitutivo*, anche di fronte ad un'eventuale richiesta concorde delle parti ed eventuali dolorose vicende personali a seguito di un rapporto fallito. Il Tribunale ecclesiastico, e tale è certamente anche il Vescovo quale giudice unico nel *processus brevior*, viene incontro alle esigenze delle parti, esamina la loro situazione per pronunciarsi poi, nella carità ma sempre secondo verità, sulla effettiva sussistenza del vincolo sacramentale.

Ecco che dunque il compito del giudice è di particolare delicatezza, specialmente quando si tratta di verificare *in casu* la presenza di uno o più elementi che determinano in concreto la nullità del matrimonio. La difficoltà è ancora maggiore quando si invoca il can. 1095 CIC, in quanto assai raramente viene in questione un'incapacità assoluta della persona (che ricadrebbe più opportunamente nella previsione del n. 1), dovendosi invece verificare in concreto, in assenza di un parametro univoco ed assolutamente inconfutabile, in primo luogo se e in che grado il soggetto sia effettivamente incapace ed in secondo luogo se e in che grado questa riscontrata incapacità sia tale da determinare l'impossibilità di assumere il vincolo matrimoniale (n. 2) o di assumerne gli obblighi derivanti (n. 3). Concretizzare inoltre le specifiche situazioni alle quali effettivamente tale incapacità sia correlata dipende parimenti dalla prudente valutazione del giudice, in quanto per un verso non sempre l'incapacità è conseguenza di una specifica patologia e per altro verso anche in presenza di alterazioni patologiche non se ne può dedurre in termini automatici un'effettiva incapacità matrimoniale.

Processualmente ciò si rispecchia nella mancanza nel giudizio matrimoniale di prove ad efficacia legale assoluta, in presenza delle quali l'apprezzamento del giudice dovrebbe cedere il passo ad una valutazione fatta a priori dallo stesso legislatore circa la ritenuta dimostrazione di un fatto; da ciò discende anche come la perizia sia un validissimo aiuto per il Tribunale, specie nei casi di cui al can. 1095, ma non sia mai in sé dirimente nella pronuncia della sentenza che resta un atto esclusivo del giudice, *peritus peritorum*, chiamato sempre a formarsi un proprio giudizio in coscienza.

Nel contesto così sommariamente delineato si inserisce il caso oggetto della sentenza del Tribunale ecclesiastico pugliese del 10 marzo 2014 e della successiva pronuncia confermativa di appello del Tribunale beneventano del 29 marzo 2017, qui in esame.

In estrema sintesi, i giudici sono stati chiamati a pronunciarsi sull'incapacità dell'uomo a seguito di un trauma subito in epoca prematrimoniale, e che la donna asserisce anche a lei dolosamente taciuto, trauma da cui è derivata una sindrome epilettica del soggetto, per la quale egli assumeva un'adeguata cura farmacologica. Il cuore del contendere è dunque costituito dalla valutazione nel caso concreto se le conseguenze di un incidente accaduto molti anni prima all'uomo fossero ancora presenti al momento della celebrazione nuziale e di tale gravità da impedire al nubendo di esprimere un valido consenso e di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio: la causa infatti è introdotta per entrambi i capi dei nn. 2 e 3 del can. 1095 CIC, oltre che per dolo, per avere l'uomo nascosto le circostanze legate all'incidente a lui accorso e per averne comunque minimizzato le effettive conseguenze.

I giudici di prime cure, che sentenziano per l'incapacità, escludono il dolo: in termini logici, prima ancora che dalle risultanze probatorie, secondo il Tribunale pugliese l'uomo, che non aveva un'adeguata capacità matrimoniale, a priori non aveva neppure la capacità di porre in essere deliberati atti tesi a raggirare e ad indurre artatamente in errore l'altra parte. "Sia l'attrice che i suoi testi – si legge nella prima sentenza – non si rendono conto che il comportamento insincero ed ambiguo [dell'uomo] era espressione della sua patologia mentale, pertanto (...) non era responsabile di ordire un dolo, per cui detto capo è da escludere". L'incapacità dell'uomo dai giudici è valutata tale da escludere una piena consapevolezza di comportamento non solo in ordine alla manifestazione del consenso matrimoniale, ma anche riguardo ad altre azioni, quali quelle tese ad ingannare la donna per farla coinvolgere a nozze. Un tale soggetto – annotano ancora i giudici di prime cure, citando valida dottrina – "è incapace della *mala pravitatis*, caratteristica principale del dolo, in quanto questo presuppone una volontà cosciente, responsabile di un comportamento diretto a recar danno ad altri".

L'aver taciuto dell'incidente subito dall'uomo come pure l'averne celato o minimizzato le conseguenze perdono di consistenza di fronte all'effettivo accertamento della sua incapacità: se infatti – come ritenuto dai giudici *in casu* – questa incapacità idonea ad invalidare il matrimonio in concreto sussiste, il fatto che le cause da cui essa discende siano state tenute nascoste alla controparte non assume rilievo processuale. Ciò che conta – e su cui pone opportunamente attenzione la sentenza – è la riscontrata sussistenza dell'incapacità di uno dei nubendi, a prescindere dal fatto che l'altro ne avesse o meno consapevolezza. Anche l'esclusione del capo di dolo risulta quindi conseguente all'accertamento dell'incapacità e l'attenzione del Tribunale va quindi tutta alle circostanze attraverso le quali tale incapacità viene rilevata in concreto.

Come accennato, la capacità dell'uomo viene esclusa sia in ordine alla valida manifestazione del consenso (n. 2), sia in ordine alla valida assunzione degli obblighi matrimoniali (n. 3) e viene di fatto constatata a seguito degli effetti di un incidente avuto anni prima, che ha determinato delle perduranti conseguenze post-traumatiche, attraverso anche manifestazioni di natura epilettica.

Dal momento che su questo si gioca la decisione della causa *pro nullitate*, è interessante esaminare come i giudici, sia di primo grado che di appello, nella sentenza

in esame, maturano la loro decisione in ordine a questo punto. La difficoltà in cui matura la prima pronuncia è maggiore, dal momento che l'uomo, nella parte di convenuto, si mostra contrario alla proposizione della causa, ma non interviene personalmente in giudizio, mancando quindi nella dialettica processuale un effettivo contraddittorio ove possa maturare una più consapevole decisione del Tribunale. Le prove assunte in primo grado sono solo quelle presentate dalla donna, con l'escusione dei soli testi di parte attrice e la produzione di certificazione medica relativa alle condizioni di salute della controparte, da cui peraltro scaturisce un ulteriore strascico giudiziario davanti al Tribunale penale dello Stato per appropriazione indebita degli stessi documenti e per violazione delle disposizioni in materia di *privacy*. Venendo quindi alle relazioni peritali – che spesso in questo tipo di contenzioso sono considerate, non sempre a ragione, le prove dirimenti per la decisione della causa – in primo grado, a seguito dell'indisponibilità dell'uomo ad essere esaminato, viene prodotta una perizia di parte attrice, di fronte alla quale però un primo perito d'ufficio non si sente di confermarne gli esiti e solo un secondo esperto – più versato nella specifica materia – interpellato dal Tribunale si esprime in merito, limitandosi tuttavia ad un esame *ex actis*. In questi casi, peraltro non infrequenti nei Tribunali ecclesiastici italiani, resta sempre il rischio che in concreto la sentenza possa recepire le ragioni della sola parte presente in causa, sebbene l'assenza dell'altra parte sia comunque determinata da una propria scelta consapevole e deliberata e non presenti alcuna violazione del diritto alla difesa.

Anche nel caso in esame dunque la decisione di primo grado viene emessa senza la partecipazione personale del convenuto e dichiara il matrimonio nullo per incapacità dell'uomo, ai sensi dei nn. 2 e 3 del can. 1095 CIC. I giudici pugliesi ritengono di raggiungere la certezza morale sulla base della deposizione dell'attrice e dei testi da lei portati, corroborati soprattutto dalla perizia d'ufficio svolta *ex actis*. In particolare ritengono sufficientemente provate le circostanze per cui, a seguito dell'incidente stradale, l'uomo abbia sofferto di una grave epilessia post-traumatica, che lo portava peraltro ad una serie di comportamenti violenti, oltre che ad assumere specifici farmaci. La sentenza fa proprie le conclusioni della perizia, in cui il soggetto viene ritenuto “affetto da sindrome organica post-traumatica con turbe comportamentali, irritabilità, impulsività ed eccitamenti psicomotori, presentando elementi che possono essere causa di mancanza di discrezione di giudizio al momento del matrimonio”. Per questo, sentenza il Tribunale pugliese “*tempore matrimonii*, il convenuto, a causa del grave *trauma capitis*, aveva già perso la capacità di dominare liberamente, di resistere a tutte le pressioni e/o conflitti interiori che sorgevano nella vita matrimoniale (...). Una tale sindrome sostanzialmente anche un'incapacità del convenuto ad assumere gli obblighi essenziali del matrimonio per causa di natura psichica, cioè tale da intaccare le facoltà di intendere e di volere”.

Da questa pronuncia ripartono i giudici del Tribunale beneventano, dopo che il convenuto interpone appello avverso la sentenza di nullità. Il quadro processuale viene quindi a mutare sostanzialmente, attraverso l'intervento dell'uomo in causa. La prima sentenza è infatti impugnata dal convenuto, assente in giudizio e resosi indisponibile alla stessa visita peritale, anche in quanto viene contestato lo svolgimento dell'istruttoria di primo grado e si sostiene che l'accertamento dell'incapacità sarebbe stato formulato unilateralmente “solo e soltanto su documentazione pervenuta ai due periti e non sulla persona”. L'uomo rileva inoltre in appello una “anomalia” nella scelta fatta dal Tribunale di prime cure nei confronti del secondo

perito, chiamato a seguito dell'incompletezza di una prima relazione peritale, ed il cui nominativo sarebbe stato indicato dalla stessa attrice: una tale circostanza, a detta dell'uomo, farebbe di fatto considerare anche questa seconda relazione una perizia di parte e non *ex officio*, privandola quindi di una sua obiettività e terzietà.

A seguito di questi rilievi, i giudici d'appello ritengono "evidente" che la causa debba essere rinviata all'esame ordinario, per dare all'appellante la possibilità di essere ascoltato e per confrontare le conclusioni delle precedenti perizie con il ricorso ad una nuova perizia d'ufficio.

Con il rinvio all'esame ordinario, si amplia il quadro istruttorio, attraverso l'interrogatorio del convenuto, la deposizione dei testi da lui proposti e una nuova perizia d'ufficio fatta sulla persona e non solo *ex actis*: in qualche modo si recupera il *deficit* di contraddittorio, determinato dalla precedente consapevole scelta del convenuto di non intervenire in primo grado. Il confronto processuale tra le parti risulta quindi essere avvenuto separatamente nei due gradi di giudizio, la donna davanti ai giudici baresi in primo grado e l'uomo davanti a quelli beneventani in appello, peraltro assistito da un patrono d'ufficio, quando invece l'attrice era difesa da professionisti di fiducia di grandissima fama.

La sentenza del Tribunale di appello è un'aperta scelta di campo a favore della tesi processuale proposta dalla donna. Con la deposizione fatta dall'uomo in secondo grado e la sostanziale integrazione del contraddittorio, che era mancata del tutto nel precedente grado di giudizio, "emergono infatti due posizioni processuali diverse", come rilevano correttamente i giudici in sentenza. Di fronte a tale differente prospettazione della situazione a seguito delle discordanti dichiarazioni rese dalle parti (e corroborate dai rispettivi testi), il collegio ritiene di verificare le circostanze addotte "alla luce dei dati storici, certificati da idonea documentazione", concludendo come "la lacunosa descrizione del convenuto è tutta smentita dal puntiglioso diario dei fatti, ben circostanziati dall'attrice, ascoltata due volte dal giudice barese". A far propendere per l'accoglimento delle posizioni della donna, secondo i giudici che hanno esaminato tutte le evidenze istruttorie, è il fatto che "l'attrice puntualizza con maggiore precisione i fatti di causa, reiteratamente richiamandosi al disturbo di personalità del convenuto, che da subito non consentì alle parti di porre in essere una accettabile vita duale".

Lo svolgimento della sentenza, dopo una parte più breve in cui si dà atto delle ragioni addotte dall'uomo, è tutta intessuta dalle molteplici citazioni dell'interrogatorio della donna, ritenuta evidentemente più credibile dal collegio alla luce di un esame comparativo tra le deposizioni delle due parti. Il quadro fattuale assunto come valido dal collegio è dunque quello stesso su cui si sono pronunciati i giudici di primo grado ed è rappresentato da quanto emerso dalle deposizioni della donna e dei testi di parte attrice, in particolare per quanto riguarda il fatto che l'uomo fosse affetto da epilessia, che assumesse farmaci specifici per questa patologia insorta a seguito di un precedente incidente stradale, e che avesse comportamenti violenti e anomali ritenuti conseguenti del trauma pregresso e peraltro tali da rendere la convivenza difficile e conflittuale, tant'è che i due ebbero a separarsi dopo soli diciotto mesi dalla celebrazione del matrimonio.

Nella decisione dei giudici assume un ruolo importante anche l'esito della nuova periziadisposta in appello, specie dopo che in primo grado – oltre all'acquisizione di una consulenza di parte – una prima perizia d'ufficio non aveva dato esiti soddisfacenti e si era dovuto ricorrere ad un ulteriore perito, maggiormente esperto in

ordine al quadro clinico specifico del convenuto, ma di cui il convenuto stesso aveva contestato le modalità di scelta, su “suggerimento” dell’attrice. Peraltro, la perizia d’appello ha evidentemente una maggiore ampiezza, in quanto – come già rilevato – è stata svolta sulla persona dell’uomo e non solo sugli atti di causa.

In termini astratti, la parte *in iure* della sentenza beneventana già aveva portato elementi a chiarificazione del fatto che da un evento traumatico può determinarsi una modificazione caratteriale della persona, tale da incidere sulle sue capacità cognitive e volitive, con un’attenzione particolare al caso di epilessia post-traumatica, oggetto della presente causa. Secondo il DSM-IV, il disturbo post-traumatico da stress si sviluppa in seguito all’esposizione di un evento stressante traumatico che la persona ha vissuto e che ha implicato morte, o minacce di morte, o gravi lesioni, o una minaccia all’integrità fisica propria o altrui. La risposta della persona all’evento comporta paura intensa, senso di impotenza e orrore.

Il perversimento del carattere consecutivo ad un trauma di questo tipo è una evenienza relativamente frequente e di grande importanza, soprattutto quando al perversimento del carattere si associa una epilessia post-traumatica. Esiste uno stato di debolezza irritativa, disaffettività e disinteresse per l’ambiente circostante. L’area relativa ai disturbi della personalità si estende quindi anche al caso di disturbo post-traumatico da stress, i cui effetti giuridici sono gli stessi, perché le conseguenze immediate di questo disturbo – che vanno ad incidere, sia pure in maniera del tutto accidentale, sulle facoltà cognitive e volitive del nubendo che ne è portatore – sono assimilabili analiticamente ai disturbi di personalità previsti dai nn. 2 e 3 del can. 1095.

Nel caso concreto, il perito d’ufficio conclude che “sulla base dell’esame degli atti e di quello personale è da ritenersi che la sindrome psico-organica post-traumatica [dell’uomo] sia stata presente prima, durante e dopo il matrimonio. Anche se i sintomi possono presentare esacerbazioni saltuarie, [in lui] è dato ravvisare una marcata incapacità al contratto matrimoniale, un insufficiente equilibrio razionale, necessario per un impegno di tanta importanza qual è il contratto matrimoniale che lega due persona per tutta la vita”.

E ancora, in termini più netti: il convenuto “sulla base delle risultanze clinico-anamnestiche, dall’esame psicologico diretto e dei reattivi psicodiagnostici, presentava all’epoca della scelta coniugale una struttura personale gravemente e abitualmente disfunzionale con marcata immaturità psicoaffettiva che certamente ha impedito, tenuto conto della sindrome psico-organica da cui continua ad essere affetto, l’esercizio della libertà interiore nel momento del consenso coniugale. Il medesimo è risultato altresì incapace di una stabile comunità di vita e di amore, nel senso dell’impossibilità (non di una mera difficoltà), considerati soprattutto il protrarsi dell’inganno perpetrato nei confronti della moglie, quantunque frutto di una mente malata, gli atteggiamenti difensivi e accusatori, nonché le turbe comportamentali che hanno minato irrimediabilmente la convivenza coniugale”.

I giudici beneventani ritengono di accettare *in toto* queste conclusioni e si pronunciano in termini di conferma della sentenza di primo grado *pro nullitate*, per entrambi i capi appellati (nn. 2 e 3 del can. 1095 CIC).

Rispetto al primo grado, la pronuncia d’appello interviene a seguito di una nuova approfondita analisi della causa (rinviata infatti all’esame ordinario), dopo l’integrazione sostanziale del contraddittorio e l’intervento processuale dell’uomo, il suo interrogatorio e la deposizione dei testi da lui proposti, e dopo la rilevante acquisizione istruttoria rappresentata dalla perizia sulla persona a cui il convenuto si rende disponibile solo in appello. La conclusione dei giudici

beneventani tuttavia è la stessa dei colleghi baresi, a conferma che la tesi proposta dal collegio difensivo della parte attrice era adeguatamente supportata costruita in termini ragionevolmente credibili, tant'è che il Tribunale ha proteso per la ricostruzione offerta dalla donna rispetto alla narrazione dei fatti proposta dalla controparte in appello che non è stata presa affatto in considerazione.

Su questi elementi i giudici hanno dunque ritenuto di aver maturato quella certezza morale richiesta dal Codice per la pronuncia *pro nullitate*.

Anche il rilievo svolto in appello dal Difensore del vincolo merita comunque di essere sottolineato, in quanto egli, nell'esercizio del suo *munus* in difesa della validità del sacramento, ha posto la sua attenzione sull'effettivo riscontro di un adeguato nesso di causalità tra la "sindrome psico-organica" diagnosticata al convenuto e la "capacità psichica discretiva e assuntiva di contrarre nell'uomo". I giudici ritengono che la risposta alle osservazioni del D.V. sia "tutta contenuta nelle argomentazioni conclusive del perito". Ma il perito d'appello, a ben vedere, nei termini clinici che soli gli sono propri, dichiara che al momento delle nozze l'uomo, anche a seguito della sindrome psico-organica di cui era affetto, presentava "una struttura personologica gravemente e abitualmente disfunzionale con marcata immaturità psicoaffettiva"; mentre stabilire se e in che termini questa immaturità determini una vera e propria incapacità matrimoniale, e quindi la nullità del vincolo sacramentale, spetta sempre e solo al giudice ecclesiastico.

ALESSIO SARAIS

Tribunale Ecclesiastico Regionale Pugliese – Decreto – c. Cota, ponente

Matrimonio – Processo di nullità matrimoniale – Non consumazione del matrimonio – Passaggio alla via amministrativa

In caso di non consumazione del matrimonio, la richiesta di una delle parti di passaggio alla via amministrativa appare fondata, anche in presenza di diniego dell'altra parte, in considerazione del fatto che la non consumazione è una circostanza di maggiore gravità rispetto all'ipotesi dell'incapacità al consenso matrimoniale

(*Omissis*) 1 - *Casus adumbratio* - L'ATTORE, con libello del _____, accusava di nullità il suo matrimonio, contratto con la convenuta, per grave difetto di discrezione di giudizio della convenuta circa i diritti e i doveri matrimoniali essenziali da dare ed accettare reciprocamente (can. 1095 n. 2) e per incapacità della convenuta ad assumere gli obblighi essenziali del matrimonio per cause di natura psichica (can. 1095 n. 3). Il Vicario Giudiziale costituiva il Collegio con decreto del _____. Il Preside del Collegio ammetteva il libello e citava le parti con decreto del _____. La CONVENUTA dava mandato procuratorio agli avv.ti _____ il _____. La Concordanza del dubbio aveva luogo il _____ con la formula: “Se consti della nullità del matrimonio per: grave difetto di discrezione di giudizio nella convenuta e nell'attore (su richiesta di parte convenuta) circa i diritti e i doveri matrimoniali essenziali da dare ed accettare reciprocamente (can. 1095 n. 2) e per incapacità nella convenuta e nell'attore (su richiesta di parte convenuta) ad assumere gli obblighi essenziali del matrimonio per cause di natura psichica (can. 1095 n. 3). Il _____ i patroni di parte convenuta presentavano istanza per ottenere “il transito dalla via giudiziale alla via amministrativa” per inconsumazione. In data _____ il Giudice Ponente chiedeva alla parte attrice di esprimere il proprio parere entro dieci giorni in merito al passaggio dalla via giudiziale alla via amministrativa. Con fax del _____ il patrono dell'attore comunicava il diniego del proprio assistito in merito alla richiesta dei patroni della convenuta. Il Giudice Ponente, allo stato degli atti e delle considerazioni dei rispettivi patroni, in data _____ decretava di procedere per la via giudiziale. Il _____ erano pubblicati gli atti di causa. I patroni di parte convenuta, in data _____, depositavano una memoria con la quale motivavano più approfonditamente la loro istanza e soprattutto argomentavano come la non consumazione del matrimonio fosse una circostanza di maggiore gravità rispetto alle incapacità concordate. In pari data, il patrono dell'attore chiedeva con fax la *recognitio* della perizia sull'attore per meglio comprendere le conclusioni dell'elaborato peritale. In data _____, il Preside del Collegio e Giudice Ponente, accoglieva l'istanza dei patroni di parte convenuta e disponeva perizia *ex officio* nominando la dott.ssa _____. Con fax del _____, il patrono di parte attrice insisteva affinché si procedesse per la via giudiziale. Il _____ il Preside e Giudice ponente respingeva l'istanza del patrono di parte attrice e ribadiva che si procedesse con la perizia ginecologica sulla persona della convenuta. Il _____ il patrono di parte attrice ricorreva al Collegio per ottenere la revoca del decreto del _____ e del _____;

2 - *In iure* - Il Codice del '17 al Canone 1963 affermava: «§ 1. *Quare nullus iudex inferior potest processum in causis dispensationis super rato instruere, nisi Sedes Apostolica facultatem eidem fecerit.* § 2. *Si tamen iudex competens auctoritate propria iudicium peregerit de matrimonio nullo ex capite impotentiae et ex eo, non impotentiae, sed nondum consummati matrimonii emerit probatio, omnia acta ad Sacram Congregationem transmittantur, quae iis uti poterit ad sententiam super rato et non consummato ferendam*»; e, dunque, riservava la possibilità di passare alla via amministrativa solo in caso di impotenza non provata e solo quando, invece, l'inconsumazione fosse pienamente provata (emerit probatio).

Il giudice, però doveva portare a termine il giudizio sulla nullità (iudicium peregerit) e solo dove non fosse emersa la nullità per impotenza, ma, invece, la circostanza dell'inconsumazione, trasmetteva gli atti alla Congregazione dei Sacramenti perché questa potesse servirsene per emettere il verdetto amministrativo sul rato non consumato.

3 - Con il Codice dell'83 la procedura si semplifica e si afferma al can. 1681: «*Quoties in instructione causae dubium valde probabile emerit de non secuta matrimonii consummatione, tribunal potest, suspensa de consensu partium causa nullitatis, instructionem complere pro dispensatione super rato, ac tandem acta transmittere ad Sedem Apostolicam una cum petitione dispensationis ab alterutro vel utroque coniuge et cum voto tribunalis et Episcopi*».

La novità nel nuovo codice, infatti, è che, in presenza del dubbio molto probabile di inconsumazione, semplicemente, si sospende la causa di nullità – *de consensu partium* – senza che venga effettuato alcun giudizio sulla validità o meno del matrimonio in causa e si completa l'istruzione per la dispensa *super rato*.

Inoltre, dal nuovo codice è stata abrogata la riserva esclusiva della Santa Sede a conoscere della inconsumazione del matrimonio e si è data la competenza al Vescovo diocesano per l'istruttoria, mentre la decisione rimane alla S. Sede (dal 2011, con la *Quaerit semper*, alla Rota Romana) e la dispensa al Santo Padre.

4 - Le Lettere circolari emanate dalla Congregazione per i Sacramenti nel 1986, per quanto riguarda il passaggio alla procedura amministrativa, all'Art. 7, indicano la procedura da seguire nel caso in cui, nell'istruzione della causa di nullità di un matrimonio, quale che sia il capo di nullità, emerga un dubbio molto probabile circa l'inconsumazione del matrimonio: il tribunale, lasciando da parte se l'invalidità può essere dimostrata o no, comunica la cosa alle parti e, col consenso di entrambe di rinuncia alla via giudiziaria e richiesta, all'una o all'altra parte oppure a entrambi i coniugi, la domanda per la dispensa sul rato non consumato, con decreto sospende la causa di nullità, completa l'istruttoria sotto il profilo dell'inconsumazione per ottenere la dispensa e poi trasmette gli atti alla Congregazione per i Sacramenti assieme alla domanda di dispensa, alle osservazioni del difensore del vincolo, al voto del tribunale e a quello del vescovo.

5 - L'Istruzione *Dignitas connubii*, del 25 gennaio 2005 mantiene sostanzialmente inalterata la procedura da seguire nel passaggio dal processo all'istruttoria da compiere in vista della dispensa *super rato*, ed all'Art. 153 §1 afferma: «*Si in instructione causae dubium valde probabile emerit de matrimonii inconsummatione, ex partium consensu atque alterutrius vel utriusque coniugis petitione tribunal potest decreto causam suspendere et processum de matrimonio rato et non consummato instituere (cf. can. 1681)*».

6 - Il 2 marzo del 2005 al Pontificio Consiglio per l'Interpretazione dei Testi Legislativi furono proposti tre quesiti sulla clausola “*de consensu partium*” del can.

1681. Col primo quesito – quello che *in casu* interessa si chiese al Pontificio Consiglio: «se per la sospensione del processo di nullità sia richiesto *ad validitatem* il consenso di entrambe le parti».

Il Pontificio Consiglio rispose che il consenso *non è ad validitatem*: «*Consensus utriusque partis, quamvis necessarius sit pro suspensione processus de matrimonii nullitate, ad validitatem actus tamen non requiritur*».

7 - Come si evince da quanto esposto la *mens Legislatoris* è quella di privilegiare la dispensa *super rato* mediante il procedimento di inconsumazione, fondamentalmente per due motivi: la brevità del procedimento amministrativo rispetto a quello giudiziale di nullità; la forza giuridica del canone 1060 che presume la validità del matrimonio anche se un processo di nullità è già stato instaurato.

Dal Codice dell'83, la legge canonica – fino alla promulgazione del *Mitis iudex* – alla presenza di un dubbio assai probabile sulla non consumazione, privilegia la dispensa *super rato* ed attribuisce alle parti la scelta preferenziale del procedimento *super rato*.

8 - Con la promulgazione delle nuove norme di riforma del processo matrimoniale – che «abrogano o derogano ogni legge o norma contraria finora vigente, generale, particolare o speciale, eventualmente anche approvata in forma specifica» (Rescritto del Santo Padre Francesco sul compimento e l'osservanza della nuova legge del processo matrimoniale, 11 dicembre 2015) – l'intera questione è stata rivista dal canone 1678 § 4 «*Quoties in instructione causae dubium valde probabile emerit de non secuta matrimonii consummatione, tribunal potest, auditis partibus, causam nullitatis suspendere, instructionem complere pro dispensatione super rato, ac tandem acta transmittere ad Sedem Apostolicam una cum petitione dispensationis ab alterutro vel utroque coniuge et cum voto tribunalis et Episcopi*».

Tale canone, rivedendo *ex integro* il processo per la dichiarazione di nullità abroga sia il canone 1681 del CIC dell'83 che l'Art. 153 della *Dignitas connubii*, inoltre, alla luce di quanto stabilito dal Pontefice nel Proemio «*statuimus hisce Litteris dispositiones edere quibus non matrimoniorum nullitati, sed processuum celeritati faveatur non minus quam iustae simplicitati, ne, propter elongatam iudicii definitionem, fidelium sui status declarationem expectantium dubii tenebrae diutine opprimant praecordiam*», il canone agevola ulteriormente il passaggio dalla via della nullità a quella della dispensa affermando che per sospendere la causa di nullità non è più necessario il consenso delle parti, basta che le stesse siano ascoltate «*auditis partibus*».

Mentre per le *Lettere circolari* dell'86 e la *Dignitas connubii* il passaggio alla via graziosa era possibile solo dopo due azioni di una o entrambi i coniugi: la *rinuncia* alla via giudiziaria e la *domanda* per la dispensa sul rato, con l'entrata in vigore del *Mitis*, il tribunale, ogniqualevolta dall'istruttoria della causa insorge un dubbio assai probabile che il matrimonio non sia stato consumato, per sospendere la causa di nullità e completare l'istruttoria in vista della dispensa, non ha più bisogno né della *rinuncia* alla via giudiziaria, né della *domanda* per la dispensa sul rato, basta che lo stesso tribunale ascolti le parti e *suo imperio* può stabilire il passaggio al procedimento grazioso. La domanda di dispensa di uno o di entrambi i coniugi può essere presentata durante tutto l'iter istruttorio ed è necessaria solo alla fine quando gli atti saranno trasmessi alla Sede Apostolica.

9 - Concludiamo questa breve riflessione *in iure* ricordando il pensiero del Cardinale Giuseppe Casoria, Prefetto della Congregazione per i Sacramenti, che in riferimento alla questione oggetto del presente ricorso proponeva la soluzione, non con il ricorso alle sottigliezze giuridiche processuali, ma con la ricerca della verità, che

deve avere il primo posto nelle cause matrimoniali al punto che tutte le altre questioni procedurali possono e debbono pacificamente comporsi: «*Scire leges non est verba earum tenere, sed vim et potestatem; quare, servata et obtenta veritate, omnia in pace componi possunt, si bene ac sine tricis distinguuntur quae prius ad unum postea ad alterum ordinem processualem pertinent*» (G. CASORIA, *De Matrimonio rato et non consummato*, Romae, 1959, p. 230).

10 - In factò - Gli argomenti che il Patrono di parte attrice porta a sostegno della sua richiesta di revoca del Decreto del Ponente che stabilisce il passaggio della causa dal processo di nullità al procedimento amministrativo super rato sono sostanzialmente i seguenti. Il Decreto del Ponente:

1. è contrario «a confortare il bene della parte (in questo caso dell'attore) così come il Legislatore ha voluto tutelare. Si evidenzia, infatti, come sia diritto incensurabile da parte dell'attore voler proseguire per la via ordinaria per incapacità della convenuta ex art. 1095 n.2-3 CIC al fine di vedersi, in seguito ed ove lo riterrà opportuno, garantiti i propri legittimi diritti dinanzi al Tribunale Civile dello Stato Italiano sia per la procedura di divorzio pendente presso il Tribunale Civile di Bari e sia per la sua eventuale richiesta di delibazione della sentenza ecclesiastica dinanzi la Corte d'Appello da Bari; in caso contrario l'attore si vedrebbe menomato da queste sue legittime possibilità e legittimi diritti» (Ricorso p. 2); inoltre, lo stesso Patrono aggiunge: «Appare, dunque, estremamente palese la pretestuosità della richiesta della difesa di parte convenuta nel richiedere il passaggio al rito amministrativo il cui unico scopo non è la *salus animarum* ma esclusivamente il cercare di evitare che una sentenza a seguito di un procedimento ordinario che riconosca l'incapacità della convenuta ex can. 1095 n. 2-3 CIC possa legittimamente, per quanto predetto, essere utilizzata dall'attore per meglio tutelare i propri diritti nei procedimenti civili nello Stato Italiano» (Ricorso pp. 3-4);

2. non affronta né valuta «quale sia la "giusta causa" necessaria *ad validitatem* per la concessione del passaggio dal rito ordinario al rito amministrativo né, tale argomento, è stato avanzato e/o motivato dalla difesa di parte convenuta che ha richiesto il passaggio dal rito ordinario a quello amministrativo» (Ricorso p. 3);

3. non rispetta l'Art. 153 §3 della *Dignitas connubii*: «il quale ben specifica che occorre il consenso di ambedue le parti per la sospensione del procedimento ordinario ed il passaggio al procedimento riguardante l'inconsumazione [...] La presente difesa non è d'accordo nel non dare il corretto valore alla D.C. ritenendola solo una semplice fonte di rango inferiore essendo una circolare emanata da un Dicastero [...] Perciò nel trattare le cause di nullità di matrimonio presso i Tribunali Ecclesiastici, devono essere osservate le norme previste dalla D.C.».

11 - Ad Ium. I sottoscritti giudici hanno ben presente quanto Papa Francesco in *Amoris laetitia* afferma: «un gran numero di Padri (nel Sinodo straordinario) ha sottolineato la necessità di rendere più accessibili ed agili, possibilmente del tutto gratuite, le procedure per il riconoscimento dei casi di nullità. La lentezza dei processi crea disagio e stanca le persone» (AL 244). Inoltre lo stesso Pontefice nel proemio di *Mitis Iudex Dominus Iesus*, dichiara: «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».

Per Papa Francesco e, quindi, per i sottoscritti il fine dei procedimenti canonici

per la dichiarazione della nullità del matrimonio non è garantire «i legittimi diritti dinanzi al Tribunale Civile dello Stato Italiano sia per la procedura di divorzio pendente presso il Tribunale Civile di Bari e sia per la sua eventuale richiesta di delibazione della sentenza ecclesiastica dinanzi la Corte d'Appello da Bari» ma far sì che «il cuore dei fedeli che attendono il chiarimento del proprio stato non sia lungamente oppresso dalle tenebre del dubbio».

Pertanto riteniamo che «diritto incensurabile», fine del procedimento *in casu*, e da parte attorea che convenuta sia il chiarimento del proprio stato *coram Deo et Ecclesia*. Se al contrario una delle parti, come esplicitamente sostiene il Patrono di parte attorea, vuole utilizzare la sentenza canonica per altri scopi ciò proietta un'ombra abbastanza negativa sulla veridicità degli stessi nel processo canonico.

Nonostante ciò, se una delle parti, acclarato il proprio stato canonico attraverso il procedimento «più accessibile ed agile ... possibilmente del tutto gratuito», che *in casu* i sottoscritti ritengono essere quello grazioso, volesse proseguire o reintrodurre la causa di nullità per difendere i cosiddetti «legittimi diritti dinanzi al Tribunale Civile dello Stato Italiano» potrà sempre farlo come si legge in una lettera del primo giugno del 1983 in cui il Segretario di Stato comunicava alla Segnatura Apostolica che le parti potevano sentirsi libere di iniziare o proseguire una causa di nullità presso i tribunali competenti, senza alcuna autorizzazione pontificia anche dopo aver ottenuto dispensa del matrimonio rato e non consumato.

12 - Ad IIum. La «giusta causa» richiesta per sospendere la causa di nullità e completare l'istruzione in vista della dispensa super rato è, a partire dal codice dell'83, la presenza, *in casu*, di un dubbio assai probabile che il matrimonio non sia stato consumato, cosa che il Ponente ha giustamente valutato.

Inoltre, la «giusta causa» non è mai, come erroneamente ritiene l'illustre Patrono, «necessaria *ad validitatem* per la concessione del passaggio dal rito ordinario al rito amministrativo» ... è «necessaria *ad validitatem*» solo per la concessione della grazia dello scioglimento cosa che compete agli organi preposti ed in ultima analisi al Romano Pontefice ... mai, nel momento del passaggio dal rito ordinario al rito amministrativo, ai sottoscritti!

13 - Ad IIIum. In ultimo, l'illustre Patrono afferma che il Decreto del Ponente non rispetti l'Art. 153 §3 della *Dignitas connubii*: «il quale ben specifica che occorre il consenso di ambedue le parti per la sospensione del procedimento ordinario ed il passaggio al procedimento riguardante l'inconsumazione [...] La presente difesa non è d'accordo nel non dare il corretto valore alla D.C. ritenendola solo una semplice fonte di rango inferiore essendo una circolare emanata da un Dicastero [...] Perciò nel trattare le cause di nullità di matrimonio presso i Tribunali Ecclesiastici, devono essere osservate le norme previste dalla D.C.».

I sottoscritti, nella parte in iure del presente Decreto, hanno già evidenziato come le nuove norme introdotte dal *Mitis iudex*, abrogano e derogano ad «ogni legge o norma contraria finora vigente, generale, particolare o speciale, eventualmente anche approvata in forma specifica» (Rescritto del Santo Padre Francesco sul compimento e l'osservanza della nuova legge del processo matrimoniale, 11 dicembre 2015) ma, *ad conscientiam Patroni solandam* e massimamente *ad conformandam et excolendam Patroni iurisprudentiam*, ricordano: 1. già dal 2 marzo del 2005 il Pontificio Consiglio per l'Interpretazione dei Testi Legislativi, al quesito proposto rispose che per la sospensione del processo di nullità ed il passaggio alla procedura graziosa, il consenso di entrambe le parti *non è richiesto ad validitatem*, e fino alla promul-

gazione del Mitis bastava il consenso di una delle parti, come lo stesso Patrono dichiara essere avvenuto in casu: «... la richiesta della difesa di parte convenuta nel richiedere il passaggio al rito amministrativo»; 2. con l'entrata in vigore del Mitis, il tribunale, ogniqualvolta dall'istruttoria della causa insorge un dubbio assai probabile che il matrimonio non sia stato consumato, per sospendere la causa di nullità e completare l'istruttoria in vista della dispensa, non ha più bisogno né della *rinuncia* alla via giudiziaria, né della *domanda* per la dispensa sul rato, basta che lo stesso tribunale ascolti le parti e *suo imperio*, se lo ritiene utile per la *salus animarum*, può stabilire il passaggio al procedimento grazioso.

In riferimento all'ultima affermazione del Patrono: «Perciò nel trattare le cause di nullità di matrimonio presso i Tribunali Ecclesiastici, devono essere osservate le norme previste dalla D.C.», i sottoscritti, oltre a quanto detto nel presente Decreto ... ricordano che ... compito della giustizia ecclesiale è *rectis oculis haud digitum sed magna spectare ac caeli templa tueri!*

Pertanto

- Esaminato il "Reclamo" del patrono di parte attrice, avv. _____ del _____ (ns. protocollo n. _____ del _____) con il quale chiedeva "la revoca del decreto datato _____ nonché del decreto datato _____ e che, per l'effetto, il giudizio de quo prosequi per la via ordinaria insistendo, altresì, nelle richieste formulate nella comunicazione della presente difesa datata _____ in merito ai chiarimenti da parte del Perito Dott. _____";

- Esaminati gli atti di causa;

- Considerati i decreti del _____ e del _____ del Preside del Collegio e Giudice Ponente;

- Visto il can. 1678 § 4 MIDI il quale recita: «...il tribunale sentite le parti, può sospendere la causa di nullità, completare l'istruttoria in vista della dispensa super rato...»;

- Considerato che in atti è emerso un dubbio assai probabile che il matrimonio non sia stato consumato (can. 1678 § 4 MIDI);

- Considerata anche l'esistenza della giusta causa (can. 1698 § 1) (essendo le parti separate, non essendovi possibilità di riconciliazione; stante la giovane età delle parti ed il pericolo della incontinenza);

IL COLLEGIO

RESPINGE IL RICORSO IN OGGETTO

ED ORDINA

che il presente Decreto sia notificato alle parti interessate *ad omnes iuris effectus*.
(*Omissis*)

Brevi note a Tribunale Ecclesiastico Regionale Pugliese, *coram* Cota. Evoluzione della disciplina canonica sul passaggio dalla via giudiziale del procedimento di nullità matrimoniale a quella amministrativa per la dispensa, in presenza di un fondato dubbio circa la inconsumazione del matrimonio

Il decreto che si annota costituisce un valido esempio di come la normativa canonica sui procedimenti che concernono la patologia dei matrimoni vada sempre più verso l'implementazione del valore della giusta celerità dei procedimenti, che costituisca il principio di congiunzione tra pastorale e diritto nella Chiesa.

La fattispecie concerne un procedimento di nullità matrimoniale fondato sulle ipotesi di incapacità al consenso disciplinate ai nn. 2 e 3 del can. 1095, nel corso del quale era sorto il fondato dubbio circa la mancata consumazione dello stesso matrimonio. L'istanza diretta ad ottenere il passaggio dalla via giudiziale a quella amministrativa e finalizzata ad ottenere la dispensa da matrimonio rato e non consumato, proposta dai Patroni della parte convenuta, era stata inizialmente respinta dal giudice della nullità, ma poi successivamente concessa sulla base della memoria di approfondimento degli stessi Patroni della parte convenuta. La memoria si fondava su un'argomentazione che in realtà rifletteva la sostanza della evoluzione normativa sulla materia, cioè che, come si legge nel decreto, la "non consumazione del matrimonio fosse una circostanza di maggiore gravità rispetto alle incapacità concordate".

Il decreto, che respinge il ricorso del Patrono della parte attrice volto alla revoca dei provvedimenti atti al passaggio alla via amministrativa, muove da un'analisi completa della evoluzione storica della disciplina canonica su tale materia. Il codice del 1917 al canone 1693 sanciva che il passaggio alla via amministrativa potesse avvenire solo in caso di mancata prova circa l'impotenza del soggetto e di prova certa circa la mancata consumazione del matrimonio e obbligava comunque il giudice al completamento del procedimento di nullità matrimoniale. La disciplina subiva un sostanziale mutamento con il codice del 1983, che al canone 1681 sanciva che in caso di probabile dubbio circa la mancata consumazione del matrimonio, il giudice poteva sospendere il giudizio di nullità e passare alla via amministrativa, acquisito il consenso delle parti e l'istanza di uno di loro o entrambi di rinuncia alla causa di nullità e avvio della procedura amministrativa. Una procedura rimasta sostanzialmente inalterata con l'entrata in vigore dell'Istruzione *Dignitas Connubii* del 25 gennaio 2005.

Sottolinea il giudice estensore che dall'analisi della normativa nel passaggio dal Codice del 1917 a quello del 1983 emerge una *mens Legislatoris* diretta a privilegiare la dispensa *super rato* di matrimoni per i quali vi è il fondato dubbio circa la mancata consumazione. E ciò per due motivi: "la brevità del procedimento amministrativo rispetto a quello giudiziale di nullità; la forza giuridica del can. 1060 che presume la validità del matrimonio anche se un processo di nullità è già stato instaurato".

La disciplina canonica subisce un'evoluzione significativa sul punto con l'avvento delle nuove norme di riforma del processo matrimoniale canonico emanate dal regnante Pontefice Francesco. È noto, come viene opportunamente ribadito, che le nuove disposizioni abrogano qualsiasi norma o legge canonica ad esse contrarie. La materia

in esame è disciplinata dal canone 1678 paragrafo 4. Le novità rispetto alle norme del codice del 1983 e dell'Istruzione *Dignitas Connubii* riguardano il superamento del consenso delle parti richiesto, sia pur non *ad validitatem*, dalla precedente normativa, sostituito da una semplice audizione delle stesse, e dal principio secondo cui la "domanda di dispensa di uno o di entrambi i coniugi può essere presentata durante tutto l'iter istruttorio ed è necessaria solo alla fine quando gli atti saranno trasmessi alla Sede Apostolica". Dunque, non è più necessario il consenso e non sono più necessarie la rinuncia da un lato e la domanda dall'altro per il passaggio dalla via giudiziale a quella amministrativa. Una semplificazione procedurale da un lato e una disciplina che sostanzialmente supera definitivamente la prevalenza delle procedure di nullità rispetto a quelle amministrative, che era alla base della codificazione canonica del 1917.

I principi che sono posti a base della decisione vengono poi ulteriormente precisati nella parte *in facto* del decreto. In questa, il giudice afferma un principio, condivisibile, laddove attraverso la citazione del *proemio* del *Mitis Iudex Dominus Iesus*, coglie la novità della disciplina contenuta nel can. 1678 paragrafo 4, nella necessità affermata di "dare disposizioni con le quali si favorisca non la nullità, 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". Ciò che rileva, ai fini della *salus animarum*, è, dunque, la necessità che i fedeli abbiano risposte celeri anche se rigorose sul loro *status*, considerato che il matrimonio è innanzitutto uno strumento di salvezza e un luogo privilegiato della partecipazione dei fedeli laici alla vita e alla missione della Chiesa. Rispetto a ciò, il diritto alla dichiarazione di nullità, pur essendo tutelato dall'ordinamento canonico, deve cedere rispetto alle esigenze della celerità della risposta di Giustizia. Il diritto alla eventuale dichiarazione di nullità resta, peraltro, integro "come si legge in una lettera del primo giugno 1983 in cui il Segretario di Stato comunicava alla Segnatura Apostolica che le parti potevano sentirsi libere di iniziare o proseguire una causa di nullità presso i tribunali competenti, senza alcuna autorizzazione pontificia anche dopo aver ottenuto la dispensa del matrimonio rato e non consumato".

Quello che emerge dall'esame di questo interessante decreto è la natura pubblicistica del matrimonio, strumento essenziale della *salus animarum* dei laici e della partecipazione degli stessi alla vita della Chiesa. L'evoluzione della normativa, ben colta dall'analisi *in iure* e *in facto* del giudice di Bari, segna il percorso che porta alle norme del *Mitis Iudex Dominus Iesus*, alle necessità che la Giustizia nella Chiesa sia sempre più volta al perseguimento della verità sullo stato delle persone, sulla loro condizione giuridica e teologica di partecipazione alla missione salvifica della Chiesa di Cristo. Il dubbio, probabile, sulla mancata consumazione del matrimonio è la sola «giusta causa» per il passaggio dalla procedura giudiziale a quella amministrativa. La consumazione costituisce, infatti, il fondamento e coronamento dell'*una caro* evangelica, di quell'unione di corpo e anima che è il matrimonio cristiano. Per questo, argomentano i Patroni della parte convenuta, essa costituisce una circostanza di maggiore gravità rispetto all'incapacità al consenso matrimoniale. Il matrimonio non consumato non è 'perfetto', manca di un elemento essenziale allo stesso, la dimensione della corporeità. Su queste basi, si può cogliere nell'evoluzione normativa la prevalenza della dimensione autoritativa del giudice rispetto alla volontà delle parti e il venir meno della superiorità del procedimento di nullità rispetto a quello amministrativo, diretto ad ottenere la dispensa dalla Sede Apostolica.

PAOLO STEFANI

Apostolicum Rotae Romanae Tribunal – Siculi Seu Montis Regalis – Decretum Turni – 18 gennaio 2017 – c. Salvatori Ponente

Matrimonio – Nullità di matrimonio – Processo – Incapacità al consenso matrimoniale ex can. 1095 nn. 2 e 3 – Ne bis in idem

Se la riproposizione di un'istanza di nullità fondata sul difetto di discrezione di giudizio ex can. 1095 n. 2, dopo sentenza negativa fondata sul n. 3 della stessa norma, possa essere considerata alla stregua di un bis in idem

(*Omissis*) 1.- Facti species. – Actor die 9 martii 2011 libellum porrexit ad Tribunal Ecclesiasticum Regionale Siculum nullitatem sui matrimonii petens ob incapacitatem assumendi onera coniugalia essentialia a viro actore (cf. can. 1095, n. 3). Instructione causae rite peracta, Iudices Tribunalis Siculi die 19 aprilis 2013 sententiam votis actoris minime faventem ediderunt, edicentem. *Negative, seu non constare de matrimonii nullitate in casu.*

2.- Vir actor sua ex parte huic iudicato non acquievit et eundem libellum apud idem Tribunal die 21 ianuarii 2014 exhibuit una cum nova probatione – scilicet cum nova peritia privata super actore – nullitatem sui matrimonii hac vice accusans ob gravem defectum discretionis iudicii in eodem viro (cf. can. 1095, n. 2).

Tribunali die 29 ianuarii 2014 rite constituto, libellus a Praeside Collegii die 28 februarii 2014 admissus est. Adsignato die 21 maii 2014 a Vicario Iudiciali patrono ad mulierem conventam, Ponens Tribunalis Collegialis die 23 iunii 2014 edidit decretum statuens sessionem pro concordatione dubii die 17 iulii 2014 fore, data partibus facultate animadvertendi intra eandem diem.

Patronus partis conventae solummodo praesens fuit in sessione pro dubii concordatione vocata, dum vero actor atque patronus partis actricis absentiam eorum rite excusaverunt, secus ac Defensor vinculi Tribunalis.

Cum vero patronus partis conventae exceptionem rei iudicatae in eadem sessione sublevavisset, asserens ibidem quod in casu agebatur de bis in idem (namque agebatur de eadem causa super iisdem capitibus nullitatis [scil. can. 1095 n. 2 et n. 3] et super iisdem probationibus pertractanda), Ponens die 17 iulii 2014 edidit decretum – omnibus rite notificatum – in quo exceptio rei iudicatae declarabatur, quae Patribus hodie super miris argumentationibus fundata videtur.

Remonstratio adversus idem decretum coram Ponente a Patrono partis actricis facta (una cum querela nullitatis adversus idem decretum Ponentis diei 17 iulii 2014), patronus partis actricis verbis amaris usus est. Ponens Tribunalis Collegialis per hanc remonstrationem a iudicio suo non recedidit, sed patrono sponsonem dedit fere iisdem verbis utens. Quo facto patronus partis actricis ad Collegium recurrit et Ponentem recusans et reformationem praefati decreti petens et, quatenus negative ad secundum, et querelam nullitatis adversum commemoratum decretum instituens.

Tribunal Collegiale, die 26 septembris 2014 collectum, omnes incidentales praefatas quaestiones admisit et facultates omnibus intervenientibus tribuit ad iura hac in phasi processus tutanda. Scripturis defensionalibus a partium patronis necnon a vinculi Defensore et a Promotore Iustitiae receptis, Tribunal collegiale decreto diei 19 decembris 2014 omnes agitate quaestiones refellit.

3.- Patronus partis actricis non acquievit et adversus idem decretum collegiale una cum querela nullitatis ad N.A.T. appellavit, prosecutionem eiusdem apellationis non omittens. Turno die 6 martii 2015 constituto votisque hac super re a RR.DD. Promotore Iustitiae et Defensore vinculi H.A.T. receptis, Prior Ponens die 7 maii 2015 terminos omnibus partibus tum privatis tum publicis quam citus ad agendum dedit. Mense iulio 2015 Priore Ponente a munere recesso et Infrascripto die 17 februarii 2016 eidem suffecto, scripturis defensionalibus a patronis receptis (a patrono ex officio partis conventae die 29 octobris 2015 et a patrono partis actricis die 15 septembris 2016) necnon a Vinculi Defensore et a Promotore Iustitiae H.A.T. oblati, Turno die 7 decembris 2016 vocato et in hodiernam diem ob proceduralem rationem dilato, Nobis quaestionibus supra statutis ac modo relatis tandem hodie respondendum est.

4.- *In iure et in facto.* - *De nullitate Decreti Collegialis diei 19 decembris 2014.* Patronus partis actricis sustinet praefatum decretum Tribunalis Collegialis nullitate derivata laborare, quoniam fundatum est super decretum Praesidis diei 17 iulii 2014 quo lis finita declarata est, quod decretum revera – assertit commemoratus patronus – nullum erit ob ius defensionis denegatum (cf. can. 1620, n. 7).

Tota quaestio in hoc sistit an pars actrix ius reapse habuerit sese defendendi in iudicio, quando formula dubii a Praeside illa die concordata est; hoc in casu decretum Collegiale de quo agitur nullitate derivata laboraret (cf. can. 1622, n. 5).

Ast si mens ad acta convertitur, partem actricem et patronum eius patet ius habuisse ad iura coram iudice exercenda et eadem sibi tutanda. Namque cum vir actor tum patronus partis actricis certiores facti sunt de die sessionis pro dubii concordatione, sed uterque sponte sua non sistendi coram iudice decisionem cepit.

Quae cum ita sint, si quis scienter ac volenter iure suo usus non est, quodlibet defectus – sicut Defensor vinculi H.A.T. id apte adnotat – Tribunali improbari nequit. Quocirca decretum Tribunalis Collegialis Siculi diei 19 decembris 2014 nullitate derivata non laborare, in casu, Patres Auditores censent, quoniam iura partium in tuto a Praeside, die 14 iulii 2014, collocata fuerant.

5.- *De admittenda vel minus appellatione adversus Decretum Collegiale diei 19 decembris 2014, seu an constet de exceptione rei iudicatae in casu.* De hoc recursu patroni partis actricis Patres Auditores diversimode censent, quoniam Iudices Tribunalis Siculi confusionem non minimam inter quae pertinent ad caput nullitatis et ad sententiam in re iudicatam transactam instituere videntur.

Quidquid est hac de re, Patres Auditores super iurisprudencia rotali iudicium nitentes declarant non modo differentiam inter gravem defectum discretionis iudicii (cf. can. 1095, n. 2) et incapacitatem assumendi onera coniugalia essentialia (cf. can. 1095, n. 3), verum etiam et autonomiam inter praefata capita, quam sententiam iurisprudencia N.A.F. constanter tenuit.

Videant e.g. hac de re aliqua exempla a iurisprudencia N.A.F. deprompta: coram Pompedda, sent. diei 1 iunii 1992, RRDec., vol. LXXXIV, p. 324, nn. 4-5; coram

Burke, sent. diei 22 iulii 1993, RRDec. voi, LXXXV, pp. 602-603, nn. 2-3; coram Pompedda, sent. diei 15 iulii 1994, RRDec., vol. LXXXVI, pp. 394-395, n. 7; coram Boccafola, sent. diei 21 novembris 1996, RRDec., vol. LXXXVIII, pp. 734-735, n. 5; coram Burke, sent. diei 16 ianuarii 1997, RRDec., vol. LXXXIX, pp. 15-17, nn. 2-8; coram Lopez-Illana, sent. diei 10 martii 1998, RRDec., vol. XC, pp. 172-175, nn. 9-11; coram Alwan, sent. diei 24 iunii 1999, RRDec., vol. XCI, pp. 475-476, n. 9; coram Ferreira Pena, sent. diei 13 aprilis 2000, RRDec., vol. XCII, pp. 331-333, nn. 9-10; coram Serrano, sent. diei 15 iunii 2001, RRDec., vol. XCIII, p. 396, n. 8; coram Faltin, sent. diei 23 octobris 2001, *ibid.*, p. 686, n. 7; coram Defilippi, sent. diei 3 octobris 2002, RRDec., vol. XCIV, pp. 531-532, n. 11; coram Ferreira Pena, sent. diei 22 novembris 2002, *ibid.*, pp. 684-686, nn. 11-14. Quae cum ita sint, minime agitur in casu de bis in idem. Quam ob rem caput nullitatis de defectu discretionis iudicii in viro actore concordandum erat.

6.- *De modo hoc recursu interpretando ac de iure appellandi in casu.* Ultima quaestio vertitur quomodo hic recursus quadrari potest. In quibusdam scripturis defensionalibus oblati legitur quod ageret in casu de recursu apud H.A.T. post implicitam ac duplicem reiectionem libelli. Hoc asseritur quoniam Decretum collegiale confirmans decretum Praesidis – et quidem caput nullitatis circa defectum discretionis iudicii in viro non admittens – implicita reiectio eiusdem libelli interpretatur, quia iudicium reapse praepeditur.

Haec interpretatio revera admitti nequit, sicut Promotor Iustitiae H.A.T. id apte adnotat, quippe quia agitur in casu de decreto Praesidis litem finitam declarantem (vel melius exceptionem rei iudicatae – vel exactius quasi-iudicatae – admittens) et post decretum admissionis eiusdem libelli edito, quod iudicium a Tribunale Collegiali in causa incidentaliter pertractanda confirmatum est et idem decretum – etiamsi expeditissime latum (cf. can. 1629, n. 4) – parti quae se gravatam esse putat ius dat in casu ad appellandum, quoniam vim sententiae definitivae idem habet (cf. can. 1629, n. 5).

Diversimode dicendum est de iure appellandi post duplicem reiectionem libelli tum a Praeside tum a Tribunale collegiali. Hoc in casu quaeritur an pars, quae se gravatam esse putat, ius habeat ad appellandum ad Tribunal superius. Res faciles solutu non videntur, quoniam et iurisprudencia et auctores hac de re disputant (cf. G.P. MONTINI, *De iudicio contentioso ordinario. De processibus matrimonia libus*, Romae 2012³, pp. 31-35). Ast Instructio *Dignitas Connubii* unam viam inter alias seligens haec statuit: «Si recursus interpositus est ad collegium, non potest iterum interponi ad tribunal appellationis» (art. 124 § 4).

Nunc quaeritur quamnam vim nunc habeat commemorata paragraphus, dum non solum disputatur an haec Instructio vim adhuc habeat an implicite abrogata sit post m.p. Mitis Iudex Dominus Iesus, sed etiam an quamnam vim commemorata Instructio habeat apud N.A.T. (cf. G. ERLEBACH, *Applicazione della Dignitas Connubii secondo la prassi e la giurisprudenza della Rota Romana*, in *Periodica de re canonica* 104 [2015] 402-415), dum vero ipsa pro Tribunalebus Ecclesiarum particularium tantummodo data sit.

Prima quaestio, quae revera in duas partes dividitur, Nobis hodie solvenda non est, sed utroque in casu eadem quaestio permanet ad has quaestiones persolvendas, quippe quia articula non contraria ad praefatum m.p. aut vim instructionis aut vim quoad rectam interpretationem ad iudicium contentiosum ordinarium apte transferendum in causis de nullitate matrimonii (cf. can. 1691 § 3) nihilominus continentur (si via abrogationis aut non abrogationis commemoratae Instructionis sequitur),

iuxta illa: «Il maggior contributo di questa istruzione, che auspicio venga applicata integralmente dagli operatori dei tribunali ecclesiastici, consiste nell'indicare in che misura e modo devono essere applicate nelle cause di nullità matrimoniale le norme contenute nei canoni relative al giudizio contenzioso ordinario, in osservanza delle norme speciali dettate per le cause sullo stato delle persone e per quelle di bene pubblico » (Benedictus XVI, Allocutio ad Romanae Rotae Administros, diei 28 ianuarii 2006, AAS 98 [2006] 135).

Alteram quaestionem quod spectat – et quidem de vi Instructionis *Dignitas connubii* apud Rotam habente -, adnotandum est eandem nullam vim apud N.A.T. strictissime habere posse, nisi in casibus ubi perutilis – sed stricto iure – videtur ad interpretandos canones de processu contentioso ordinario et de processibus in genere ad processum matrimoniale, iuxta quae supra sunt relata.

Ast vero praescripta commemoratae Istruccionis ad casum de quo agitur secundum quid applicari possunt. Enimvero praefatus art. 124 § 4 directe applicari nequit, si natura H.A.T. attente consideratur, quia hoc Tribunal appellationis pro orbe terrarum constitutum est non solum ad unitatem omnis iurisprudentiae consulendum, sed etiam ut appellans iura sua in tuto collocata reapse inveniri possit. In normis rotalibus haec ultima expresse non dicuntur, sed ex natura rei ius appellandi ad Sanctam Sedem deducitur.

Enimvero si mens nunc vertitur ad casum quod hodie est iudicandum, haec omnia patent secundum quae supra dilucidata sunt: non est qui non videat facultatem ad H.A.T. appellandum parti gravatae tributam facilius ac celerius iustitiam obtinere reddidisse quam aliam vel alias vias sequi.

Quod demum partem gravatam post duplicem reiectionem libelli (tum a Praeside Collegii tum a Collegio ipso) ius ad recurrendum apud Rotam in casu habere in propatulo est – heic vero intenditur solum apud N.A.F., non vero apud alia Tribuna- lia, quoniam art. 124 § 4 vel eiusdem mens nihilominus adhuc viget -, quoniam «recursus enim ad collegium indolem simplicis reclamationis habet, effectu devolutivo destituta, qui in transitu quaestionis ad cognitionem iudicis superioris consistit» (cf. A. Stankiewicz, *Praxis iudicialis canonica*, Romae 2015, p. 31). Enimvero in *Praenotandis* ad «Schema canonum de modo procedendi pro tutela iurium» anni 1976 haec inveniuntur: «Acceptatio vel reiectio libelli in tribunali collegiali fit a praeside: ita consulitur celeritati. Adversus reiectionem ab ipso pronuntiatam recursus fit ad collegium (can. 141). Dein adiri potest tribunal appellationis» (*Communicationes* 8 [1976] 187, n. 8); in ipsa Commissione revisionis Codicis animadvertitur: «Etiamsi libellus recusetur a collegio, non potest negari recursus adversus reiectionem» (*Communicationes* 11 [1979] 84, ad can. 141).

7.- Quibus omnibus in iure et in facto mature perpensis, infrascripti Patres Auditores de Turno, ad propositas praeliminares quaestiones respondendum censuerunt uti respondent: *ad primum: non constare de nullitate decreti Tribunalis Collegialis Siculi diei I 9 decembris 2014; ad secundum: appellationem adversus idem decretum admittendam esse, seu non constare de exceptione rei iudicatae in casu.*

Causam iam a prima instantia ab Exc.mo Decano, in casu, avocandam esse Patres Auditores censuere.

Ita pronuntiamus atque committimus locorum Ordinariis et Tribunalium administris, ut hoc Nostrum decretum notificetur omnibus quibus de iure, et executioni tradatur ad omnes iuris effectus. (*Omissis*)

Sulla configurabilità di un divieto di bis in idem tra il can. 1095, 2° e 3° e diritto di appello avverso il decreto collegiale con valore di sentenza definitiva pronunciato expeditissime

MARIO FERRANTE

1.- Analisi del caso giurisprudenziale

Il caso, posto all'attenzione della Rota romana e deciso dal decreto in commento, trae origine da un procedimento di nullità matrimoniale incoato presso il Tribunale Regionale Ecclesiastico Siculo (TERS) con cui l'attore aveva chiesto la declaratoria di nullità del suo matrimonio adducendo quale capo di nullità il difetto di discrezione di giudizio *ex can. 1095, 2°* da parte del medesimo attore e che era stato respinto dal giudice ponente *in limine litis*, ossia in sede di concordanza del dubbio per un asserito *bis in idem*.

La ragione di detta decisione scaturiva dal fatto che l'attore aveva già tentato in precedenza di ottenere la nullità del proprio vincolo coniugale, adducendo – sempre presso il TERS – quale *causa nullitatis*, l'incapacità assuntiva *ex can. 1095, 3°* da parte del medesimo attore. Tale procedimento si era, però, concluso con esito negativo, essendosi dichiarata la validità del matrimonio.

Temendo le lungaggini del processo di appello, l'attore preferiva riproporre la causa sempre presso il TERS, modificando la propria originaria domanda nel senso di chiedere la nullità, come accennato, per il suo difetto di discrezione di giudizio *ex can. 1095, 2°*, accompagnando la presentazione del libello con una nuova prova, ossia una perizia psicologica privata posta a supporto della richiesta attorea *ex can. 1504, 2.*

Il libello veniva regolarmente ammesso con decreto del Presidente di Turno, essendosi riscontrato il necessario *fumus boni iuris* desumendolo sia dal tenore del libello stesso, sia dalla documentazione probatoria addotta e veniva regolarmente notificato alla parte convenuta.

Contestualmente all'ammissione del libello, si disponeva la nomina del giudice ponente conferendogli i poteri di cui al can. 1429 e all'art. 47, §§1 e 2 dell'Istruzione *Dignitas Connubii*.

Veniva, dunque, fissata l'udienza per la concordanza del dubbio e, in quella sede, il Giudice Ponente, accettando un'istanza contenente una *exceptio rei iudicatae* (ossia un'istanza perentoria c.d. *litis finitae*, *ex can. 1462*) presentata solo in udienza dal patrono di parte convenuta e non notificata, pertanto, né alla parte attrice, né al Difensore del vincolo (entrambi non presenti in udienza quel giorno), decretava, *inaudita altera parte*, “di accogliere l'istanza del Patrono di parte convenuta dichiarando non concordabile il capo di nullità indicato dall'attore perché si configurerebbe un *inammissibile bis in idem*”.

A supporto di detta decisione, il giudice ponente rilevava l'identità fattuale dei due processi, facendo il seguente ragionamento: “secondo il diritto sostantivo, l'elemento giuridico del libello indica il fondamento di diritto e di fatto su cui si basa la pretesa dell'attore. La causa petendi, si avvale quindi di due componenti: l'elemento nominativo e l'elemento fattico. Il primo fa riferimento alla legge che sta alla base della pretesa dell'attore. Il secondo elemento riguarda i fatti che stanno alla base della domanda giudiziale. Sulla base di questi principi dottrinali, se si confronta l'elemento fattico del precedente giudizio e quello della presente causa, si rileva che è identico sia nella sostanza che nella formulazione letteraria, per cui essendo i fatti uguali, anche se si è dato loro “nomen iuris” diverso, la causa petendi non è diversa, ma sostanzialmente identica”.

In altri termini, il ponente rilevava che, alla base della nuova richiesta di nullità, vi erano i medesimi “elementi fattici” (il c.d. *idem factum*), ossia le medesime prove, e, dunque, al di là del diverso “nomen iuris” attribuito dalla parte al capo di nullità addotto, vi era una sostanziale identità di giudizi che, di per sé, precludeva la possibilità di concordare il dubbio secondo la formula richiesta dall'attore, bloccando, in tal modo, la prosecuzione del giudizio. In base alla ricostruzione operata dal giudice ponente si sarebbe, dunque, in presenza soltanto di una differente qualificazione giuridica dei fatti già oggetto del primo processo e giudicati con sentenza definitiva, piuttosto che all'individuazione di distinte fattispecie munite di ontologica autonomia derivante dalla diversità delle componenti strutturali del fatto. Stante così le cose il giudice applicava il principio per cui “*bis de eadem re ne sit actio*”.

Avverso la decisione del ponente, la parte attrice proponeva una questione incidentale al Collegio giudicante, chiedendo che venisse dichiarata la nullità del decreto con cui si era, di fatto, respinta la richiesta attorea, per violazione can. 1620, 7° e dell'art. 270, 7° della *Dignitas Connubii*; e, in subordine, la riforma della decisione assunta dal giudice ponente per errata decisione *sive in decernendo sive in procedendo*, ritenendo ammissibile il capo di nullità proposto in quanto diverso da quello oggetto della sentenza già passata in giudicato e concordando il dubbio secondo la formula proposta nel libello.

Il Collegio giudicante si pronunciava, sulla causa incidentale promossa dall'attore rigettando l'istanza attorea e decretando “la piena validità e legittimità del decreto del Giudice Ponente, dichiarando inammissibile, e quindi non concordabile, il capo di nullità proposto dalla parte attrice, in quanto si configura un *bis in idem*”.

Poiché detto decreto collegiale, peraltro pronunciato *expeditissime*, aveva un valore preclusivo della prosecuzione del procedimento, nella misura in cui impediva la concordanza del dubbio sull'unico capo di nullità richiesto, parte attrice proponeva appello *per saltum* al Tribunale Apostolico della Rota Romana.

Il turno rotale chiamato a decidere, al di là della formula concordata e cioè “1) *An constet de nullitate Decreti Collegialis Tribunalis Regionalis Siculi die 19 decembris 2014 lati*; 2) *et quatenus negative ad primum utrum appellatio adversus idem decretum admittenda sit an non*” si è, in realtà, trovato investito di una triplice questione giuridica: A) se fosse possibile considerare ammissibile il suddetto appello; B) se vi fosse stata una lesione dello *ius defensionis* a danno della parte attrice per la mancata notifica della memoria con cui la parte convenuta aveva sollevato l'eccezione di *bis in idem*, con conseguente violazione del contraddittorio; C) se, infine, due cause di nullità matrimoniale vertenti tra le medesime parti e fondate sugli stessi fatti – ma introdotte utilizzando quale *caput nulitatis* prima l'incapacità di assumere gli obblighi coniugali *ex can. 1095, 3°* e successivamente il difetto di discrezione di giudizio *ex can. 1095, 2°* – dessero luogo ad un *bis in idem*.

2. Sul diritto di appello avverso la decisione collegiale, pronunciata *expeditissime*, confermativa del decreto con cui si rifiuta di formulare la concordanza del dubbio

Per quanto riguarda la prima delle questioni sottoposte alla Rota romana, occorre, preliminarmente ricordare che l'appello si presenta come un diritto delle parti e che, dunque, le eccezioni alla possibilità di proporre tale forma di impugnazione di una pronuncia sono, *ex can. 18*, da intendersi in senso stretto (*strictae subsunt interpretationi*), non potendosi comprimere tale diritto fondamentale oltre quanto espressamente previsto dalla legge¹.

Nel caso in esame si determina, però, una situazione alquanto peculiare circa la possibilità di esercitare il diritto di appello che merita di essere approfondita. Invero, come è noto, a mente del can 1629, 5°, “*Non si dà luogo all'appello (non est locus appellationis): contro una sentenza o un decreto in una causa nella quale il diritto stabilisce si debba definire la questione con la massima celerità*”. Stante tale preciso e chiaro disposto codicistico, nella fattispecie in esame non si sarebbe potuto proporre appello. Infatti, il decreto collegiale del TERS appellato in Rota, essendo stato pronunciato *expeditissime*, in quanto oggetto di una causa incidentale (*ex can. 1587*) proposta avverso un decreto decisorio del giudice ponente, sarebbe stato “*appellatione remota*”.

A riprova che l'impugnazione proposta – a mezzo causa incidentale – avverso il rifiuto del giudice ponente di concordare la lite secondo i termini proposti dall'attore rientrasse tra le ipotesi di sentenza “*expeditissime danda*” e, dunque, senza possibilità di appello contro la stessa, sovviene il can. 1513, § 3 il quale – proprio in materia di *contestatio litis* – afferma che “*quaestio autem expeditissime ipsius iudicis decreto dirimenda est*”.

Sennonché, in favore dell'ammissibilità dell'appello, sovviene il combinato disposto dei cann. 1629, 4° e 1618. A norma del can. 1629, 4°, infatti, non è possibile proporre appello autonomo “*contro il decreto del giudice o una sentenza interlocutoria... a meno che non lo si faccia insieme all'appello contro la sentenza definitiva*”, salvo il caso in cui “*non abbiano valore di sentenza definitiva*” (*non habeant vim sententiae definitivae*).

Il can. 1618, dal canto suo, chiarisce in quali casi “*la sentenza interlocutoria o il decreto hanno valore di sentenza definitiva*”, spiegando che ciò si verifica solo quando “*impediscono il giudizio o pongono fine al giudizio stesso o ad un grado di esso (iudicium impediunt vel ipsi iudicio aut alicui ipsius gradui finem ponunt), nei riguardi di almeno una delle parti in causa*”.

Ciò posto – sebbene il decreto collegiale fosse stato pronunciato sulla base del ricordato combinato disposto dei cann. 1513, § 3, 1587 e 1629, 5° – doveva, però, considerarsi come dotato di valore definitivo, in quanto preludeva la prosecuzione della causa di nullità matrimoniale e l'ottenimento di una qualunque sentenza – affermativa o negativa – risultando, dunque, autonomamente impugnabile *ex can. 1618 e 1629, 4^o*.

¹ Per un'elencazione dei casi in cui non è consentito l'appello si rinvia a GIAN PAOLO MONTINI, *De iudicio contentioso ordinario. De processibus matrimonialibus. II Pars dynamica, editio quarta*, Roma, 2015, pp. 524-528.

² In effetti, “*non consentire alla parte di proporre appello contro una di queste pronunce significherebbe privarla di quel diritto, attribuito in generale ad ogni fedele di far valere presso un organo*”.

In altri termini, la decisione collegiale confermativa del decreto con cui si dichiara non concordabile il dubbio circa l'unico capo di nullità richiesto dall'attore – pur non essendo una sentenza che si pronuncia formalmente sulla validità del vincolo – ne ha, in sostanza, lo stesso valore e gli stessi effetti traducendosi, nei fatti, in una sentenza dichiarativa della validità del matrimonio impugnato.

Invero, essendo la concordanza del dubbio un passaggio chiave e determinante nella successione ordinata degli atti processuali per la prosecuzione di qualsivoglia giudizio di nullità matrimoniale, il rifiuto da parte del giudice ponente di porre in essere tale basilare atto procedurale determina l'impossibilità di proseguire nel procedimento giudiziario e, dunque, preclude – a monte e definitivamente – la possibilità stessa di ottenere una declaratoria di nullità del matrimonio accusato. Si consideri, in merito, che la concordanza e la formulazione hanno il compito di dirigere l'istruttoria e determinare la sentenza che, come è noto, deve “*definire la controversia... dando risposta adeguata ai singoli dubbi*” (can. 1611, 1°), pena la nullità insanabile della sentenza *ex can. 1620, 8°*³.

In effetti neanche alla Rota è sfuggito tale effetto distorsivo del decreto collegiale del TERS, ed ha, nel decreto *Coram Salvatori* in commento ritenuto, pertanto, ammissibile l'appello “*quia agitur in casu de decreto Praesidis litem finitam declarantem (vel melius exceptionem rei iudicatae – vel exactius quasi-iudicatae – admittens) et post decretum admissionis eiusdem libelli edito, quod iudicium a Tribunali Collegiali in causa incidentaliter pertractanda confirmatum est et idem decretum – etiamsi expeditissime latum (cf. can. 1629, n. 4) – parti quae se gravatam esse putat ius dat in casu ad appellandum, quoniam vim sententiae definitivae idem habet (cf. can. 1629, n. 5)*”.

Al di là della ricordata condivisibile conclusione, nel decreto in commento viene fatta un'interessante dissertazione giuridica, cercandosi di analizzare la questione dell'ammissibilità dell'appello avverso il decreto collegiale confermativo della reiezione del libello, sotto il simile, ma diverso, profilo della doppia implicita reiezione del libello.

Invero, il decreto rotale in esame si pone il problema se la questione possa essere presa in considerazione anche sotto un altro punto di vista, ovvero se “*ageret in casu de recursu apud H.A.T. post implicitam ac duplicem reiectionem libelli*”. Vale a dire, se il “*Decretum collegiale confirmans decretum Praesidis – et quidem caput nullitatis circa defectum discretionis iudicii in viro non admittens – implicita reiectio eiusdem libelli interpretatur, quia iudicium reapse praepeditur*”.

In realtà, pur apprezzandosi l'idea di esaminare la problematica giuridica *de qua* sotto questo specifico aspetto, si tratterebbe, comunque, di una fattispecie diversa, in quanto, nel caso concreto sottoposto al giudizio della Rota, non era stato il presidente di turno, nell'esercizio delle sue prerogative, a respingere *in limine litis* il libello bensì il giudice ponente, in sede di concordanza, a rifiutarsi di formulare il dubbio, dopo che il libello era stato regolarmente ammesso, non potendosi, quindi, tecnicamente, parlare di una “*implicitam ac duplicem reiectionem libelli*”.

Tuttavia, il decreto rotale, pronunciandosi – *incidenter tantum* – sul punto, ricorda che qualora si dovesse risolvere la questione del diritto di appello dopo una

sovraordinato l'ingiustizia commessa nel corso di una controversia”. Così PAOLO MONETA, *L'appello*, in AA.VV., *Il processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano, 1994, p. 777.

³ In argomento cfr. PAOLO MONETA, *La determinazione della formula del dubbio e la conformità della sentenza nell'Istr. “Dignitas connubii”*, in *Ius Ecclesiae*, 2006, pp. 417-438.

duplice reiezione del libello da parte del presidente di turno e da parte del Collegio “*Res faciles solutu non videntur, quoniam et iurisprudencia et auctores hac de re disputant*”.

Invero, sebbene vi sia una norma – l’art. 124 dell’Istruzione *Dignitas connubii* – secondo cui “*Si recursus interpositus est ad collegium, non potest iterum interponi ad tribunal appellationis*” che, dunque, sembrerebbe chiudere la questione, precludendo l’appello al giudice superiore nel caso in cui si sia proposto ricorso al collegio giudicante, il decreto si pone un altro interessante dubbio, ossia “*an haec Instructio vim adhuc habeat an implicite abrogata sit post m.p. Mitis Iudex Dominus Iesus, sed etiam an quamnam vim commemorata Instructio habeat apud N.A.T* (cf. G. ERLEBACH, *Applicazione della Dignitas Connubii secondo la prassi e la giurisprudenza della Rota Romana*, in *Periodica de re canonica* 104 [2015] 402-415), *dum vero ipsa pro Tribunalibus Ecclesiarum particularium tantummodo data sit*”⁴.

Pur dichiarando di non volersi dilungare sulla prima problematica ermeneutica relativa alla vigenza della *Dignitas Connubii* dopo l’entrata in vigore del *M.P. Mitis Iudex Dominus Iesus* (“*Prima quaestio, quae revera in duas partes dividitur, Nobis hodie solvenda non est*”), il decreto – pur ritenendo, incidentalmente, ancora utilizzabile l’istruzione, quantomeno quale criterio interpretativo, anche dopo la riforma del 2015 – conclude che, in ogni caso, detta istruzione “*nullam vim apud N.A.T. strictissime habere posse, nisi in casibus ubi perutilis – sed stricto iure – videtur ad interpretandos canones de processu contentioso ordinario et de processibus in genere ad processum matrimoniale, iuxta quae supra sunt relata*”⁵.

Invero, prosegue il decreto in commento, “*praefatus art. 124 § 4 directe applicari nequit, si natura H.A.T. attente consideratur, quia hoc Tribunal appellationis pro orbe terrarum constitutum est non solum ad unitatem omnis iurisprudentiae consulendum, sed etiam ut appellans iura sua in tuto collocata reapse inveniri possit. In normis rotalibus haec ultima expresse non dicuntur, sed ex natura rei ius appellandi ad Sanctam Sedem deducitur*”.

In altri termini, proprio in considerazione della natura e della funzione della Rota quale *Tribunal appellationis* apostolico, “*non est qui non videat facultatem ad*

⁴ Si legge nel decreto: “*Prima quaestio, quae revera in duas partes dividitur, Nobis hodie solvenda non est, sed utroque in casu eadem quaestio permanet ad has quaestiones persolvendas, quippe quia articula non contraria ad praefatum m.p. aut vim instructionis aut vim quoad rectam interpretationem ad iudicium contentiosum ordinarium apte transferendum in causis de nullitate matrimonii (cf. can. 1691 § 3) nihilominus continent (si via abrogationis aut non abrogationis commemoratae Instructio sequitur), iuxta illa: «Il maggior contributo di questa istruzione, che auspicio venga applicata integralmente dagli operatori dei tribunali ecclesiastici, consiste nell’indicare in che misura e modo devono essere applicate nelle cause di nullità matrimoniale le norme contenute nei canoni relative al giudizio contenzioso ordinario, in osservanza delle norme speciali dettate per le cause sullo stato delle persone e per quelle di bene pubblico» (Benedictus XVI, *Allocutio ad Romanae Rotae Administros, diei 28 ianuarii 2006*, AAS 98 [2006] 135)”.*

⁵ Per un’analisi della riforma del diritto processuale matrimoniale canonico introdotta da Papa Francesco con il *M.P. Mitis iudex Dominus Iesus*, sulla riforma del processo canonico per le cause di dichiarazione di nullità del matrimonio nel Codice di Diritto Canonico e con il *M.P. Mitis et misericors Iesus*, sulla riforma del processo canonico per le cause di dichiarazione di nullità del matrimonio nel Codice dei Canonici delle Chiese Orientali, si rinvia a GERALDINA BONI, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, *Rivista telematica* (www.statoechiese.it), si tratta di tre articoli pubblicati tutti nel marzo del 2016.

H.A.T. *appellandum parti gravatae tributam facilius ac celerius iustitiam obtinere reddidisse quam aliam vel alias vias sequi*".

Il decreto *coram* Salvatore conclude affermando che "Quod demum partem gravatam post duplicem reiectionem libelli (tum a Praeside Collegii tum a Collegio ipso) ius ad recurrendum apud Rotam in casu habere in propatulo est – heic vero intenditur solum apud N.A.F., non vero apud alia Tribunalia, quoniam art. 124 § 4 vel eiusdem mens nihilominus adhuc viget -, quoniam «recursus enim ad collegium indolem simplicis reclamationis habet, effectu devolutivo destitutae, qui in transitu quaestionis ad cognitionem iudicis superioris consistit» (cf. A. Stankiewicz, *Praxis iudicialis canonica, Romae 2015, p. 31*)"⁶.

3. Sulla lesione del diritto alla difesa dell'attore ex can. 1620, 7° per mancata istau-razione del contraddittorio

Un secondo punto sollevato dall'appellante in sede di interposizione e prosecuzione di appello – e, dunque, oggetto del decreto in esame – è quello relativo alla querela di nullità del decreto impugnato per un'asserita lesione dello *ius defensionis* a danno della parte attrice alla quale non era stata tempestivamente notificata la memoria con cui la parte convenuta aveva sollevato l'eccezione perentoria di *bis in idem*, con conseguente asserita violazione del contraddittorio, atteso che "*defensionis ius implicet de se contradictorium*"⁷.

Invero, il giudice ponente ha assunto la propria decisione nel corso della *sessio* per la concordanza del dubbio, senza previa notifica dell'istanza presentata (direttamente in udienza) dalla parte convenuta e, quindi, senza dare la concreta possibilità alle altre parti del processo (le quali, peraltro, come ammette lo stesso decreto rotale "*vero absentiam eorum rite excusaverunt*") di potere esercitare il loro *ius defensionis*, prima di emettere un decreto tanto incisivo sul corso del processo da produrre un effetto preclusivo equivalente ad una sentenza negativa.

A ben vedere, si tratta di una soluzione non del tutto condivisibile in quanto non tiene conto del fatto che – tranne che non sia espressamente stabilita la possibilità di porre in essere decisioni "*inaudita altera parte*" (come, ad esempio, nel caso di ammissione del libello o della richiesta di *nova causae propositio*) – non è né lecito, né valido pronunciarsi su una richiesta di una parte che non sia stata prima notificata alle altre parti, dando loro termini per poter spiegare la propria difesa. In tal senso, sovvien l'art. 134, § 1 della *Dignitas Connubii* laddove si dice espressamente che "*alle parti che stanno in giudizio personalmente o tramite un procuratore si notificano tutti gli atti che per legge debbono essere notificati*". Ciò posto, essendo un'istanza

⁶ Continua ancora il decreto in commento "*Enimvero in Praenotandis ad «Schema canonum de modo procedendi pro tutela iurium» anni 1976 haec inveniuntur: «Acceptatio vel reiectio libelli in tribunalibus collegialibus fit a praeside: ita consulitur celeritati. Adversus reiectionem ab ipso pronuntiatam recursus fit ad collegium (can. 141). Dein adiri potest tribunal appellationis» (Communicationes 8 [1976] 187, n. 8); in ipsa Commissione revisionis Codicis animadvertitur: «Etiamsi libellus recusetur a collegio, non potest negari recursus adversus reiectionem» (Communicationes 11 [1979] 84, ad can. 141)*".

⁷ In argomento cfr. GIAN PAOLO MONTINI, *La querela di nullità* (artt. 269-278), in AA.VV., *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'istruzione Dignitas connubii. Parte terza: la parte dinamica del processo*, Città del Vaticano, 2008, pp. 613 ss.

di controparte – ed in specie un’istanza che incida così profondamente sul processo – un atto da comunicare necessariamente alle altre parti, stante il principio del contraddittorio (inteso quale *legitima disceptatio modo iure praescripto*) che regge il processo giudiziale, l’omessa notifica dell’atto determinerebbe *ex se* una lesione del diritto alla difesa e, dunque, la nullità insanabile della decisione assunta *ex can. 1620, 7°*, non essendo ovviamente bastevole un confronto posticipato⁸.

Invero, seppure il diritto alla difesa non possa essere esercitato “*ad libitum partium*”, bensì “*ad normam iuris*”, nel caso in esame, attesa la gravità degli effetti del decreto del giudice ponente, poiché viene ad essere intaccata la sostanza stessa del giudizio, si determina non una mera lesione del diritto di difesa, ma una sua più radicale negazione. In merito sovviene un noto principio elaborato dalla giurisprudenza secondo cui: “*ius defensionis consistit in concessione concreta et practica nendum iuris abstracti seu merae possibilitatis se defendendi, verum etiam exercitii iuris sue possibilitatis exercendi de facto ius propriae defensionis*”⁹.

Il giudice ponente avrebbe potuto, anche solo in via tuzioristica, sospendere la sessione in corso e differire ad altra data la concordanza del dubbio, notificare alle parti assenti l’istanza del patrono di parte convenuta e, solo dopo avere dato modo agli altri di esporre le proprie ragioni, prendere una decisione tanto grave.

Il turno rotale è stato, quindi, chiamato a verificare se la decisione di non concordare il dubbio *inaudita altera parte*, intendendo per *altera parte* il patrono di parte attrice (non anche il difensore del vincolo, peraltro assente)¹⁰, integrasse o meno una violazione del diritto alla difesa tale da causare la nullità insanabile della decisione *ex can. 1620, 7°* per un vizio attinente il procedimento¹¹.

⁸ Come ricorda GIAN PAOLO MONTINI, *La nullità insanabile per denegato diritto di difesa (can. 1620, 7°) e il difensore del vincolo*, in *Periodica*, 102, 2013, p. 319, “Nel diritto di difesa di cui al can. 1620, 7° si distinguono ordinariamente due principali elementi: il diritto al contraddittorio e il diritto all’audizione. Nel primo si sostanzia il diritto a conoscere quanto l’altra parte ha addotto in giudizio, nel secondo il diritto ad apportare in giudizio tutto quanto si ritiene utile per rispondere alle allegazioni dell’altra parte. La nullità della decisione giudiziale di cui al can. 1620, 7° consegue solo quando è intaccata la sostanza del giudizio: “*Iuxta iurisprudentiam huius Supremi Tribunalis, negatio legitimae defensionis sententiae nullitatem importat solummodo quatenus iudicii substantiam afficit*» (*Supremum Signaturae Apostolicae Tribunal, decreto in una Insubri seu Brixien., nullitatis matrimonii, querelae nullitatis*, 17 dicembre 1996, prot. n. 27165/96 CG)”.

⁹ Cfr. GIAN PAOLO MONTINI, *De iudicio contentioso ordinario. De processibus matrimonialibus. II Pars dinamica*, cit., pp. 491-492 e giurisprudenza ivi citata.

¹⁰ Sul punto cfr. GIAN PAOLO MONTINI, *La nullità insanabile per denegato diritto di difesa (can. 1620, 7°) e il difensore del vincolo*, cit., p. 319, il quale si pone la domanda se sia “applicabile, *iure quo utimur*, il prescritto del can. 1620, 7° al difensore del vincolo”, dando, però, a tale quesito una risposta negativa per “la stretta interpretazione dovuta ai motivi di nullità”, in quanto – nel testo del can. 1620, 7° – viene espressamente stabilito che “il diritto di difesa per produrre la nullità insanabile dev’essere negato *«alterutri parti»*, ossia «a una delle due parti»... L’aggettivo *«alteruter»* non lascia scampo: una delle due parti” (pp. 320-321). Nello stesso senso si veda, ad esempio, un decreto *Coram Burke, Portlanden., nullitatis matrimonii, nullitatis sententiae*, del 22 maggio 1997, n. 8, in *Decreta Selecta*, vol. XV, p. 89 dove si afferma che “*Clara locutio canonis – «si ius defensionis alterutri parti denegatum fuit» – inacceptabilem reddit interpretationem iuxta quam Legislator, per verbum «pars», intendit etiam defensorem vinculi hic includere, eo quidem sensu quod ius defensionis denegatum sub canone remansisset (cum effectu insanabilis nullitatis sententiae), tantum si ipse defensor iure munus suum exercendi orbatus fuisset [...] Talis interpretatio a textu non fulcitur [...]»*”.

¹¹ In argomento si rinvia ampiamente a GRZEGORZ ERLEBACH, *La nullità della sentenza giudiziale «Ob*

Sul punto, però, il decreto in commento – con una motivazione alquanto laconica e stereotipata – ritiene che non vi sia stata alcuna lesione del diritto alla difesa dell’attore. Invero, dopo avere affermato che “*Tota quaestio in hoc sistit an pars actrix ius reapse habuerit sese defendendi in iudicio, quando formula dubii a Praeside illa die concordata est; hoc in casu decretum Collegiale de quo agitur nullitate derivata laboraret (cf. can. 1622, n. 5)*”, il decreto conclude asserendo che “*Ast si mens ad acta convertitur, partem actricem et patronum eius patet ius habuisse ad iura coram iudice exercenda et eadem sibi tutanda. Namque cum vir actor tum patronus partis actricis certiores facti sunt de die sessionis pro dubii concordatione, sed uterque sponte sua non sistendi coram iudice decisionem cepit... Quocirca decretum Tribunalis Collegialis Siculi diei 19 decembris 2014 nullitate derivata non laborare, in casu, Patres Auditores censent*”.

Siffatta conclusione a prima vista sembrerebbe essere coerente e congruente con il principio, di sovente richiamato dalla giurisprudenza rotale, secondo cui la nullità di un atto processuale è da considerarsi come una sanzione da applicarsi solo eccezionalmente, in quanto le c.d. leggi odiose “*restringenda esse*” e “*nullitas certo est res odiosa*”¹², con la conseguenza che “*nella legislazione canonica la nullità dell’atto contro la legge è l’eccezione*”¹³.

In altri termini, ricorrendo a un concetto di matrice statale (adottato di sovente dalla Corte costituzionale italiana), ossia quello del bilanciamento tra principi e valori dotati di rilevanza assoluta, sembra evidente che il piatto della bilancia debba necessariamente pendere in favore della tutela del diritto alla difesa la cui compressione, nel caso in esame, attesi i ricordati effetti preclusivi, costituirebbe una “*res*” certamente assai più “*odiosa*” della mera nullità di un atto processuale¹⁴.

ius defensionis denegatum» nella giurisprudenza rotale, Città del Vaticano, 1991, specialmente pp. 61 ss.; ANTONI STANKIEWICZ, *Can. 1620*, in AA.VV., *Comentario exegético al Código de derecho canónico*, IV, Pamplona, 1997; MANUEL J. ARROBA CONDE, *La nullità insanabile della sentenza per un vizio attinente al procedimento (1620, 7)*, in AA.VV., *La “querela nullitatis” nel processo canonico*, Città del Vaticano 2005, pp. 151 ss.; TIZIANA DI IORIO, *Il diritto di difesa nel giudizio canonico di nullità matrimoniale. La parte statica del processo*, Napoli, 2012.

¹² Cfr., ad esempio, un decreto Coram Civili, *Pragen, nullitatis matrimonii et sententiae, querelae nullitatis*, del 13 marzo 1991, n. 2, in *Decreta Selecta*, vol. IX, p. 35 dove si stabilisce che “*Nullitas scilicet sententiae necnon cuiusvis actus iudicialis manet semper res odiosa, ideoque declarari nequit nisi ex vitii lege expresse definitis (cf. can. 10), cum bonum publicum postulet ut sententia potius valeat quam pereat. Sanctio alioquin nullitatis actorum in iure processuali gravissima exstat, immo poenam sapit, ideoque strictae subest interpretationi (cf. can. 18). Numquam, igitur fas est nullitatem alioquin actus decernere, vel ad alia capita extendere, nisi talis nullitas perspicua sit lege statuta. Manente etiam aliquo dubio, sive iuris sive facti, ad casum scilicet de quo agitur quod refert, standum est pro valore sententiae*”.

¹³ Così LUIGI CHIAPPETTA, *Codice di diritto Canonico. Commento giuridico pastorale*. Vol I, Roma, 1996, p. 49, n. 199.

¹⁴ Sul principio del bilanciamento costituzionale cfr. ANDREA MORRONE, *Bilanciamento. Giustizia costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, Milano 2008, volume II, tomo II, pp. 185- 204, il quale ricorda che “*Per «bilanciamento» può intendersi, in maniera descrittiva, una tecnica di composizione di interessi o diritti in conflitto... Nell’esperienza giuridica il bilanciamento presenta caratteristiche molto particolari e mette in campo operazioni metodologiche svolte normalmente dagli organi giudiziari nel decidere controversie concrete. Il bilanciamento non si risolve, tuttavia, nell’attività di qualunque giudice: assume rilievo specialmente nei conflitti che hanno ad oggetto — secondo le differenti letture*

Invero, il diritto alla difesa e la sua precipua declinazione del diritto al contraddittorio costituiscono il nucleo basilico e irrinunciabile del moderno processo in quanto trovano la loro base nel diritto naturale che costituisce fonte essenziale non solo nel diritto statale ma anche del diritto canonico sia sostanziale che, soprattutto, processuale¹⁵. Conseguentemente, una loro indebita compressione in relazione ad un atto così determinante – quale la concordanza del dubbio – da impedire al fedele la prosecuzione del giudizio già instaurato e, dunque, l’ottenimento di una sentenza che chiarisca la sua condizione matrimoniale, sarebbe inaccettabile¹⁶.

A diverse conclusioni si sarebbe potuto giungere solo se oggetto della concordanza del dubbio fossero stati più capi di nullità richiesti dall’attore nel libello ammesso. Invero, “*atteso il principio della divisibilità dei capi di nullità sia in fase di contestatio litis, sia in fase di decisione definitiva (tot capita tot sententiae)*”, non si sarebbe verificato il ricordato effetto preclusivo della prosecuzione del processo che sarebbe, comunque, andato avanti per i capi di nullità superstiti¹⁷.

4. Sulla configurabilità di un *bis in idem* tra il can. 1095, 2°, e il can. 1095, 3°, del C.I.C.

Il decreto *coram* Salvadori in commento, una volta ritenuta la validità del decreto collegiale impugnato, si sofferma sulla questione giuridica principale consistente sull’esistenza o meno di un inammissibile *bis in idem* nel caso prospettato¹⁸.

— interessi, diritti, principi o beni di rango costituzionale..” (p. 185).

¹⁵ Secondo la giurisprudenza rotale, la contestazione della lite è considerata il fondamento della causa *ex natura rei*. Si legge in una *Coram* De Jorio, del 27 gennaio 1965, in SRRD, Vol. LVII, p. 84, n. 9, “*Nos quoque concedimus litis contestationem esse fundamentum causae, quia eadem determinatur obiectum seu materia iudicii*”.

¹⁶ Cfr. DAVIDE CITO, *La tutela dei diritti fondamentali del fedele nell’ordinamento canonico*, in AA.VV., *I diritti fondamentali del fedele. A venti anni dalla promulgazione del Codice*, LEV, Città del Vaticano, 2004, pp.180-187; JOAQUIN LLOBELL, *Il giusto processo penale nella Chiesa e gli interventi (recenti) della Santa Sede*, in *Archivio giuridico*, vol. CCXXXII, fasc. 3-2012, pp. 293-357; F. DOTI, *Diritti della difesa e contraddittorio: garanzia di un giusto processo? Spunti per una riflessione comparata del processo canonico e statale*, Roma, 2005, pp. 53 ss..

¹⁷ Così GIAN PAOLO MONTINI, *De iudicio contentioso ordinario. De processibus matrimonialibus, Pars dinamica*, cit., pp. 108-109, il quale, però, fa riferimento ad un caso specifico in cui “*il giudice di primo grado espunge nella litis contestatio, a causa dell’opposizione della parte convenuta, uno dei tre capi adottati dall’attore nel libello ammesso*” e ricorda come “*il tribunale di appello, investito della querela di nullità a norma del can. 1459, § 1°*” abbia pronunciato “*la nullità della sentenza di primo grado per negazione del diritto alla difesa (can. 1620, 7°)...*” (nota 208).

¹⁸ Il tema del divieto di *bis in idem*, rischia di divenire di notevole rilievo negli anni avvenire per effetto della recente riforma del diritto processuale canonico che, come è noto, tra le varie modifiche normative, nel testo riformato del can. 1672, ha posto quale criterio per determinare – in via pienamente equivalente – la competenza territoriale, quello costituito dal “quasi domicilio” di cui al can. 102. Si tratta, come è evidente, di un criterio estremamente aleatorio e fumoso, che si presta ad abusi, essendo molto difficile leggere le intenzioni delle persone, col rischio di dare vita ad un *forum shopping* alla ricerca del “tribunale più favorevole” paventato dal can. 1488, §2. Sul punto cfr. MARIO FERRANTE, *Su alcune criticità applicative del M.P. Mitis Iudex Dominus Iesus con particolare riferimento all’incapacità consensuale*, in AA.VV., *Studi in onore di Carlo Gullo*, Città del Vaticano, 2017, pp. 371-393.

Come sopra già riferito, il giudice ponente del TERS aveva dichiarato “*non concordabile il capo di nullità indicato dall’attore perché si configurerebbe un inammissibile bis in idem*”, motivando tale diniego sul presupposto che – al di là del *nomen iuris* individuato dalla parte attrice – vi fossero, alla base della richiesta attorea, gli stessi fatti e le stesse prove poste a sostegno di un precedente giudizio introdotto in precedenza dall’attore e conclusosi con sentenza negativa. Ciò posto, essendo presente la medesima “*causa petendi*” ed essendo, ovviamente, uguali sia le parti che il *petitum*, si fosse in presenza di un *bis in idem* a causa del quale non era possibile concordare il capo di nullità invocato dall’attore.

Il collegio giudicante, investito della questione in via incidentale *ex can.* 1587, aveva a propria volta decretato “*l’infondatezza della causa incidentale promossa dal Patrono di parte attrice, in quanto vengono considerati sostanzialmente conformi quelle decisioni che designino o determinano il capo di nullità con diversa denominazione, fondandosi su medesimi fatti che rendono nullo il matrimonio e sulle stesse prove*” concludendo nel ritenere “*la piena validità e legittimità del decreto del Giudice Ponente, dichiarando inammissibile, e quindi non concordabile, il capo di nullità proposto dalla parte attrice, in quanto si configura un bis in idem*”.

Sotto il profilo giuridico/argomentativo la decisione dei giudici di prime cure sembra impernata su un concetto di *ne bis in idem* molto influenzato da logiche civilistiche ma lontano dall’essenza stessa del processo canonico il cui fine, al di là dei formalismi, mira ad accertare la verità nel supremo interesse della *salus animarum* delle persone coinvolte nel processo in qualità di parti in causa.

Invero, in ambito civilistico il giudicato sostanziale (art. 2909 c.c.), quale riflesso di quello formale (art. 324 c.p.c.), si forma su tutto ciò che ha costituito oggetto della decisione, comprese le questioni e gli accertamenti che rappresentano le premesse necessarie e il fondamento logico-giuridico ineludibile della pronuncia, che si ricollegano cioè in modo indissolubile alla decisione (giudicato esplicito) formandone l’indispensabile presupposto (giudicato implicito)¹⁹.

Il giudicato si forma, dunque, non soltanto su quel che è stato oggetto di contrasto tra le parti ed ha trovato soluzione nel dispositivo, ma su tutto ciò che il giudice ha ritenuto, non incidentalmente ma decisamente. In tal senso si dice che il giudicato copre il dedotto e il deducibile.

Detto principio, per il quale l’efficacia del giudicato si estende, oltre a quanto dedotto dalle parti, anche a quanto esse avrebbero potuto dedurre (c.d. preclusione del dedotto e del deducibile), si riferisce sempre a quelle ragioni non dedotte che rappresentano un antecedente logico necessario della pronuncia ed impedisce che possa essere introdotta una nuova controversia con lo stesso oggetto ma con nuove ragioni, che ben si potevano far valere nel primo giudizio, o comunque in sede di gravame, che è la sede naturale per la *revisio prioris instantiae*.

A ben vedere, il principio del *ne bis in idem* è ontologicamente connesso ad un preciso interesse pubblico, sotteso alla funzione primaria del processo civile, consistente nell’eliminazione dell’incertezza delle situazioni giuridiche, attraverso la sta-

¹⁹ In argomento cfr. per la dottrina tradizionale FRANCESCO CARNELUTTI, *Efficacia diretta e efficacia riflessa della cosa giudicata*, in *Studi di diritto processuale*, Padova, 1925, IV, pp. 432 ss.; GIROLAMO MONTELEONE, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Padova, 1978, pp. 21 ss. Più di recente REMO CAPONI, *L’efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991; ELIO FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1996, pp. 458 ss.

bilità della decisione al punto da potersi affermare che la formazione del giudicato sia la caratteristica precipua dell'attività giurisdizionale; tale garanzia di stabilità è, a sua volta, collegata all'attuazione dei principi del giusto processo e della ragionevole durata.

Non intendiamo, ovviamente, addentrarci nei meandri di questo argomento che esula dai nostri scopi, ma ci limitiamo ad osservare che si tratta di principi che solo in parte sono riconducibili ed applicabili al processo matrimoniale canonico dove, come è noto, vige il diverso principio del non passaggio in giudicato delle sentenze nelle cause matrimoniali trattandosi di questioni che attengono allo *status personarum*, essendo sempre possibile ottenere, sia pure a certe condizioni, una nuova trattazione della causa²⁰.

Stante quanto sopra esposto, si perverrebbe alla conclusione che nel caso *de quo* l'attore, nel chiedere nel primo processo la nullità *ex can. 1095, 3°* avrebbe implicitamente dedotto ogni altro possibile *caput nullitatis* connesso al primo dal punto di vista fattuale.

Siffatta conclusione, però, non soddisfa da un punto di vista strettamente canonistico in quanto, nonostante una certa connessione fra le due fattispecie di incapacità, esiste tuttavia una differenza fondamentale/ontologica tra il can. 1095, 2°, cioè "il grave difetto di discrezione di giudizio, che si rapporta al consenso in quanto questo è espressione del soggetto, in quanto il consenso stesso è riguardato come atto psicologico; mentre il can. 1095, 3°, ha, invece, riguardo direttamente all'oggetto del consenso, quindi al vincolo che ne consegue e alle obbligazioni che ne derivano e, dunque, in ultima analisi, al matrimonium in facto esse"²¹.

In altri termini, non sembra logicamente e giuridicamente proponibile in un'ottica squisitamente canonistica, ritenere sovrapponibili le due fattispecie del can. 1095 2° e 3° poiché considerano due forme di incapacità affatto diverse tra loro valutabili da due diverse angolazioni prospettiche.

Guardando al diritto processuale canonico vigente al tempo in cui vennero emanati i decreti del TERS si sarebbe potuto, a prima vista, invocare – sebbene non citata in nessuno dei due decreti – quella parte dell'Istruzione *Dignitas Connubii* (all'epoca del giudizio certamente in vigore) la quale – come è noto – sanciva l'incapacità del giudice "se la stessa causa, dopo che è stata emessa una sentenza definitiva, è trattata nuovamente nella medesima istanza, a meno che la sentenza sia stata dichiarata nulla" (art. 9, § 2).

La suddetta disposizione normativa veniva ulteriormente chiarita dall'art. 289

²⁰ In argomento cfr. SALVATORE BERLINGÒ, *Giudicato (V – Diritto canonico)*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989, pp. 1 ss.; JOAQUIN LLOBELL, *Questioni circa l'appello e il giudicato nel nuovo processo matrimoniale*, in *Ephem. iur. can.*, 2016, pp. 436 ss. PAOLO MONETA, *L'appello nel nuovo processo matrimoniale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, n. 21, 2017

²¹ Così MARIO FRANCESCO POMPEDDA, *Il canone 1095 del nuovo codice di diritto canonico tra elaborazione precodificale e prospettive di sviluppo interpretativo*, in *Ius Canonicum*, XXVII, 1987, p. 549. Cfr. anche URBANO NAVARRETE, *Problemi sull'autonomia dei capi di nullità per difetto di consenso causato da perturbazioni della personalità*, in AA.VV., *Perturbazioni psichiche e consenso matrimoniale nel Diritto canonico*, Roma, 1976, pp. 135 ss.; JOSÉ F. CASTAÑO, *Studio esegetico-dottrinale sulle tre figure del can. 1095*, in *Angelicum*, vol. 69, 2, 1992, pp. 193-255; 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*, 22, 2010, pp. 107-148.

DC, secondo cui “*una causa matrimoniale che sia già stata giudicata da un tribunale, non può mai essere giudicata nuovamente dallo stesso o da un altro tribunale di pari grado, fermo restando l’art. 9 § 2*”.

L’effettiva portata della norma veniva specificata dal successivo § 3 del medesimo articolo il quale stabiliva che il *bis in idem* ricorreva allorquando “*si tratta della stessa causa, ossia del medesimo matrimonio e del medesimo capo di nullità*”.

L’operatività del divieto veniva subordinata, pertanto, alla simultanea e concorrente presenza di due elementi: che si tratti dello stesso matrimonio (e, quindi, delle stesse parti) su cui si è giudicato in precedenza e che il capo di nullità sia uguale a quello già trattato in un precedente giudizio.

Secondo la valutazione proposta dal TERS la valutazione sull’identità, o meno, dei *capita nullitatis* addotti, non deve limitarsi alla loro mera denominazione formale proposta dalla parte (il c.d. *nomen iuris*), ma deve utilizzare quale parametro di riferimento i fatti su cui i capi stessi si basano: sono identici i motivi di nullità che, al di là della qualificazione giuridica proposta, si basano sulle stesse circostanze di fatto (“*eademque iuris et facti ratione*”).

Tale convincimento potrebbe fondarsi su quanto previsto dalla *Dignitas Coniugii* relativamente alla conformità tra sentenze di primo e secondo grado. L’art. 291 disponeva (prima della riforma del 2015) che devono considerarsi conformi, ai fini dello loro esecutività, non solo le sentenze in cui il motivo di nullità abbia ricevuto la stessa qualifica formale, ma anche quelle che benché indichino e determinino il capo di nullità con una diversa denominazione, tuttavia si fondano sui medesimi fatti che hanno causato la nullità di matrimonio e sulle medesime prove (*super iisdem factis matrimonium irritantibus et probationibus nitantur*).

Aderendo ad una simile impostazione si potrebbe, cioè, opinare che la suddetta nozione di conformità sostanziale non andasse utilizzata soltanto con specifico riferimento alla situazione concernente l’ottenimento della cd. doppia sentenza conforme, ma rivestisse un valore generale, potendosi applicare a qualunque problematica concernente il processo matrimoniale canonico.

In altri termini, così argomentando, si sarebbe potuto giungere a sostenere il principio della conformità sostanziale anche dei *capita nullitatis* in sede di concordanza del dubbio, principio che impedirebbe di riproporre una causa di nullità basata su un motivo di invalidità solo formalmente diverso da quello già deciso in un precedente processo con sentenza passata in giudicato ma imperniato sugli stessi fatti e vicende personali (la c.d. *res deducta*).

Si perverrebbe, per tale via, ad attribuire una maggiore rilevanza ai fatti posti a sostegno della pretesa attorea rispetto al motivo di nullità formalmente invocato²².

²² Nel codice di procedura penale italiano, all’art. 649 viene stabilito che nessuno può essere processato più volte «*per il medesimo fatto*». La definizione ha creato notevoli dubbi su cosa dovesse intendersi per “fatto”. La dottrina maggioritaria ritiene che tale espressione si riferisca alla mera condotta che ha causato l’evento, senza riguardo alla sua intensità o alla sua imputazione nel processo precedente. In argomento si veda NOVELLA GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, pp. 106 ss.; PIERPAOLO RIVELLO, *La nozione di “fatto” ai sensi dell’art. 649 c.p.p. e le perduranti incertezze interpretative ricollegabili al principio del ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 3, pp. 1410 ss. Per un commento all’art. 4 prot. 7 CEDU che disciplina il divieto di *bis in idem* stabilendo che “*Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato. Le disposizioni*

In conseguenza di ciò, qualora, come nel caso di specie, il capo di nullità invocato (il can. 1095, 2°) sia considerato solo formalmente, ma non sostanzialmente, diverso da quello (il can. 1095, 3°) su cui il tribunale adito si sia già pronunciato negativamente con sentenza passata in giudicato, poiché basato sui medesimi fatti, si avrebbe che la richiesta attorea integrerebbe un inammissibile *bis in idem* e che, perciò, il capo di nullità indicato dall'attore non potrebbe essere concordato.

In realtà, non si ritiene di potere aderire ad una siffatta ricostruzione giuridica in quanto il citato art. 291 si riferiva (all'epoca in cui era ancora prevista la necessità della doppia sentenza conforme e si dissertava tra conformità formale e conformità sostanziale o equivalente) ad una ben diversa ipotesi normativa che non può essere utilizzata in sede di concordanza del dubbio, ma solo per verificare se si tratta di sentenze da giudicare conformi in ordine alla declaratoria di nullità e per un ben diverso scopo. Invero, come opportunamente sostenuto in dottrina: *“il riconoscimento della conformità equivalente diventa espressione della carità pastorale del giudice che interpreta la norma giuridica tenendo conto del suo scopo ultimo, la salute delle anime, non sufficientemente garantita nel caso della sua applicazione meramente meccanica e tecnica”*²³.

In altri termini, una norma dettata per contribuire alla salvezza delle anime e consentire una più rapida conclusione dei processi verrebbe adoperata – in netto contrasto con la *ratio legis* e la *mens legislatoris* – per impedire l'accesso alla giustizia della Chiesa, stravolgendone il senso e la portata e vanificando, in tal modo, uno dei diritti fondamentali del fedele (can. 221)²⁴.

Si tratta, dunque, di norma avente un diverso ambito di operatività, in quanto, se applicata alla concordanza del dubbio, pregiudicherebbe il diritto del fedele ad avere accesso alla giustizia della Chiesa. In ogni caso, si deve ricorrere in casi simili al principio ermeneutico di carattere generale secondo cui le norme odiose sono da interpretare in senso stretto *“Le leggi che stabiliscono una pena, o che restringono il libero esercizio dei diritti, o che contengono un'eccezione alla legge, sono sottoposte a interpretazione stretta”* (can. 18).

Quanto poi alla considerazione che si tratti *“del medesimo capo di nullità”*, riteniamo di dovere radicalmente dissentire.

Invero, in accordo con la costante e comune giurisprudenza rotale, altro è l'in-

del paragrafo precedente non impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge e alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta. Non è autorizzata alcuna deroga al presente articolo ai sensi dell'articolo 15 della Convenzione” si veda PIER PAOLO PAULESU, *Riflessioni in tema di ne bis in idem europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, pp. 637 ss.

²³ Così NIKOLAUS SCHOCH, *Il principio della duplice conformità delle sentenze nella giurisprudenza rotale*, in AA.VV., *Verità e definitività delle sentenze canoniche*, Città del Vaticano, 1997, p. 104; SEBASTIANO VILLEGIANTE, *La conformità equivalente delle sentenze affermative nel processo canonico di nullità matrimoniale*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 123, 1998, pp. 295-377.

²⁴ Sul punto JOAQUIN LLOBELL, *L'efficace tutela dei diritti (can. 221): presupposto della giuridicità dell'ordinamento canonico*, in https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/6493/1/VIII-Efficace_tutela.pdf, 1994, pp. 227-297; ANDREA BETTETINI, *Diritto alla tutela giurisdizionale, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, *Rivista telematica* (www.statoechiese.it), ottobre del 2010, il quale ricorda che *“il legislatore ha inteso adottare tale specificazione del diritto di azione e di difesa (differenziando quello di cui gode ogni battezzato – can. 221, § 1 – dal diritto più generale che spetta a ‘quilibet, sive baptizatus sive non baptizatus’ – can. 1476 -)”*.

capacità discreta *ex can. 1095, 2°* altro è l'incapacità assuntiva *ex can. 1095, 3°*. Invero, senza volerci addentrare su tale aspetto che meriterebbe un'autonoma e approfondita trattazione, nella prima ipotesi il legislatore fa riferimento al difetto dell'atto psicologico del consenso, mentre nella seconda viene contemplata l'ipotesi di incapacità a disporre, a titolo di debito o d'obbligo dell'oggetto del consenso da parte del contraente nella fase attuativa²⁵.

Occorre, altresì, ricordare che il giudice ponente ha ritenuto che *“l'elemento fattico”* tra i due processi sarebbe uguale, supportando con tale considerazione la decisione di non concordare il dubbio per l'asserito *bis in idem*.

Tuttavia, il decreto del ponente appare frutto di un giudizio espresso prima ancora di iniziare l'istruttoria e prima, dunque, di potere visionare tutte le prove fornite dall'attore che avrebbero, forse, potuto fornire nuovi elementi *“fattici”*, per non dire che l'attore aveva già allegato al libello una nuova prova costituita da una perizia psicologica non presente nel primo processo che ben avrebbe potuto essere valutata ai fini di una rivalutazione fattuale del capo di nullità addotto. Ciò posto, sarebbe certo stato opportuno giungere, comunque, alla fine del processo emettendo, eventualmente, una sentenza negativa in relazione al matrimonio impugnato.

Infine, non può non rilevarsi che le modalità di prova tra i due capi di nullità sono diverse, dovendosi, ad esempio, prediligere, per i motivi di cui al can. 1095, 1°-2°, l'uso della perizia psichiatrica, e, per il can. 1095, 3° la perizia psicologica²⁶. Inoltre, in altre parole, dallo stesso dettato normativo, si evince che l'indagine che deve essere svolta dal perito d'ufficio è diversa a seconda che si valuti un'incapacità percettiva (can. 1095, 1°); un'incapacità discreta o critica (1095, 2°); o un'incapacità assuntiva (can. 1095, 3°). In altri termini, tra il 1095, 2° e 3° non vi è soltanto una semplice differenza di *“nomen iuris”*, bensì una distinzione non solo concettuale ma anche probatoria.

In merito, pare utile richiamare alle modalità d'impugnazione del decreto di contestazione della lite, *“ogni volta che il decreto configuri in realtà un rigetto della domanda giudiziale, equiparabile al rigetto del libello.. si dovrà seguire tutta la normativa prevista per il ricorso avverso il rigetto del libello”*, incluso anche quanto stabilito dal can. 1505, § 2, 4°, secondo cui *“Il libello può essere respinto soltanto:....4) se è sicuramente manifesto dal libello stesso che la domanda manca di qualunque fonda-*

²⁵ In argomento si vedano i contributi contenuti in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico*, Città del Vaticano, 2003, pp. 19-120, dove si analizzano le diverse forme di incapacità sancite dal can. 1095.

²⁶ Tuttavia, anche a non volere concordare con tale ultima affermazione, a mente dell'art. 209 dell'Istruzione *Dignitas Connubii* dettato a proposito delle specifiche domande da sottoporre al perito designato si legge: *“§ 1. Nelle cause per l'incapacità, secondo il can. 1095, il giudice non ometta di chiedere al perito se una o entrambe le parti, al tempo del matrimonio fossero affette da una particolare anomalia abituale o transitoria; quale ne fosse la gravità; quando, per quali cause e in quali circostanze tale anomalia abbia avuto origine e si sia manifestata. § 2. Specificamente: 1° nelle cause per difetto dell'uso di ragione, chieda se l'anomalia abbia perturbato gravemente l'uso di ragione al tempo del matrimonio; con quale intensità e attraverso quali sintomi essa si sia manifestata; 2° nelle cause per difetto di discrezione di giudizio, chieda quale sia stato l'influsso dell'anomalia sulla facoltà critica ed elettiva, in relazione a gravi decisioni, particolarmente per quanto attiene alla libera scelta dello stato di vita; 3° nelle cause poi per incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio, chieda quale sia la natura e la gravità della causa psichica che provoca nella parte non solo una grave difficoltà, ma anche l'impossibilità di far fronte ai compiti inerenti agli obblighi matrimoniali”*.

mento, né potrà accadere che alcun fondamento venga fuori dal processo”²⁷.

Comunque, anche a prescindere dalle sopra riportate considerazioni giuridiche ed ermeneutiche, la conclusione cui perviene il decreto *Coram* Salvatori in commento sono nette e inequivocabili anche perché ampiamente radicate nella consolidata giurisprudenza rotale.

Invero, il decreto si esprime in termini alquanto critici nei confronti dei giudici di prime cure allorquando afferma che “*Iudices Tribunalis Siculi confusionem non minimam inter quae pertinent ad caput nullitatis et ad sententiam in re iudicatam transactam instituere videntur*”.

In altre parole, il decreto in commento – rifacendosi alla pacifica e consolidata giurisprudenza rotale – ricorda come “*Quidquid est hac de re, Patres Auditores super iurisprudencia rotali iudicium nitentes declarant non modo differentiam inter gravem defectum discretionis iudicii (cf. can. 1095, n. 2) et incapacitatem assumendi onera coniugalia essentialia (cf. can. 1095, n. 3), verum etiam et autonomiam inter praefata capita, quam sententiam iurisprudencia N.A.F. constanter tenuit*”²⁸.

La conclusione del decreto in esame è, dunque, chiara e coerente poiché afferma l’infondatezza giuridica ed, anzi, la manifesta erroneità del ragionamento posto in essere dai giudici del TERS per negare la concordanza del dubbio sul presupposto di un asserito ma insussistente *bis in idem*, allorquando afferma che: “*Quae cum ita sint, minime agitur in casu de bis in idem. Quam ob rem caput nullitatis de defectu discretionis iudicii in viro actore concordandum erat*”.

5. Conclusioni

Il decreto *Coram* Salvatori in commento si conclude, quindi, con la reiezione della querela di nullità ma con l’accettazione della richiesta della parte appellante rispondendo alle domande poste alla base del procedimento rotale con un dispositivo molto chiaro in base al quale “*ad primum: non constare de nullitate decreti Tribunalis Collegialis Siculi diei 19 decembris 2014; ad secundum: appellationem adversus idem decretum admittendam esse, seu non constare de exceptione rei iudicatae in casu*”.

Pare interessante rilevare come il decreto preveda – anche in assenza di una specifica richiesta delle parti, specie dell’appellante – che il Decano, in virtù dei

²⁷ Così GIAN PAOLO MONTINI, *De iudicio contentioso ordinario. De processibus matrimonialibus, Pars dinamica*, cit., p. 26.

²⁸ A riprova e sostegno della decisione assunta, il decreto riporta una copiosa giurisprudenza rotale che conferma l’infondatezza delle decisioni dei giudici di prima istanza: “*Videant e.g. hac de re aliqua exempla a iurisprudencia N.A.F. deprompta: coram Pompedda, sent. diei 1 iunii 1992, RRDec., vol. LXXXIV, p. 324, nn. 4-5; coram Burke, sent. diei 22 iulii 1993, RRDec. voi. LXXXV, pp. 602-603, nn. 2-3; coram Pompedda, sent. diei 15 iulii 1994, RRDec., vol. LXXXVI, pp. 394-395, n. 7; coram Boccafolo, sent. diei 21 novembris 1996, RRDec., vol. LXXXVIII, pp. 734-735, n. 5; coram Burke, sent. diei 16 ianuarii 1997, RRDec., vol. LXXXIX, pp. 15-17, nn. 2-8; coram Lopez-Illana, sent. diei 10 martii 1998, RRDec., vol. XC, pp. 172-175, nn. 9-11; coram Abwan, sent. diei 24 iunii 1999, RRDec., vol. XCI, pp. 475-476, n. 9; coram Ferreira Pena, sent. diei 13 aprilis 2000, RRDec., vol. XCII, pp. 331-333, nn. 9-10; coram Serrano, sent. diei 15 iunii 2001, RRDec., vol. XCIII, p. 396, n. 8; coram Faltin, sent. diei 23 octobris 2001, ibid., p. 686, n. 7; coram Defilippi, sent. diei 3 octobris 2002, RRDec., vol. XCIV, pp. 531-532, n. 11; coram Ferreira Pena, sent. diei 22 novembris 2002, ibid., pp. 684-686, nn. 11-14”.*

suoi poteri, decida per l'avocazione della causa in Rota che, dunque, sarà chiamata a giudicare in via eccezionale in primo grado²⁹. Si legge nel decreto rotale: "*Causam iam a prima instantia ab Exc.mo Decano, in casu, avocandam esse Patres Auditores censuere*".

I motivi di siffatta grave decisione non vengono esplicitati nel decreto. Tuttavia, poiché questo eccezionale potere viene conferito al Decano solo in casi particolari, ossia quando "*quoties peculiarior adiuncta sive locorum sive personarum propter bonum animarum idipsum urgeant*" (art. 52 *Normae*)³⁰ pare possibile ritenere che la peculiarità del caso abbia suggerito ai Giudici di sottrarre la causa al tribunale locale competente *ratione loci contractus* per ragioni connesse ad una retta amministrazione della giustizia³¹.

In ogni caso, al di là delle disquisizioni giuridiche, pare opportuno rilevare, sotto un profilo più squisitamente pastorale, che, per un'errata interpretazione dei giudici di prima istanza, si è determinato un grave nocumento a danno dell'attore il quale, per potere ricevere una risposta circa la mera possibilità di concordare il dubbio (non, quindi, per avere una sentenza definitiva), ha dovuto aspettare quasi tre anni, con evidente pregiudizio della sua *salus animae*, atteso il principio – che caratterizza il giusto processo – secondo cui "*iustitia retardata est iustitia denegata*"³².

²⁹ Cfr. Segreteria di Stato, Rescritto di concessione al Decano della Rota Romana della facoltà di avocare una causa in prima istanza, non soltanto a norma dell'art. 52 delle Norme Proprie, ma anche – a sua discrezione – su semplice richiesta del Turno, 21 maggio 1997, in *Quaderni Studio Rotale*, IX, p. 68. Per un'interessante, sia pur datata, trattazione del tema si veda ERMANNO GRAZIANI, *L'avocazione della causa alla Rota*. *Quaedam animadversiones*, Milano, 1970, pp. 23 ss.

³⁰ In argomento cfr. TOMMASO MAURO, *L'avocatio causae*, in AA.VV., *Le "Normae" del Tribunale della Rota Romana*, Città del Vaticano, 1997, pp. 213-222.

³¹ In argomento cfr. P. Moneta, *Il rafforzamento della Rota romana*, in AA.VV., *Recte sapere, Studi in onore di Dalla Torre*, a cura di GERALDINA BONI, ERMINIA CAMASSA, PAOLO CAVANA, PASQUALE LILLO, VINCENZO TURCHI, Torino, 3 Voll., 2014, p. 487.

³² Sulla possibilità di eventuali azioni volte al risarcimento dei danni subiti dall'attore per il manifesto errore giuridico compiuto dai giudici di prima istanza *ex can.* 128 si rinvia a MARIA D'ARIENZO, *Responsabilità giuridica e riparazione del danno nel sistema sanzionatorio canonico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica* (www.statoeChiese.it), n. 32, ottobre 2015, la quale ricorda come "*Anche nei diritti religiosi, e specificamente nella struttura ordinamentale del diritto canonico, si rinviene il modello di responsabilità giuridica comune anche ai diritti secolari, inteso come reazione, o risposta riparatrice, dell'ordinamento al fine di ristabilire un equilibrio sociale turbato dalla lesione di un dovere giuridico*" (p. 2).

Presentazione

La presente sezione di “Legislazione e giurisprudenza costituzionale e comunitaria” comprende quattro pronunce: una sentenza della Corte EDU, due sentenze delle Corti di Giustizia dell’Unione Europea e una ordinanza della Corte costituzionale italiana.

Nella sentenza 18 settembre 2018, *Affaire Lachiri c. Belgique*, la Corte EDU ha affermato, in applicazione dell’art. 9 della CEDU, che il divieto assoluto di indossare il velo islamico in pubblico (nel caso particolare, in un tribunale) viola il diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione, risolvendosi in una discriminazione che pregiudica il diritto al rispetto della vita privata. I giudici di Strasburgo hanno così accolto il ricorso presentato da un cittadino belga avverso talune disposizioni legislative nazionali introdotte nel 2008 e nel 2011, in quanto ritenute espressione di una “sproporzionata intrusione dello Stato nella sfera dei diritti individuali come la libertà di espressione e di religione”. Nella motivazione i giudici hanno tenuto in considerazione, inoltre, il fatto che il velo non coprisse integralmente il volto della donna, riconoscendo come nella fattispecie concreta vi fosse stata una limitazione all’esercizio del diritto di manifestare la propria religione, fatto che non può essere tollerato in una società democratica. La stessa Corte ha poi condannato il Belgio al risarcimento del danno morale, imputando allo Stato la responsabilità per aver adottato un divieto incompatibile con la comunicazione interpersonale e con la costruzione di relazioni umane, fondamentali per la vita collettiva.

Nella sentenza *Tietosuojavaltuutettu/Jehovan todistajat – uskonnollinen yhdyskunta* (causa C-25/17), la Corte di Giustizia dell’Unione Europea ha esaminato l’attività di predicazione porta a porta dei membri della comunità dei testimoni di Geova, ritenendo che essa non rientri tra le eccezioni previste dal diritto dell’Unione in materia di protezione dei dati personali. In particolare, tale attività non costituisce un’attività esclusivamente personale o domestica alla quale il diritto dell’Unione non si applica. La circostanza che l’attività di predicazione porta a porta sia tutelata dal diritto fondamentale alla libertà di coscienza e di religione, sancito all’articolo 10, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell’UE, non produce, infatti, l’effetto di conferirle un carattere esclusivamente personale e domestico, poiché essa va oltre la sfera privata di un membro predicatore di una comunità religiosa. Ricordando che le norme del diritto dell’Unione in materia di protezione dei dati personali si applicano al trattamento manuale dei dati solo se questi ultimi sono contenuti o destinati a figurare in un archivio, la Corte ha affermato che la nozione di «archivio» include ogni insieme di dati personali raccolti nell’ambito di un’attività di predicazione porta a porta e contenente nomi, indirizzi e altre informazioni riguardanti le persone contattate porta a porta, dal momento che tali dati sono strutturati secondo criteri specifici che consentono, in pratica, di recuperarli facilmente per un successivo impiego. Affinché detto insieme rientri in tale nozione, non è necessario che esso comprenda schedari, elenchi specifici o altri sistemi di ricerca. Su queste premesse, i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto che anche i trattamenti di dati personali effettuati nell’ambito dell’attività di predicazione porta a porta debbano rispettare le norme del diritto dell’Unione in materia di protezione dei dati personali. Con riguardo alla diversa, ma strettamente correlata, questione

relativa a chi possa essere considerato responsabile del trattamento dei dati personali, la Corte ha ricordato che la nozione di “responsabile del trattamento” può riguardare più soggetti che partecipano al trattamento, ognuno dei quali deve essere pertanto assoggettato alle norme del diritto dell’Unione in materia di protezione dei dati personali. Nel caso di specie risultava chiaro che la comunità dei testimoni di Geova, organizzando, coordinando e promuovendo l’attività di predicazione dei suoi membri, avesse partecipato, insieme ai suoi membri predicatori, a determinare le finalità e i mezzi del trattamento dei dati personali delle persone contattate porta a porta. Partendo da queste constatazioni, la Corte ha ritenuto che il diritto dell’Unione in materia di protezione dei dati personali consenta di considerare una comunità religiosa, congiuntamente ai suoi membri predicatori, quale responsabile del trattamento dei dati personali effettuato da questi ultimi nell’ambito di un’attività di predicazione porta a porta organizzata, coordinata e incoraggiata da tale comunità, senza che sia necessario che detta comunità abbia accesso a tali dati o che si debba dimostrare che essa abbia fornito ai propri membri istruzioni scritte o incarichi relativamente a tali trattamenti.

Sul versante fiscale e in ordine alla esatta definizione dalla nozione di “aiuto di Stato”, un rilievo particolare ha assunto, poi, la sentenza 06 novembre 2018, (causa C-622-623/16). In essa la Corte di Giustizia dell’Unione Europea ha stabilito che lo Stato italiano deve recuperare gli aiuti illegali concessi sulla base dell’esenzione dall’ICI, annullando la decisione della Commissione del 2012 e la sentenza del Tribunale UE del 2016, che avevano sancito l’impossibilità di recupero dell’aiuto nei confronti degli enti non commerciali, come scuole, cliniche e alberghi “a causa di difficoltà organizzative”. I giudici di Lussemburgo hanno infatti ritenuto che tali circostanze costituiscano mere “difficoltà interne” all’Italia, esclusivamente ad essa imputabili e non idonee a giustificare l’emanazione di una decisione di non recupero. La Commissione europea avrebbe dovuto esaminare nel dettaglio l’esistenza di modalità alternative volte a consentire il recupero, anche soltanto parziale, delle somme; i ricorrenti erano situati in prossimità immediata di enti ecclesiastici o religiosi che esercitavano attività analoghe e quindi l’esenzione ICI li poneva in una situazione concorrenziale sfavorevole e falsata. La Corte di giustizia ha ritenuto legittime, invece, le esenzioni dall’IMU, in quanto con quest’ultima imposta l’esenzione è stata limitata ai soli locali dedicati al culto, mentre l’imposta è dovuta sul resto del fabbricato.

Con l’ordinanza 16 novembre 2018, n. 207, infine, la Corte Costituzionale ha rinviato all’udienza pubblica del 24 settembre 2019 la trattazione della questione di legittimità costituzionale dell’art. 580 c.p. sollevata nell’ambito della cd. “vicenda Cappato”. Secondo i giudici del palazzo della Consulta, infatti, laddove, come nel caso di specie, la soluzione del quesito di legittimità costituzionale coinvolga l’incrocio di valori di primario rilievo, il cui compiuto bilanciamento presuppone, in via diretta ed immediata, scelte che anzitutto il legislatore è abilitato a compiere, la Corte reputa doveroso – in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale – consentire al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa, così da evitare, per un verso, che una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, ma al tempo stesso scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch’essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale.

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza 18 settembre 2018

Affaire Lachiri c. Belgique

Abstract

Ad una cittadina belga di fede musulmana viene impedito l'accesso in aula giudiziaria perché si rifiuta di togliere il velo, invocando l'applicazione dell'art. 759 del Codice giudiziario. La Corte ricorda che è una libera cittadina e non le si può chiedere di avere il dovere di discrezione imposto ai dipendenti pubblici cui la norma applicata dai giudici ordinari si riferisce. In breve, la sentenza interpreta che c'è stata "una limitazione all'esercizio del diritto di manifestare la propria religione", qualcosa che "non è giustificato in una società democratica". I giudici di Strasburgo ritengono che lo Stato belga, adottando questo divieto, affermi una pratica considerata incompatibile nella sua società con la comunicazione interpersonale e con la costruzione di relazioni umane, indispensabili per la vita collettiva. La dissenting opinion, invece, rimarca la natura neutrale dell'aula di tribunale che non è paragonabile ad un comune spazio pubblico dove il cittadino può liberamente esprimere la sua opzione religiosa attraverso l'uso dei simboli, e conclude negando l'esistenza di una violazione dell'art. 9 CEDU.

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

7. La requérante est née en 1986 et réside à Koekelberg.

8. Elle se constitua partie civile avec plusieurs autres membres de sa famille dans une affaire de crime passionnel dans laquelle son frère fut tué.

(...)

11. Dans ce cadre, le 20 juin 2007, la requérante, de confession musulmane, se rendit à l'audience de la chambre des mises en accusation vêtue d'un foulard islamique ou hijab.

12. Au moment de faire entrer les parties, l'huissier d'audience s'adressa à la requérante au nom de la présidente de chambre en lui signifiant que si elle n'enlevait pas son foulard, elle ne pourrait pas entrer dans la salle d'audience.

(...)

14. La requérante refusa d'obtempérer et fit défaut à l'audience.

(...)

17. La requérante et les autres parties civiles se pourvurent en cassation contre cet arrêt. A l'appui de leurs pourvois, les demandeurs se plaignaient de l'application qui avait été faite en l'espèce de l'article 759 du code judiciaire (voir paragraphe 22, ci-dessous), soutenant que, à défaut de comportement irrespectueux ou perturbateur, les circonstances ne justifiaient pas l'application de cette disposition. La décision prise était imprévisible et source d'insécurité juridique étant donné qu'elle n'avait jamais été invoquée dans le ressort de la cour d'appel de Bruxelles pour inviter « une religieuse catholique, un juif portant la kippa ou un sikh muni de son turban » à les enlever ni une femme musulmane à ôter son foulard (...) En violation des articles 6 § 1 et 9 de la Convention, 14 et 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et 10 et 19 de la Constitution, l'arrêt attaqué n'avait pas garanti le respect de l'égalité des citoyens devant la loi et l'impartialité des cours et

tribunaux qui imposent que « tous les justiciables soient autorisés à fréquenter les salles d'audience des cours et tribunaux, à quelque titre que ce soit, en étant porteur de leur vêtement traditionnel ou conforme à leur religion ou leur conviction philosophique, tant que leurs attitudes et leurs comportements sont respectueux des juges et ne perturbent pas l'audience.

(...)

20. Les parties civiles introduisirent un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel. Aux termes d'un moyen unique en cassation, elles se plaignaient que l'arrêt de la cour d'appel n'avait pas tenu compte de la demande chiffrée pourtant formulées devant elle par les parties civiles à l'audience.

21. Le pourvoi fut rejeté par la Cour de cassation par un arrêt du 24 novembre 2010 au motif que le pourvoi avait été déposé hors délai.

EN DROIT

SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 9 DE LA CONVENTION

23. La requérante se plaint que son exclusion de la salle d'audience en raison de son refus d'ôter son voile a porté atteinte à sa liberté d'exprimer sa religion en violation de l'article 9 de la Convention, (...)

B. Sur le fond

1. Thèses des parties

25. La requérante explique que l'article 759 du code judiciaire assimile le fait d'être couvert dans une salle d'audience à une marque d'irrespect à l'égard du juge. La philosophie de cette disposition a été confirmée par la ministre de la Justice en 2007 dans le cadre d'un débat parlementaire. À ce titre, la dite disposition a été invoquée par des magistrats pour inviter des hommes à retirer leur chapeau ou des jeunes à enlever leur casquette, leur bonnet ou leur casque dans une salle d'audience des cours et tribunaux. Toutefois, alors qu'aucun magistrat n'invite les religieuses catholiques portant leur voile, les juifs portant la kippa ou les sikh munis de leur turban, à les enlever, de nombreux magistrats obligent les justiciables ou les personnes présentes dans la salle d'audience à enlever leur hijab ou à quitter la salle en s'appuyant sur l'article 759 du code judiciaire.

26. La requérante soutient qu'elle est une simple citoyenne et qu'elle n'est donc pas soumise, en raison d'un statut officiel à une obligation de discrétion dans l'expression publique de ses convictions religieuses. Les salles d'audience sont des lieux publics ouverts à tous. La requérante conclut en soulignant que le port du voile ne consiste à l'évidence pas en un manque de respect à l'égard des magistrats, et que s'il est certes vrai que l'article 759 du code judiciaire ne constitue pas en soi une violation de l'article 9, il n'est pas conforme à cette disposition qu'un magistrat puisse l'invoquer pour exclure un justiciable portant, dans la dignité et le respect ainsi que le souci d'être identifiable, un insigne de ses convictions religieuses.

27. Le Gouvernement fait valoir que l'article 759 du code judiciaire règle la police des audiences et qu'elle ne constitue pas en soi une violation de l'article 9 de la Convention, de sorte que son application au cas par cas ne peut être considérée comme étant problématique.

2. Observations du tiers-intervenant

28. Le Centre des droits de l'homme de l'Université de Gand explique que l'article 759 de l'actuel code judiciaire a été repris de l'ancien code judiciaire adopté au dix-neuvième siècle, à une époque où la pratique voulait qu'on ôte tout couvre-chef pour entrer dans une église ou une maison par exemple, en signe de respect et de reconnaissance de l'autorité de l'institution ou de la personne.

(...)

30. Le tiers-intervenant fait valoir qu'en tout état de cause l'objectif consistant à maintenir l'ordre dans la salle d'audience n'est pas poursuivi quand ladite disposition est appliquée pour exiger d'une personne qu'elle ôte son couvre-chef religieux en dehors de tout comportement perturbateur, sauf à considérer que le port d'un couvre-chef religieux est en soi irrespectueux. Dans cette mesure, il peut être argumenté qu'une restriction fondée sur l'article 759 du code judiciaire, mais sans que l'intéressé adopte un comportement perturbateur, n'est pas « prévue par la loi » au sens de l'article 9 § 2 de la Convention.

3. Appréciation de la Cour

a) Sur l'existence d'une « restriction » au sens de l'article 9 § 2

(...)

c) But légitime

37. La Cour remarque qu'à la différence de la plupart des affaires mettant en cause une restriction au port d'un symbole religieux, en l'espèce, le gouvernement défendeur ne soutient pas que la restriction litigieuse se serait inscrite dans le cadre de la sauvegarde des valeurs laïques et démocratiques liée au but légitime de la protection des droits et libertés d'autrui.

(...)

44. Dans son évaluation des circonstances de l'affaire, la Cour relève ensuite que la requérante est une simple citoyenne: elle n'est pas représentante de l'État dans l'exercice d'une fonction publique et ne peut donc être soumise, en raison d'un statut officiel, à une obligation de discrétion dans l'expression publique de ses convictions religieuses (Ahmet Arslan et autres, précité, § 48, et Hamidovi, précité, § 40, et références citées).

45. (...) Un tribunal est en effet un établissement « public » dans lequel le respect de la neutralité à l'égard des croyances peut primer sur le libre exercice du droit de manifester sa religion, à l'instar des établissements d'enseignement publics (voir, notamment, Leyla ahin, précité).

(...)

47. Eu égard à ce qui précède, la Cour estime que la nécessité de la restriction litigieuse ne se trouve pas établie et que l'atteinte portée au droit de la requérante à la liberté de manifester sa religion n'était pas justifiée dans une société démocratique.

48. Partant, il y a eu violation de l'article 9 de la Convention.

(...)

OPINION CONCORDANTE COMMUNE DES JUGES VUČINIĆ ET GRITCO

(...)

6. Cela étant dit, nous ne pouvons néanmoins nous rallier à la décision de la majorité de ne pas trancher la question de savoir si l'interprétation et l'application par les magistrats belges des dispositions litigieuses de l'article 759 du code judiciaire répondaient effectivement aux exigences de prévisibilité et ne créaient pas en réalité une situation d'incertitude et d'insécurité juridique (voir paragraphes 35-36 de l'arrêt).

(...)

8. En outre, compte tenu de l'absence de consensus entre les États membres quant aux règles régissant le port par les particuliers de symboles religieux dans les salles d'audience (pour plus de détails à cet égard, voir l'opinion dissidente du juge Ranzoni dans l'affaire *Hamidovi c. Bosnie-Herzégovine*, no 57792/15, 5 décembre 2017), nous partageons le point de vue du Gouvernement selon lequel l'article 759 du code judiciaire règle la police des audiences et que son application ne constitue pas en soi une violation de l'article 9 de la Convention (voir paragraphe 27 de l'arrêt).

(...)

13. Eu égard à ce qui précède, on ne peut que conclure que la restriction litigieuse a été imposée à la requérante à la suite d'une interprétation et d'une application par les juridictions compétentes de l'article 759 du code judiciaire qui ne remplissaient pas la condition de « prévisibilité ». C'est la raison pour laquelle nous avons voté pour la violation de l'article 9 de la Convention.

14. Dans ce contexte, nous estimons que, en l'espèce, il n'était pas nécessaire de continuer l'examen des griefs de la requérante afin de déterminer si l'ingérence litigieuse poursuivait un « but légitime » et était « nécessaire dans une société démocratique ».

15. En d'autres termes, nous sommes d'avis que l'analyse de la Cour aurait dû être arrêtée après l'examen de la question de savoir si la mesure en cause était « prévue par la loi », comme la Cour l'a déjà fait à maintes reprises dans le cadre d'une jurisprudence constante à cet égard.

OPINION DISSIDENTE DE LA JUGE MOUROU-VIKSTRÖM

(...)

9. Il s'agit du support juridique ayant justifié l'exclusion de la salle d'audience, et il est à ce titre particulièrement important de l'analyser.

10. Adopté en 1967 et reprenant des dispositions antérieures du code de procédure civile, il est ainsi rédigé : « celui qui assiste aux audiences se tient découvert, dans le respect et le silence; tout ce que le juge ordonne pour le maintien de l'ordre est exécuté ponctuellement et à l'instant ».

11. Cet article n'a bien entendu pas pour vocation initiale à s'appliquer spécifiquement à des couvre-chefs marquant une appartenance religieuse, mais est destiné à imposer à tous les justiciables une marque de déférence envers le tribunal et l'autorité qu'il représente.

(...)

14. Si la dimension religieuse n'apparaît pas de prime abord et n'est pas même abordée par les juridictions nationales, elle est bien présente dans la position adoptée – du moins devant la Cour de cassation – par la requérante, qui perçoit l'interdiction dont elle a fait l'objet comme une atteinte à sa liberté de manifester ses

convictions religieuses.

(...)

19. La Présidente a de surcroît agi en vertu de son pouvoir de police qui lui donnait la maîtrise souveraine et personnelle de la bonne tenue de l'audience. Si elle jouit à ce titre de prérogatives qui nécessitent parfois une appréciation du contexte, tel n'était pas le cas en l'espèce. Seul l'application d'un texte objectif l'a conduite à prendre la décision d'exclusion, alors qu'elle n'était liée ni par l'application à l'évidence non homogène de ce texte par ses collègues magistrats, ni par le contexte historique ayant prévalu lors de l'adoption du texte.

(...)

33. En revanche, comme la majorité l'a, à juste titre, relevé dans la présente affaire, un tribunal ne peut pas être assimilé à un espace public comme un autre. Si les prétoires sont en effet librement accessibles au public et si quiconque peut en principe assister à une audience, les lieux où la justice est rendue ne sont pas assimilables, du point de vue des codes vestimentaires, à une voie ou une place publique. Par ailleurs, une distinction doit être établie selon le statut de la personne physiquement présente au sein d'une juridiction. Son statut est de nature à renforcer son obligation de discrétion dans l'expression, notamment vestimentaire, de ses croyances religieuses.

(...)

35. La protection de l'ordre, justification qui au terme de la Convention permet de restreindre la liberté religieuse, ne doit pas s'entendre dans la présente affaire comme la prévention du désordre, mais bien comme un élément du bon fonctionnement des institutions de l'État garanti par une application uniforme des lois et règlements.

36. Un tribunal est en effet « un établissement public dans lequel le respect de la neutralité à l'égard des croyances peut primer sur le libre exercice du droit de manifester sa religion, à l'instar des établissements d'enseignement publics » (Leyla Ahin c. Turquie [GC], no 44774/ CEDH 2005-XI).

Corte di Giustizia di Lussemburgo, Sentenza nella causa C-25/17

Tietosuojavaluutettu/Jehovan todistajat – uskonnollinen yhdyskunta

Abstract

Una comunità religiosa, come quella dei testimoni di Geova, è responsabile, congiuntamente ai suoi membri predicatori, del trattamento dei dati personali raccolti nell'ambito di un'attività di predicazione porta a porta.

Contenuto in breve

La Corte di giustizia considera anzitutto che l'attività di predicazione porta a porta dei membri della comunità dei testimoni di Geova non rientra tra le eccezioni previste dal diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali. In particolare, tale attività non costituisce un'attività esclusivamente personale o domestica alla quale il diritto dell'Unione non si applica. La circostanza che l'attività di predicazione porta a porta sia tutelata dal diritto fondamentale alla libertà di coscienza e di religione, sancito all'articolo 10, paragrafo 1, della CEDU, non ha l'effetto di conferirle un carattere esclusivamente personale e domestico, poiché essa va oltre la sfera privata di un membro predicatore di una comunità religiosa. Nel caso di specie, dal momento che il trattamento di dati personali è effettuato in modo non automatizzato, la questione che si pone è se i dati trattati in tal modo siano contenuti o destinati a figurare in un archivio siffatto. Al riguardo, la Corte conclude che la nozione di «archivio» include ogni insieme di dati personali raccolti nell'ambito di un'attività di predicazione porta a porta. La Corte conclude che il diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali consente di considerare una comunità religiosa, congiuntamente ai suoi membri predicatori, quale responsabile del trattamento dei dati personali effettuato da questi ultimi nell'ambito di un'attività di predicazione porta a porta organizzata, coordinata e incoraggiata da tale comunità, senza che sia necessario che detta comunità abbia accesso a tali dati o che si debba dimostrare che essa ha fornito ai propri membri istruzioni scritte o incarichi relativamente a tali trattamenti.

Corte di Giustizia di Lussemburgo, Sentenza 06 novembre 2018, causa C-622-623/16

Abstract

La Corte annulla la decisione con cui la Commissione ha rinunciato a ordinare il recupero di aiuti illegali concessi dall'Italia sotto forma di esenzione dall'imposta comunale sugli immobili, ritenendo superabile l'argomento dell'impossibilità della prova. Da questo momento tutti gli enti non commerciali, sia quelli appartenenti a confessioni religiose riconosciute dallo Stato italiano sia quelli legati al mondo no profit, dai partiti alle associazioni sportive, subiranno gli effetti della sentenza emessa oggi dalla Corte di giustizia dell'Unione europea.

Contenuto in breve

La Corte di giustizia esamina per la prima volta la questione della ricevibilità – sulla base dell'articolo 263, quarto comma, terza parte di frase, TFUE – dei ricorsi diretti proposti dai concorrenti di beneficiari di un regime di aiuti di Stato contro una decisione della Commissione la quale dichiara che il regime nazionale considerato non costituisce un aiuto di Stato e che gli aiuti concessi in base a un regime illegale non possono essere recuperati. Quanto al merito della causa, la Corte ricorda che l'adozione dell'ordine di recupero di un aiuto illegale è la logica e normale conseguenza dell'accertamento della sua illegalità. È pur vero che la Commissione non può imporre il recupero dell'aiuto qualora ciò sia in contrasto con un principio generale del diritto dell'Unione, come quello secondo cui «*ad impossibilia nemo tenetur*». Nel caso di specie, quindi, la Commissione non poteva riscontrare l'impossibilità assoluta di recuperare gli aiuti illegali limitandosi a rilevare che era impossibile ottenere le informazioni necessarie per il recupero di tali aiuti attraverso le banche dati catastali e fiscali italiane, ma avrebbe dovuto anche esaminare se esistessero modalità alternative che consentissero un recupero, anche solo parziale, di tali aiuti. In mancanza di un'analisi siffatta, la Commissione non ha dimostrato l'impossibilità assoluta di recupero dell'ICI. Per tale ragione, la Corte annulla la sentenza del Tribunale nella parte in cui esso ha convalidato la decisione della Commissione di non ordinare il recupero dell'aiuto illegale concesso con l'esenzione dall'ICI e annulla, di conseguenza, la decisione della Commissione.

La Corte ritiene, inoltre, che il Tribunale non abbia commesso errori di diritto dichiarando che l'esenzione dall'IMU, che non si estendeva ai servizi didattici forniti dietro remunerazione, non si applicava ad attività economiche e non poteva pertanto essere considerata un aiuto di Stato. A tale riguardo, la Corte richiama la propria giurisprudenza secondo cui le esenzioni fiscali in materia immobiliare possono costituire aiuti di Stato vietati se e nei limiti in cui le attività svolte nei locali in questione siano attività economiche e non legate al culto.

Corte costituzionale, ordinanza 16 novembre 2018, n. 207

[Omissis]

Considerato in diritto

1.– La Corte d'assise di Milano dubita della legittimità costituzionale dell'art. 580 del codice penale, che prevede il reato di istigazione o aiuto al suicidio, sotto due distinti profili.

Da un lato, pone in discussione il perimetro applicativo della disposizione censurata, lamentando che essa incrimini anche le condotte di aiuto al suicidio che non abbiano contribuito a determinare o a rafforzare il proposito della vittima. Dall'altro, contesta il trattamento sanzionatorio riservato a tali condotte, dolendosi del fatto che esse siano punite con la medesima, severa pena prevista per le più gravi condotte di istigazione.

Il giudice a quo non pone alcun rapporto di subordinazione espressa tra le questioni. Esso è, però, in re ipsa. Appare, infatti, evidente che le censure relative alla misura della pena hanno un senso solo in quanto le condotte avute di mira restino penalmente rilevanti: il che presuppone il mancato accoglimento delle questioni intese a ridefinire i confini applicativi della fattispecie criminosa.

2.– Ciò puntualizzato, le eccezioni di inammissibilità formulate dal Presidente del Consiglio dei ministri non sono fondate.

Contrariamente a quanto sostenuto dall'Avvocatura generale dello Stato, la circostanza che il giudice a quo abbia già escluso che, nella specie, il comportamento dell'imputato sia valso a rafforzare il proposito di suicidio della vittima non rende le questioni irrilevanti. Queste ultime poggiano, infatti, sulla premessa ermeneutica che l'agevolazione del suicidio sia repressa anche se non influente sul percorso deliberativo del soggetto passivo e mira proprio a denunciare l'illegittimità costituzionale di una simile disciplina. Si tratta, a ben vedere, di una premessa corretta. La soluzione interpretativa di segno inverso risulterebbe, in effetti, in contrasto con la lettera della disposizione, poiché si tradurrebbe in una *interpretatio abrogans*. Nel momento stesso in cui si ritenesse che la condotta di agevolazione sia punibile solo se generativa o rafforzativa dell'intento suicida, si priverebbe totalmente di significato la previsione – ad opera della norma censurata – dell'ipotesi dell'aiuto al suicidio, come fattispecie alternativa e autonoma («ovvero») rispetto a quella dell'istigazione.

Ciò è sufficiente ad escludere che possa ritenersi fondata l'ulteriore eccezione formulata dall'Avvocatura generale dello Stato, di inammissibilità delle questioni perché finalizzate a conseguire un avallo interpretativo e non precedute dal doveroso tentativo di interpretazione conforme a Costituzione della disposizione denunciata. Come affermato più volte da questa Corte, l'onere di interpretazione conforme viene meno, lasciando il passo all'incidente di costituzionalità, allorché il tenore letterale della disposizione non consenta tale interpretazione (ex plurimis, sentenze n. 268 e n. 83 del 2017, n. 241 e n. 36 del 2016, n. 219 del 2008). In quest'ottica, non influisce, dunque, sull'ammissibilità delle questioni la circostanza che il presupposto ermeneutico su cui esse poggiano risulti recepito, per affermazione della stessa Corte rimettente, in un'unica pronuncia resa da una sezione semplice della Corte di

cassazione (la sola in argomento: Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza 6 febbraio-12 marzo 1998, n. 3147); pronuncia che, proprio perché isolata, non sarebbe di per sé idonea a determinare – contrariamente a quanto ritiene il giudice a quo – la formazione di un “diritto vivente” (ex plurimis, sentenze n. 223 del 2013 e n. 258 del 2012, ordinanza n. 139 del 2011).

3.– Ugualmente infondata – in rapporto al *petitum* del giudice a quo – è la conclusiva eccezione dell’Avvocatura generale dello Stato, di inammissibilità delle questioni per avere la Corte rimettente richiesto una pronuncia manipolativa in materia rimessa alla discrezionalità del legislatore – come quella dell’individuazione dei fatti da sottoporre a pena – in assenza di una soluzione costituzionalmente obbligata.

Al riguardo, va osservato che il giudice a quo chiede, in via principale, a questa Corte di rendere penalmente irrilevante l’agevolazione dell’altrui suicidio che non abbia inciso sulla decisione della vittima, a prescindere da ogni riferimento alle condizioni personali del soggetto passivo e alle ragioni del suo gesto: il che equivarrebbe, nella sostanza, a rimuovere la fattispecie criminosa dell’aiuto al suicidio, facendola ricadere integralmente in quella dell’istigazione. Di là dalla formulazione letterale del *petitum*, la Corte d’assise milanese invoca, dunque, una pronuncia a carattere meramente ablativo: pronuncia che, nella prospettiva della rimettente, rappresenterebbe una conseguenza automatica della linea argomentativa posta a base delle censure, senza implicare alcun intervento “creativo”. Ad avviso del giudice a quo, infatti, gli artt. 2, 13, primo comma, e 117 della Costituzione, in riferimento agli artt. 2 e 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, attribuirebbero a ciascuna persona la libertà di scegliere quando e come porre fine alla propria vita: ottica nella quale l’aiuto al suicidio prestato in favore di chi si sia autonomamente determinato nell’esercizio di tale libertà costituzionale si tradurrebbe, in ogni caso, in una condotta inoffensiva.

4.– Nel merito, la tesi della Corte rimettente, nella sua assolutezza, non può essere condivisa. Analogamente a quanto avviene nelle altre legislazioni contemporanee, anche il nostro ordinamento non punisce il suicidio, neppure quando sarebbe materialmente possibile, ossia nel caso di tentato suicidio. Punisce, però, severamente (con la reclusione da cinque a dodici anni) chi concorre nel suicidio altrui, tanto nella forma del concorso morale, vale a dire determinando o rafforzando in altri il proposito suicida, quanto nella forma del concorso materiale, ossia agevolandone «in qualsiasi modo» l’esecuzione. Ciò, sempre che il suicidio abbia luogo o che, quantomeno, dal tentato suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima (nel qual caso è prevista una pena minore).

Il legislatore penale intende dunque, nella sostanza, proteggere il soggetto da decisioni in suo danno: non ritenendo, tuttavia, di poter colpire direttamente l’interessato, gli crea intorno una “cintura protettiva”, inibendo ai terzi di cooperare in qualsiasi modo con lui.

Questo assetto non può ritenersi contrastante, di per sé, con i parametri evocati.

5.– Non è pertinente, anzitutto, il riferimento del rimettente al diritto alla vita, riconosciuto implicitamente – come «primo dei diritti inviolabili dell’uomo» (sentenza n. 223 del 1996), in quanto presupposto per l’esercizio di tutti gli altri – dall’art. 2 Cost. (sentenza n. 35 del 1997), nonché, in modo esplicito, dall’art. 2 CEDU.

Dall’art. 2 Cost. – non diversamente che dall’art. 2 CEDU – discende il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo: non quello – diametralmente oppo-

sto – di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire.

Che dal diritto alla vita, garantito dall'art. 2 CEDU, non possa derivare il diritto di rinunciare a vivere, e dunque un vero e proprio diritto a morire, è stato, del resto, da tempo affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, proprio in relazione alla tematica dell'aiuto al suicidio (sentenza 29 aprile 2002, *Pretty* contro Regno Unito).

6.– Neppure, d'altro canto – contrariamente a quanto sostenuto dal giudice a quo – è possibile desumere la generale inoffensività dell'aiuto al suicidio da un generico diritto all'autodeterminazione individuale, riferibile anche al bene della vita, che il rimettente fa discendere dagli artt. 2 e 13, primo comma, Cost.

In senso contrario, va infatti rilevato come non possa dubitarsi che l'art. 580 cod. pen. – anche nella parte in cui sottopone a pena la cooperazione materiale al suicidio – sia funzionale alla protezione di interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento.

È ben vero quanto rileva il giudice a quo, e cioè che il legislatore del 1930, mediante la norma incriminatrice in esame (peraltro già presente nel previgente codice penale del 1889: art. 370), intendeva tutelare la vita umana intesa come bene indisponibile, anche in funzione dell'interesse che la collettività riponeva nella conservazione della vita dei propri cittadini. Ma è anche vero che non è affatto arduo cogliere, oggi, la ratio di tutela di una norma quale l'art. 580 cod. pen. alla luce del mutato quadro costituzionale, che guarda alla persona umana come a un valore in sé, e non come a un semplice mezzo per il soddisfacimento di interessi collettivi. L'incriminazione dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio – rinvenibile anche in numerosi altri ordinamenti contemporanei – è, in effetti, funzionale alla tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio. Essa assolve allo scopo, di perdurante attualità, di tutelare le persone che attraversano difficoltà e sofferenze, anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere.

La circostanza, del tutto comprensibile e rispondente ad una opzione da tempo universalmente radicata, che l'ordinamento non sanziona chi abbia tentato di porre fine alla propria vita non rende affatto incoerente la scelta di punire chi cooperi materialmente alla dissoluzione della vita altrui, coadiuvando il suicida nell'attuazione del suo proposito. Condotta, questa, che – diversamente dalla prima – fuoriesce dalla sfera personale di chi la compie, innescando una relatio ad alteros di fronte alla quale viene in rilievo, nella sua pienezza, l'esigenza di rispetto del bene della vita.

Il divieto in parola conserva una propria evidente ragion d'essere anche, se non soprattutto, nei confronti delle persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine, le quali potrebbero essere facilmente indotte a congedarsi prematuramente dalla vita, qualora l'ordinamento consentisse a chiunque di cooperare anche soltanto all'esecuzione di una loro scelta suicida, magari per ragioni di personale tornaconto. Al legislatore penale non può ritenersi inibito, dunque, vietare condotte che spianino la strada a scelte suicide, in nome di una concezione astratta dell'autonomia individuale che ignora le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite. Anzi, è compito della Repubblica porre in essere politiche pubbliche volte a sostenere chi versa in simili situazioni di fragilità, rimuovendo, in tal modo, gli ostacoli che impediscano il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, secondo comma, Cost.).

7.– Le medesime considerazioni ora svolte valgono, altresì, ad escludere che la norma censurata si ponga, sempre e comunque sia, in contrasto con l'art. 8 CEDU, il quale sancisce il diritto di ciascun individuo al rispetto della propria vita privata.

Nel menzionato caso *Pretty contro Regno Unito*, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha, in effetti, dichiarato che il divieto, penalmente sanzionato, di assistere altri nel suicidio costituisce un'interferenza con il diritto in questione: diritto che comporta in linea di principio – e salvo il suo necessario bilanciamento con interessi e diritti contrapposti, di cui si dirà poco oltre – il riconoscimento all'individuo di una sfera di autonomia nelle decisioni che coinvolgono il proprio corpo, e che è a sua volta un aspetto del più generale diritto al libero sviluppo della propria persona. Tale affermazione è stata ulteriormente esplicitata dalla Corte in plurime occasioni successive, nelle quali i giudici di Strasburgo hanno affermato – ancora in riferimento a casi in cui i ricorrenti si dovevano di altrettanti ostacoli frapposti dallo Stato resistente al proprio diritto di ottenere un aiuto a morire a traverso la somministrazione di farmaci letali – che il diritto di ciascuno di decidere come e in quale momento debba avere fine la propria vita, sempre che si tratti di persona capace di prendere una decisione libera e di agire in conformità a tale decisione, è uno degli aspetti del diritto alla vita privata riconosciuto dall'art. 8 CEDU (Corte EDU, sentenza 20 gennaio 2011, *Haas contro Svizzera*; nello stesso senso, sentenza 19 luglio 2012, *Koch contro Germania*, e sentenza 14 maggio 2013, *Gross contro Svizzera*).

In forza del paragrafo 2 dello stesso art. 8, una interferenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto è possibile solo se prevista dalla legge e necessaria, «in una società democratica», per gli scopi ivi indicati, tra i quali rientra «la protezione dei diritti e delle libertà altrui». Per consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo, il concetto di necessità implica, altresì, che l'interferenza debba risultare proporzionata al legittimo scopo perseguito.

A questo riguardo, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha, peraltro, riconosciuto agli Stati un ampio margine di apprezzamento, sottolineando a più riprese come incriminazioni generali dell'aiuto al suicidio siano presenti nella gran parte delle legislazioni degli Stati membri del Consiglio d'Europa (Corte EDU, sentenza 29 aprile 2002, *Pretty contro Regno Unito*; sentenza 20 gennaio 2011, *Haas contro Svizzera*; sentenza 19 luglio 2012, *Koch contro Germania*). E la ragione atta a giustificare, agli effetti dell'art. 8, paragrafo 2, CEDU, simili incriminazioni è stata colta proprio nella finalità – ascrivibile anche alla norma qui sottoposta a scrutinio – di protezione delle persone deboli e vulnerabili (Corte EDU, sentenza 29 aprile 2002, *Pretty contro Regno Unito*).

8.– Da quanto sinora osservato deriva, dunque, che l'incriminazione dell'aiuto al suicidio non può essere ritenuta incompatibile con la Costituzione.

Occorre, tuttavia, considerare specificamente situazioni come quella oggetto del giudizio a quo: situazioni inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta, ma portate sotto la sua sfera applicativa dagli sviluppi della scienza medica e della tecnologia, spesso capaci di strappare alla morte pazienti in condizioni estremamente compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali. Il riferimento è, più in particolare, alle ipotesi in cui il soggetto agevolato si identifichi in una persona (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli.

Si tratta, infatti, di ipotesi nelle quali l'assistenza di terzi nel porre fine alla sua

vita può presentarsi al malato come l'unica via d'uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare in base all'art. 32, secondo comma, Cost. Parametro, questo, non evocato nel dispositivo nell'ordinanza di rimessione, ma più volte richiamato in motivazione.

Paradigmatica, al riguardo, la vicenda oggetto del giudizio principale, relativa a persona che, a seguito di grave incidente stradale, era rimasta priva della vista e tetraplegica, non più autonoma nella respirazione (necessitando dell'ausilio, pur periodico, di un respiratore inserito in un foro della trachea), nell'alimentazione (essendo nutrita in via intraparietale) e nell'evacuazione: conservando, però, intatte le capacità intellettive e la sensibilità al dolore. Alle sofferenze psicologiche indotte dalla drammatica condizione di cecità e di totale immobilità si accompagnavano così quelle fisiche, particolarmente acute, prodotte dagli spasmi e dalle contrazioni da cui il soggetto era quotidianamente percorso. Condizione, questa, risultata refrattaria a ogni tentativo di cura, anche sperimentale ed effettuata persino fuori dai confini nazionali.

In simili casi, la decisione di lasciarsi morire potrebbe essere già presa dal malato, sulla base della legislazione vigente, con effetti vincolanti nei confronti dei terzi, a mezzo della richiesta di interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in atto e di contestuale sottoposizione a sedazione profonda continua. Ciò, segnatamente in forza della recente legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento): legge che si autodichiara finalizzata alla tutela del diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona, nel rispetto dei principi di cui agli artt. 2, 13 e 32 Cost. e degli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 1, comma 1).

La disciplina da essa recata, successiva ai fatti oggetto del giudizio principale, recepisce e sviluppa, nella sostanza, le conclusioni alle quali era già pervenuta all'epoca la giurisprudenza ordinaria – in particolare a seguito delle sentenze sui casi Welby (Tribunale ordinario di Roma, 17 ottobre 2007, n. 2049) ed Englaro (Corte di cassazione, sezione prima civile, 16 ottobre 2007, n. 21748) – nonché le indicazioni di questa Corte riguardo al valore costituzionale del principio del consenso informato del paziente al trattamento sanitario proposto dal medico: principio qualificabile come «vero e proprio diritto della persona», che «trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che “la libertà personale è inviolabile”, e che “nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”» (sentenza n. 438 del 2008), svolgendo, in pratica, una «funzione di sintesi» tra il diritto all'autodeterminazione e quello alla salute (sentenza n. 253 del 2009).

In quest'ottica, la citata legge n. 219 del 2017 riconosce ad ogni persona «capace di agire» il diritto di rifiutare o interrompere qualsiasi trattamento sanitario, ancorché necessario alla propria sopravvivenza, comprendendo espressamente nella relativa nozione anche i trattamenti di idratazione e nutrizione artificiale (art. 1, comma 5). L'esercizio di tale diritto viene, peraltro, inquadrato nel contesto della «relazione di cura e di fiducia» – la cosiddetta alleanza terapeutica – tra paziente e medico, che la legge mira a promuovere e valorizzare: relazione «che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico», e che coinvolge, «se il paziente lo desidera, anche i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente

ovvero una persona di fiducia del paziente medesimo» (art. 1, comma 2). È in particolare previsto che, ove il paziente manifesti l'intento di rifiutare o interrompere trattamenti necessari alla propria sopravvivenza, il medico debba prospettare a lui e, se vi acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze della sua decisione e le possibili alternative, e promuovere «ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica». Ciò, ferma restando la possibilità per il paziente di modificare in qualsiasi momento la propria volontà (art. 1, comma 5). In ogni caso, il medico «è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo», rimanendo, «in conseguenza di ciò, [...] esente da responsabilità civile o penale» (art. 1, comma 6).

Integrando le previsioni della legge 15 marzo 2010, n. 38 (Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore) – che tutela e garantisce l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore da parte del paziente, inserendole nell'ambito dei livelli essenziali di assistenza – la legge n. 219 del 2017 prevede che la richiesta di sospensione dei trattamenti sanitari possa essere associata alla richiesta di terapie palliative, allo scopo di alleviare le sofferenze del paziente (art. 2, comma 1). Lo stesso art. 2 stabilisce inoltre, al comma 2, che il medico possa, con il consenso del paziente, ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, per fronteggiare sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari. Tale disposizione non può non riferirsi anche alle sofferenze provocate al paziente dal suo legittimo rifiuto di trattamenti di sostegno vitale, quali la ventilazione, l'idratazione o l'alimentazione artificiali: scelta che innesca un processo di indebolimento delle funzioni organiche il cui esito – non necessariamente rapido – è la morte.

9.– La legislazione oggi in vigore non consente, invece, al medico che ne sia richiesto di mettere a disposizione del paziente che versa nelle condizioni sopra descritte trattamenti diretti, non già ad eliminare le sue sofferenze, ma a determinarne la morte.

In tal modo, si costringe il paziente a subire un processo più lento, in ipotesi meno corrispondente alla propria visione della dignità nel morire e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care.

Secondo quanto ampiamente dedotto dalla parte costituita, nel caso oggetto del giudizio a quo l'interessato richiese l'assistenza al suicidio, scartando la soluzione dell'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale con contestuale sottoposizione a sedazione profonda (soluzione che pure gli era stata prospettata), proprio perché quest'ultima non gli avrebbe assicurato una morte rapida. Non essendo egli, infatti, totalmente dipendente dal respiratore artificiale, la morte sarebbe sopravvenuta solo dopo un periodo di apprezzabile durata, quantificabile in alcuni giorni: modalità di porre fine alla propria esistenza che egli reputava non dignitosa e che i propri cari avrebbero dovuto condividere sul piano emotivo. Nelle ipotesi in esame vengono messe in discussione, d'altronde, le esigenze di tutela che negli altri casi giustificano la repressione penale dell'aiuto al suicidio.

Se, infatti, il cardinale rilievo del valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari – anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore) – non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – apprezz-

zato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale.

Quanto, poi, all'esigenza di proteggere le persone più vulnerabili, è ben vero che i malati irreversibili esposti a gravi sofferenze sono solitamente ascrivibili a tale categoria di soggetti. Ma è anche agevole osservare che, se chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall'ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione di tale trattamento, non si vede perché il medesimo soggetto debba essere ritenuto viceversa bisognoso di una ferrea e indiscriminata protezione contro la propria volontà quando si discuta della decisione di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri, quale alternativa reputata maggiormente dignitosa alla predetta interruzione.

Entro lo specifico ambito considerato, il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce, quindi, per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturite dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive (art. 3 Cost.: parametro, quest'ultimo, peraltro non evocato dal giudice a quo in rapporto alla questione principale, ma comunque sia rilevante quale fondamento della tutela della dignità umana).

10.– Al riscontrato *vulnus* ai principi sopra indicati, questa Corte ritiene, peraltro, di non poter porre rimedio, almeno allo stato, a traverso la mera estromissione dall'ambito applicativo della disposizione penale delle ipotesi in cui l'aiuto venga prestato nei confronti di soggetti che versino nelle condizioni appena descritte.

Una simile soluzione lascerebbe, infatti, del tutto priva di disciplina legale la prestazione di aiuto materiale ai pazienti in tali condizioni, in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale e rispetto al quale vanno con fermezza preclusi tutti i possibili abusi.

In assenza di una specifica disciplina della materia, più in particolare, qualsiasi soggetto – anche non esercente una professione sanitaria – potrebbe lecitamente offrire, a casa propria o a domicilio, per spirito filantropico o a pagamento, assistenza al suicidio a pazienti che lo desiderino, senza alcun controllo *ex ante* sull'effettiva sussistenza, ad esempio, della loro capacità di autodeterminarsi, del carattere libero e informato della scelta da essi espressa e dell'irreversibilità della patologia da cui sono affetti. Di tali possibili conseguenze della propria decisione questa Corte non può non farsi carico, anche allorché sia chiamata, come nel presente caso, a vagliare la incompatibilità con la Costituzione esclusivamente di una disposizione di carattere penale.

Una regolazione della materia, intesa ad evitare simili scenari, gravidi di pericoli per la vita di persone in situazione di vulnerabilità, è suscettibile peraltro di investire plurimi profili, ciascuno dei quali, a sua volta, variamente declinabile sulla base di scelte discrezionali: come, ad esempio, le modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto, la disciplina del relativo "processo medicalizzato", l'eventuale riserva esclusiva di somministrazione di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale, la possibilità di una obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto nella procedura.

D'altra parte, una disciplina delle condizioni di attuazione della decisione di taluni pazienti di liberarsi delle proprie sofferenze non solo attraverso una sedazione

profonda continua e correlativo rifiuto dei trattamenti di sostegno vitale, ma anche a traverso la somministrazione di un farmaco atto a provocare rapidamente la morte, potrebbe essere introdotta, anziché mediante una mera modifica della disposizione penale di cui all'art. 580 cod. pen., in questa sede censurata, inserendo la disciplina stessa nel contesto della legge n. 219 del 2017 e del suo spirito, in modo da inscrivere anche questa opzione nel quadro della «relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico», opportunamente valorizzata dall'art. 1 della legge medesima. Peraltro, l'eventuale collegamento della non punibilità al rispetto di una determinata procedura potrebbe far sorgere l'esigenza di introdurre una disciplina ad hoc per le vicende pregresse (come quella oggetto del giudizio a quo), che di tale non punibilità non potrebbero altrimenti beneficiare: anche qui con una varietà di soluzioni possibili.

Dovrebbe essere valutata, infine, l'esigenza di adottare opportune cautele affinché – anche nell'applicazione pratica della futura disciplina – l'opzione della somministrazione di farmaci in grado di provocare entro un breve lasso di tempo la morte del paziente non comporti il rischio di alcuna prematura rinuncia, da parte delle strutture sanitarie, a offrire sempre al paziente medesimo concrete possibilità di accedere a cure palliative diverse dalla sedazione profonda continua, ove idonee a eliminare la sua sofferenza – in accordo con l'impegno assunto dallo Stato con la citata legge n. 38 del 2010 – sì da porlo in condizione di vivere con intensità e in modo dignitoso la parte restante della propria esistenza. Il coinvolgimento in un percorso di cure palliative dovrebbe costituire, infatti, un pre-requisito della scelta, in seguito, di qualsiasi percorso alternativo da parte del paziente.

I delicati bilanciamenti ora indicati restano affidati, in linea di principio, al Parlamento, il compito naturale di questa Corte essendo quello di verificare la compatibilità di scelte già compiute dal legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità politica, con i limiti dettati dalle esigenze di rispetto dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali delle persone coinvolti.

11.– In situazioni analoghe a quella in esame, questa Corte ha, sino ad oggi, dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata, accompagnando la pronuncia con un monito al legislatore affinché provvedesse all'adozione della disciplina necessaria al fine di rimuovere il *vulnus* costituzionale riscontrato: pronuncia alla quale, nel caso in cui il monito fosse rimasto senza riscontro, ha fatto seguito, di norma, una declaratoria di illegittimità costituzionale (ad esempio: sentenza n. 23 del 2013 e successiva sentenza n. 45 del 2015).

Questa tecnica decisoria ha, tuttavia, l'effetto di lasciare in vita – e dunque esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non preventivabile – la normativa non conforme a Costituzione. La eventuale dichiarazione di incostituzionalità conseguente all'accertamento dell'inerzia legislativa presuppone, infatti, che venga sollevata una nuova questione di legittimità costituzionale, la quale può, peraltro, sopravvenire anche a notevole distanza di tempo dalla pronuncia della prima sentenza di inammissibilità, mentre nelle more la disciplina in discussione continua ad operare.

Un simile effetto non può considerarsi consentito nel caso in esame, per le sue peculiari caratteristiche e per la rilevanza dei valori da esso coinvolti.

Onde evitare che la norma possa trovare, in parte qua, applicazione medio tempore, lasciando però, pur sempre, al Parlamento la possibilità di assumere le necessarie decisioni rimesse in linea di principio alla sua discrezionalità – ferma restando l'esigenza di assicurare la tutela del malato nei limiti indicati dalla presente pronuncia – la Corte ritiene, dunque, di dover provvedere in diverso modo, facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale: ossia di disporre il rinvio

del giudizio in corso, fissando una nuova discussione delle questioni di legittimità costituzionale all'udienza del 24 settembre 2019, in esito alla quale potrà essere valutata l'eventuale sopravvenienza di una legge che regoli la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela. Rimarrà nel frattempo sospeso anche il giudizio a quo. Negli altri giudizi, spetterà ai giudici valutare se, alla luce di quanto indicato nella presente pronuncia, analoghe questioni di legittimità costituzionale della disposizione in esame debbano essere considerate rilevanti e non manifestamente infondate, così da evitare l'applicazione della disposizione stessa in parte qua. La soluzione ora adottata si fa carico, in definitiva, di preoccupazioni analoghe a quelle che hanno ispirato la Corte Suprema canadese, allorché ha dichiarato, nel 2015, l'illegittimità costituzionale di una disposizione penale analoga a quella ora sottoposta allo scrutinio, nella parte in cui tale disposizione proibiva l'assistenza medica al suicidio di una persona adulta capace che abbia chiaramente consentito a por fine alla propria vita, e che soffra di una patologia grave e incurabile che provoca sofferenze persistenti e intollerabili. In quell'occasione, i supremi giudici canadesi stabilirono di sospendere per dodici mesi l'efficacia della decisione stessa, proprio per dare l'opportunità al parlamento di elaborare una complessiva legislazione in materia, evitando la situazione di vuoto legislativo che si sarebbe creata in conseguenza della decisione (Corte Suprema del Canada, sentenza 6 febbraio 2015, *Carter contro Canada*, 2015, CSC 5).

Lo spirito della presente decisione è, d'altra parte, simigliante a quello della recente sentenza della Corte Suprema inglese in materia di assistenza al suicidio, in cui la maggioranza dei giudici ritenne «istituzionalmente inappropriato per una corte, in questo momento, dichiarare che [la disposizione allora oggetto di scrutinio] è incompatibile con l'art. 8 [CEDU]», senza dare al Parlamento l'opportunità di considerare il problema (Corte Suprema del Regno Unito, sentenza 25 giugno 2014, *Nicklinson e altri*, [2014] UKSC 38). Sottolinearono in quell'occasione i supremi giudici inglesi che una anche solo parziale legalizzazione dell'assistenza al suicidio medicalmente assistito rappresenta una questione difficile, controversa ed eticamente sensibile, che richiede un approccio prudente delle corti; e aggiunsero che una simile questione reclama una valutazione approfondita da parte del legislatore, che ha la possibilità di intervenire – in esito a un iter procedurale nel quale possono essere coinvolti una pluralità di esperti e di portatori di interessi contrapposti – dettando una nuova complessiva regolamentazione della materia di carattere non penale, comprensiva di uno schema procedurale che consenta una corretta applicazione ai casi concreti delle regole così stabilite. Il tutto in un contesto espressamente definito «collaborativo» e «dialogico» fra Corte e Parlamento.

Va dunque conclusivamente rilevato che, laddove, come nella specie, la soluzione del quesito di legittimità costituzionale coinvolga l'incrocio di valori di primario rilievo, il cui compiuto bilanciamento presuppone, in via diretta ed immediata, scelte che anzitutto il legislatore è abilitato a compiere, questa Corte reputa doveroso – in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale – consentire, nella specie, al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa, così da evitare, per un verso, che, nei termini innanzi illustrati, una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, ma al tempo stesso scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale.

Per Questi Motivi, LA CORTE COSTITUZIONALE

rinvia all'udienza pubblica del 24 settembre 2019 la trattazione delle questioni di legittimità costituzionale sollevate con l'ordinanza indicata in epigrafe.

[Omissis]

Presentazione

La sezione di Giurisprudenza e Legislazione civile, relativa al secondo numero dell'anno 2018 della Rivista *Diritto e Religioni*, pubblica sentenze di tribunali e di merito, attestanti la vitalità del Diritto civile in materia ecclesiastica.

Questo numero della Rivista si apre con la rassegna annuale della giurisprudenza della Corte di Cassazione realizzata da Paolo Di Marzio, dal titolo *Famiglia, matrimonio e tutela dei soggetti deboli, in Cassazione, nel 2017*.

Nell'ordinanza n. 11808 del 15 maggio 2018, la Corte di Cassazione, recependo l'insegnamento delle Sezioni Unite, ha ribadito che la convivenza prolungata come coniugi, quale elemento essenziale del matrimonio-rapporto, integra una situazione giuridica di ordine pubblico italiano, che dunque preclude la delibazione della sentenza di nullità del matrimonio concordatario pronunciata dal Tribunale ecclesiastico.

Segue un commento di Marco Canonico dal titolo "La tendenza omosessuale del coniuge non preclude la realizzazione di una piena comunione di vita matrimoniale?".

Nella stessa direzione, l'ordinanza della Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile del 12 settembre 2018, n. 22218, al cui interno si prevede che possa essere dichiarata efficace nella Repubblica italiana la sentenza ecclesiastica che dichiara la nullità del matrimonio canonico per un vizio del consenso, qualora, dalle esternazioni fatte dal coniuge, anche prima del matrimonio, all'altro fosse sicuramente chiara la propria volontà di escludere l'indissolubilità del vincolo matrimoniale.

Nel caso di specie, le prove testimoniali raccolte durante la fase istruttoria del processo di nullità matrimoniale avevano confermato la consapevolezza della moglie in merito alla posizione del marito e la possibilità di questa, anche prima del matrimonio, di prendere coscienza della volontà del futuro coniuge.

Nella sentenza della Corte di Appello di Torino del 7 novembre 2018 è sancito che deve riconoscersi che la clausola di parità di trattamento di cui all'art. 12 della Direttiva 2011/98/UE è direttamente applicabile nell'ordinamento nazionale; che essa impone un trattamento paritario, nell'erogazione dell'assegno di maternità, tra lavoratrici madri italiane e lavoratrici madri cittadine di Paesi extra-UE legalmente soggiornanti in Italia a fini lavorativi; che non vi sono margini per un apprezzamento circa le ragioni che hanno mosso il legislatore nazionale ad introdurre il regime differenziato; che non è possibile dare della norma nazionale un'interpretazione conforme alla norma comunitaria, trattandosi di disposizioni di contenuto incompatibile.

Ciò significa che, una volta appurato che l'art. 74 d.lgs. 151/2001 contrasta con l'art. 12 della Direttiva 2011/98/UE, il giudice nazionale è tenuto a disapplicare il diritto interno e a dare piena applicazione al diritto dell'Unione, senza sollevare questione di legittimità costituzionale della norma nazionale. Da ultimo, non per importanza, l'ordinanza del Tribunale di Firenze del 15 ottobre 2018 ritiene che anche dopo l'entrata in vigore del D.L. 113/2018, il giudice può riconoscere il diritto al rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari in favore degli stranieri che avevano presentato domanda per lo status di rifugiato prima del 5 ottobre 2018.

La sezione della giurisprudenza civile si chiude con una nota di Fabio Balsamo in materia di trascrizione tardiva del matrimonio canonico e accertamento dell'integrità del consenso, al cui interno sono state elaborate delle brevi note a margine della sentenza della Cassazione civile 12.03.2018, n. 5894, edita sul precedente numero di questa Rivista.

Famiglia, matrimonio e tutela dei soggetti deboli, in Cassazione, nel 2017¹

PAOLO DI MARZIO

Parte I, diritto sostanziale.

1. La donazione obnuziale.

Ai sensi dell'art. 785 cod. civ., la donazione obnuziale, essendo un negozio formale e tipico caratterizzato dall'espressa menzione, nell'atto pubblico, delle finalità dell'attribuzione patrimoniale eseguita da uno degli sposi o da un terzo in considerazione di un futuro, "determinato", matrimonio, ha chiarito il Giudice di legittimità, è incompatibile con l'istituto della donazione indiretta, in cui lo spirito di liberalità viene perseguito mediante il compimento di atti diversi da quelli previsti dall'art. 769 cod. civ. La precisa connotazione della causa negoziale, che deve espressamente risultare dal contesto dell'atto, ha chiarito la Cassazione, non può rinvenirsi nell'ambito di una fattispecie indiretta, nella quale la finalità suddetta, ancorché in concreto perseguita, può rilevare solo quale motivo finale degli atti di disposizione patrimoniale, fra loro collegati, ma non anche quale elemento tipizzante del contratto, chiaramente delineato dal legislatore nei suoi requisiti di forma e di sostanza, in vista del particolare regime di perfezionamento, efficacia e caducazione, che lo contraddistingue dalle altre donazioni².

2. Il regime patrimoniale della famiglia: comunione legale, fondo patrimoniale, impresa familiare.

La Suprema Corte ha specificato che l'art. 177, comma primo, lett. c), cod. civ. esclude dalla comunione legale i proventi dell'attività separata svolta da ciascuno dei coniugi e consumati, anche per fini personali, in epoca precedente allo scioglimento della comunione³.

¹ Il presente scritto riprende ed integra l'elaborato redatto per la Rassegna della giurisprudenza della Corte di Cassazione nel 2017, edita per i tipi del Poligrafico dello Stato.

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. VI-II, ord. 7.6.2017, n. 14203 (Ced Cass. Rv. 644619-01), est. Criscuolo, massimata in *Guida dir.*, 46/2017, p- 75, con annotazione redazionale di MARIO PISELLI.

³ Cass. Sez. VI-I, ord. 7.3.2017, n. 5652 (Ced Cass. Rv. 643988-01), est. Genovese.

La natura di comunione senza quote della comunione legale dei coniugi, ha chiarito il Giudice di legittimità, permane sino al momento del suo scioglimento, di cui all'art. 191 cod. civ., allorché i beni cadono in comunione ordinaria e ciascun coniuge, che abbia conservato il potere di disporre della propria quota, può liberamente e separatamente alienarla, essendo venuta meno l'esigenza di tutela del coniuge di non entrare in rapporto di comunione con estranei⁴.

In tema di impresa familiare, la Corte di legittimità ha statuito che è sufficiente, ai fini dell'operatività della prelazione di cui all'art. 230-*bis*, comma quinto, cod. civ., una volta accertata la partecipazione all'attività, che vi sia stato un trasferimento d'azienda affinché il familiare partecipe possa essere messo nelle condizioni di esercitare il proprio diritto. Risulta a tal fine del tutto ininfluenza che la cessione avvenga mediante conferimento in una società di persone, in cui il titolare dell'azienda stessa conservi un ruolo dominante quale socio illimitatamente responsabile ed amministratore, poiché la norma tutela il familiare estromesso e non colui che sia stato incluso nella vicenda traslativa, senza che rilevi il requisito dell'estraneità di cui all'art. 732 cod. civ., norma richiamata dall'art. 230-*bis* solo "in quanto compatibile"⁵.

La Cassazione ha deciso che la costituzione del fondo patrimoniale determina soltanto un vincolo di destinazione sui beni conferiti affinché, con i loro frutti, sia assicurato il soddisfacimento dei bisogni della famiglia, ma non incide sulla titolarità dei beni stessi, né implica l'insorgere di una posizione di diritto soggettivo in favore dei singoli componenti del nucleo familiare, neppure con riguardo ai vincoli di disponibilità⁶. Nella medesima decisione, la Suprema Corte ha chiarito che l'istituzione di un *trust* familiare (nella specie, per fare fronte alle esigenze di vita e di studio della prole) non integra, di per sé, l'adempimento di un dovere giuridico, non essendo obbligatoria per legge, ma configura – ai fini dell'azione revocatoria ordinaria – un atto a titolo gratuito, non trovando contropartita in un'attribuzione in favore dei disponenti⁷.

Il Giudice di legittimità ha chiarito, in tema di rivalsa ex artt. 10 e 11 del D.P.R. n. 1124 del 1965 che, a seguito della sentenza n. 476 del 1987 della Corte costituzionale⁸ – con cui la tutela assicurativa contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali è stata estesa anche ai familiari collaboratori nell'impresa familiare che prestino attività lavorativa non riconducibile all'ipotesi del rapporto societario o di lavoro subordinato – il titolare dell'impresa familiare è responsabile ove abbia omissis di predisporre le necessarie misure di sicurezza. Questo perché, ai fini dell'individuazione della figura del datore di lavoro, l'art. 2 del d.lgs. n. 626 del 1994, come modificato dal d.lgs. n. 262 del 1996, valorizza l'esercizio dei poteri decisionali sull'organizzazione e gestione dell'impresa, dovendosi escludere, stante

⁴ Cass. Sez. I, sent. 5.4.2017, n. 8803 (Ced Cass. Rv. 643515-01), est. Genovese, edita in *Giur. it.*, 2018, p. 590, con nota di MARIA IANNONE, *Il fallimento di uno dei coniugi e lo scioglimento della comunione legale*.

⁵ Cass. Sez. L, sent. 21.4.2017, n. 10147, (Ced Cass. Rv. 643763-01), est. Amendola.

⁶ Cass. Sez. III, sent. 3.8.2017, n. 19376 (Ced Cass. Rv. 645384-01), est. Barreca, edita in *Guida dir.*, 43/2017, p. 43, con nota di MARCELLA FIORINI, *Ridotti i rischi di pretese creditorie sul patrimonio*.

⁷ Cass. Sez. III, sent. 3.8.2017, n. 19376 (Ced Cass. Rv. 645384-03), est. Barreca, *loc. cit.*

⁸ Corte cost., sent. 10.12.2017, n. 476, edita, tra l'altro, in *Resp. civ. prev.*, 2/1988, p. 161, con nota di EMANUELA BERTOLLI, *Brevi spunti in tema di lavoro nell'impresa familiare*, ed in *Dir. lav.*, 1/1988, II, p. 87, con nota di PAOLA OLIVELLA, *L'impresa familiare e la tutela previdenziale*.

la continuità normativa tra le fattispecie penali in materia di luoghi di lavoro (prima previste dall'art. 32, comma 1, lett. b, d.lgs. n. 626 del 1994, ed ora dall'art. 68, comma 1, lett. b, d.lgs. n. 81 del 2008), che il dovere di protezione a carico del titolare dell'impresa familiare sia stato costituito solo per effetto delle espresse previsioni del d.lgs. n. 81 del 2008⁹.

In tema di impresa familiare, ha chiarito la Suprema Corte, la quota spettante al familiare partecipante al momento della cessazione che, ex art. 230-*bis* cod. civ., va determinata esclusivamente sulla base della quantità e qualità del lavoro svolto dal predetto nell'impresa, ed è relativa nella stessa misura tanto agli utili che agli incrementi, siano essi materiali o immateriali¹⁰.

3. La separazione dei coniugi, questioni patrimoniali e addebito.

Il credito vantato dal coniuge separato per l'assegno di mantenimento dovuto, ex art. 156 cod. civ., dall'altro coniuge, ha chiarito la Suprema Corte, sebbene dia luogo ad un'obbligazione periodica, avente ad oggetto prestazioni, autonome e distinte nel tempo, che diventano esigibili alle rispettive scadenze, è tutelabile, come tale, dal momento della sua insorgenza in forza di provvedimento giudiziale, mediante azione revocatoria ordinaria a fronte dell'alienazione immobiliare compiuta, in modo pregiudizievole, dal coniuge obbligato¹¹.

Le violenze fisiche costituiscono violazioni talmente gravi ed inaccettabili dei doveri nascenti dal matrimonio, ha deciso la Cassazione, da risultare idonee di per sé sole – quand'anche concretatesi in un unico episodio di percosse – a fondare non solo la pronuncia di separazione personale, in quanto cause determinanti l'intollerabilità della convivenza, ma anche la dichiarazione della sua addebitabilità all'autore, e ad esonerare il giudice del merito dal dovere di comparare con esse, ai fini dell'adozione delle relative pronunce, il comportamento del coniuge che sia rimasto vittima delle violenze, restando altresì irrilevante la posteriorità temporale delle violenze rispetto al manifestarsi della crisi coniugale¹².

La relazione di un coniuge con estranei, ha chiarito la Suprema Corte, rende addebitabile la separazione ai sensi dell'art. 151 cod. civ. quando, in considerazione degli aspetti esteriori con cui è coltivata e dell'ambiente in cui i coniugi vivono, dia luogo a plausibili sospetti di infedeltà e quindi, anche se non si sostanzii in un adulterio, comporti offesa alla dignità e all'onore dell'altro coniuge¹³.

⁹ Cass. Sez. L, ord. 25.8.2017, n. 20406 (Ced Cass. Rv. 645602-01), est. Calafiore, edita in *Foro it.*, 2017, I, p. 3324, con annotazione redazionale. Decisione pubblicata anche, *on line*, nel sito *Igiuslavorista.it*, 3.10.2017, con nota di ALDO DE MATTEIS, *Impresa familiare, obblighi di sicurezza e azione di regresso*.

¹⁰ Cass. Sez. L, sent. 15.11.2017, n. 27108/2017 (Ced Cass. Rv. 646500-01), est. Spena.

¹¹ Cass. Sez. III, sent. 7.3.2017, n. 5618 (Ced Cass. Rv. 643391-01), est. Vincenti, edita in *Dir. giust.*, 44/2017, p. 3, con nota di SAMANTHA MENDICINO, *La Suprema Corte ripercorre i principi di diritto sui requisiti dell'azione revocatoria ordinaria*.

¹² Cass. Sez. I, ord. 22.3.2017, n. 7388 (Ced Cass. Rv. 644601-01), est. Bisogni.

¹³ Cass. Sez. VI-I, ord. 19.9.2017, n. 21657, (Ced Cass. Rv. 645747-01), est. Genovese. La Cassazione ha quindi confermato il proprio orientamento, secondo cui anche un adulterio "platonico" o, per dirla diversamente, "non consumato", può essere causa di addebito della separazione, come affermato in

4. *Matrimonio dello straniero, separazione personale e cittadinanza italiana.*

Ai sensi dell'art. 5, comma 1, della legge n. 91 del 1992, così come modificato dall'art. 1, comma 11, della legge n. 94 del 2009, ha deciso la Cassazione, la separazione personale dei coniugi costituisce condizione ostativa all'acquisto della cittadinanza italiana mediante matrimonio con un cittadino italiano, ma non anche la separazione di fatto. Depono nel senso indicato il chiaro ed univoco tenore testuale della norma in questione, che adopera l'espressione «separazione personale», utilizzata dal legislatore anche nel titolo dell'art. 150 cod. civ., nel *corpus* dell'art. 154 cod. civ., relativo alla riconciliazione, e nel testo dell'art. 155 cod. civ., prima della modifica intervenuta con il d.lgs. n. 154 del 2013; peraltro la differenza tra “separazione personale” e “separazione di fatto” si coglie anche nel regime giuridico delle adozioni, in quanto l'art. 6 della legge n. 184 del 1983, prescrive che tra i coniugi i quali intendono procedere all'adozione non deve essere intervenuta negli ultimi tre anni separazione personale, neppure di fatto, a conferma della diversità delle due tipologie di allontanamento dei coniugi¹⁴.

5. *L'affidamento ed il collocamento dei figli minori.*

La regola dell'affidamento condiviso dei figli è derogabile, ha ribadito il Giudice di legittimità, solo ove la sua applicazione risulti «pregiudizievole per l'interesse del minore», il che si verifica nell'ipotesi in cui il genitore non collocatario si sia reso totalmente inadempiente al diritto di visita perché residente all'estero, essendo tale comportamento indicativo dell'inidoneità ad affrontare quelle maggiori responsabilità che l'affido condiviso comporta anche a carico del genitore con il quale il figlio non coabita stabilmente¹⁵.

6. *L'assegno di mantenimento per il coniuge nella separazione personale.*

La Suprema Corte ha ricordato che l'art. 156, comma secondo, cod. civ., richiede al giudice di determinare la misura dell'assegno tenendo conto non solo dei redditi delle parti ma anche di altre circostanze non indicate specificatamente, né determinabili *a priori*, ed ha chiarito che tali circostanze sono da individuarsi in tutti quegli elementi fattuali di ordine economico, o comunque apprezzabili in termini economici, diversi dal reddito ed idonei ad incidere sulle condizioni economiche delle parti, la cui valutazione, peraltro, non richiede necessariamente l'accertamento dei redditi nel loro esatto ammontare, essendo sufficiente un'attendibile ricostruzio-

Cass. Sez. I, sent. 12.4.2013, n. 8929, edita in *Fam. dir.*, 2/2014, p. 142, con nota di GIULIA CORAZZA, *Adulterio platonico e addebitabilità della separazione*, ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 10, 2013, p. 943, con nota di LUCIANO OLIVERO, *C'è post@ per tua moglie: internet infedeltà e addebito*.

¹⁴ Cass. Sez. I, sent. 17.1.2017, n. 969 (Ced Cass. Rv. 643351-01), est. Acerno.

¹⁵ Cass. Sez. I, sent. n. 17.1.2017, n. 977 (Ced Cass. Rv. 643353-01), est. Falabella, edita in *Foro it.*, I, 2017, p. 1211, con annotazione redazionale, relativa a plurime decisioni pertinenti, di GEREMIA CASABURI.

ne delle complessive situazioni patrimoniali e reddituali dei coniugi¹⁶.

In tema di separazione personale dei coniugi, ha chiarito il Giudice di legittimità, alla breve durata del matrimonio non può essere riconosciuta efficacia preclusiva del diritto all'assegno di mantenimento, ove di questo sussistano gli elementi costitutivi, rappresentati dalla non addebitabilità della separazione al coniuge richiedente, dalla non titolarità, da parte del medesimo, di adeguati redditi propri, ossia di redditi che consentano di mantenere un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio, e dalla sussistenza di una disparità economica tra le parti. Al più, alla durata del matrimonio può essere attribuito rilievo ai fini della determinazione della misura dell'assegno di mantenimento¹⁷.

L'assegno di mantenimento a favore del coniuge fissato in sede di separazione personale, ha deciso la Suprema Corte, decorre dalla data della relativa domanda, in applicazione del principio per il quale un diritto non può restare pregiudicato dal tempo necessario per farlo valere in giudizio¹⁸.

Il credito vantato dal coniuge separato per l'assegno di mantenimento dovuto, ex art. 156 cod. civ., dall'altro coniuge, ha statuito la Cassazione, sebbene dia luogo ad un'obbligazione periodica, avente ad oggetto prestazioni, autonome e distinte nel tempo, che diventano esigibili alle rispettive scadenze, è tutelabile, come tale, dal momento della sua insorgenza in forza di provvedimento giudiziale, mediante azione revocatoria ordinaria a fronte dell'alienazione immobiliare compiuta, in modo pregiudizievole, dal coniuge obbligato¹⁹.

La Cassazione ha quindi ribadito che la separazione personale, a differenza dello scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, presuppone la permanenza del vincolo coniugale, sicché i "redditi adeguati" cui va rapportato, ai sensi dell'art. 156 cod. civ., l'assegno di mantenimento a favore del coniuge, in assenza della condizione ostativa dell'addebito, sono quelli necessari a mantenere il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, essendo ancora attuale il dovere di assistenza materiale, che non presenta alcuna incompatibilità con tale situazione temporanea, dalla quale deriva solo la sospensione degli obblighi di natura personale di fedeltà, convivenza e collaborazione, e che ha una consistenza ben diversa dalla solidarietà post-coniugale, presupposto dell'assegno di divorzio²⁰.

In materia di assegno di mantenimento, i "giustificati motivi", la cui sopravvenienza consente di rivedere le determinazioni adottate in sede di separazione dei coniugi, sono ravvisabili nei fatti nuovi sopravvenuti, modificativi della situazione in relazione alla quale la sentenza era stata emessa o gli accordi erano stati stipulati, con la conseguenza che esulano da tale oggetto i fatti preesistenti alla separazione,

¹⁶ Cass. Sez. I, sent. 123.1.2017, n. 605 (Ced Cass. Rv. 643254-01), est. Terrusi, edita *on line*, sul sito *Ilfamiliarista.it*, 10.4.2017, con nota di CRISTINA RAVERA, *Separazione personale dei coniugi: come si calcola l'assegno di mantenimento?*

¹⁷ Cass. Sez. I, sent. 18.1.2017, n. 1162 (Ced Cass. Rv. 643354-01), est. Falabella.

¹⁸ Cass. Sez. I, sent. 3.2.2017, n. 2960 (Ced Cass. Rv. 643860-02), est. Lamorgese.

¹⁹ Cass. Sez. III, sent. 7.3.2017, n. 5618 (Ced Cass. Rv. 643391-01), est. Vincenti.

²⁰ Cass. Sez. I, sent. 16.5.2017, n. 12196 (Ced Cass. Rv. 644070-01), est. Campanile, pubblicata in *Fam. dir.*, 4/2018, p. 330, con nota di ENRICO AL MUREDEN, *Berlusconi v. Lario: autosufficienza e tenore di vita in un big money case italiano*. La sentenza è pubblicata pure, insieme ad altre decisioni pertinenti, in part. Cass. n. 11504 del 2017, cui si rinvia, in *Foro it.*, 2017, I, p. 1859, con note di GEREMIA CASABURI, CARLO BONA ed ANTONIO MONDINI.

ancorché non presi in considerazione in quella sede per qualsiasi motivo²¹.

7. Divorzio, l'assegno periodico in favore dell'ex coniuge

La Corte di legittimità ha statuito che gli accordi con i quali i coniugi fissano, in sede di separazione, il regime giuridico-patrimoniale in vista di un futuro ed eventuale divorzio, sono invalidi per illiceità della causa, perché stipulati in violazione del principio fondamentale di radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale di cui all'art. 160 cod. civ. Ne consegue che di tali patti non può tenersi conto non solo quando limitino o addirittura escludano il diritto del coniuge economicamente più debole al conseguimento di quanto necessario a soddisfare le esigenze della vita, ma anche quando soddisfino pienamente tali esigenze, in quanto una preventiva pattuizione potrebbe determinare il consenso alla dichiarazione della cessazione degli effetti civili del matrimonio. Nel caso di specie, la Suprema Corte ha escluso che la dazione di una somma di denaro alla moglie, concordata in sede di separazione, possa assumere anche la valenza di anticipazione dell'assegno divorzile, così da poter condurre alla revoca della relativa previsione²².

8. La casa familiare

Il coniuge, già comodatario della casa familiare ed assegnatario della stessa in forza di provvedimento giudiziale adottato nell'ambito di procedura di separazione personale, ha deciso la Cassazione, può opporre il proprio titolo – ma solo entro il limite del novennio decorrente dalla sua adozione – al terzo acquirente il medesimo bene, ancorché la trascrizione del titolo di acquisto di quest'ultimo sia anteriore a quella del menzionato provvedimento giudiziale²³.

Nel comodato di bene immobile stipulato senza determinazione di termine, la volontà di assoggettare il bene ad un vincolo d'uso particolarmente gravoso, quale la destinazione a residenza familiare, non può essere presunta ma va positivamente accertata, ha chiarito la Corte di legittimità, dovendo, in mancanza, essere adottata la soluzione più favorevole alla sua cessazione; parimenti, nell'ipotesi in cui il vincolo matrimoniale del comodatario sopravvenga in corso di rapporto, occorre la prova che il proprietario abbia inteso, in virtù di scelta sopravvenuta, trasformare la natura del comodato, rispetto alla sua precedente finalità, ancorando la destinazione del bene alle esigenze del gruppo familiare neocostituito. Nel caso di specie la Suprema Corte ha accolto il ricorso incidentale della comodante e, decidendo nel merito, ha dichiarato il diritto di questa al risarcimento del danno per illegittima occupazione dell'immobile oggetto di comodato, negando che la destinazione ad uso di abitazio-

²¹ Cass. Sez. VI-I, ord. 28.11.2017, n. 28436 (Ced Cass. Rv. 646781-01), est. Scaldaferrì.

²² Cass. Sez. I, sent. 30.1.2017, n. 2224 (Ced Cass. Rv. 643507-01), est. Campanile, edita in *Nuova giur. civ. comm.*, 7-8, 2017, p. 955, con nota di BARBARA GRAZZINI, *Accordi preventivi fra coniugi e assegno divorzile una tantum: spunti di riflessione alla luce delle evoluzioni normative in materia di gestione della crisi familiare*, nonché, *on line*, nel sito *Ilfamiliarista.it*, 23.3.2017, con nota di PAOLO DI MARZIO, *Invalidi gli accordi di separazione in vista di un futuro divorzio*.

²³ Cass. Sez. VI-III, ord. 17.3.2017, n. 7007 (Ced Cass. Rv. 643680-01), est. Barreca.

ne familiare del bene fosse desumibile dal fatto che la ricorrente principale, nuora della comodante, aveva vissuto nell'immobile con il marito-comodatario, anche prima del matrimonio in regime di famiglia di fatto²⁴.

9. La pensione di reversibilità.

La Corte di legittimità ha confermato che non può essere attribuita una quota della pensione di reversibilità dell'ex coniuge a chi non fosse titolare di assegno divorzile, tale dovendo intendersi soltanto quello oggetto di determinazione giudiziale. Nel caso di specie, la Suprema Corte ha chiarito che non riveste la qualità di assegno divorzile, l'attribuzione patrimoniale mensile concordata tra le parti in occasione dell'udienza presidenziale nel corso del giudizio di divorzio, che non sia stata recepita dall'organo giudicante in sede di decisione, in conseguenza della mancanza di un'apposita domanda della parte beneficiaria, rimasta contumace nel giudizio²⁵.

10. Il mantenimento dei figli

Il diritto del coniuge separato di ottenere un assegno per il mantenimento del figlio maggiorenne convivente, ha deciso la Corte di legittimità, deve essere escluso quando il figlio abbia iniziato ad espletare un'attività lavorativa, così dimostrando il raggiungimento di una adeguata capacità e determinando la cessazione del corrispondente obbligo di mantenimento ad opera del genitore. L'eventuale perdita dell'occupazione, o il negativo andamento della stessa, non comporta perciò la reviviscenza dell'obbligo del genitore al mantenimento²⁶.

Il coniuge che abbia integralmente adempiuto l'obbligo di mantenimento dei figli, pure per la quota facente carico all'altro coniuge, è legittimato ad agire *iure proprio* nei confronti di quest'ultimo per il rimborso di detta quota, ed anche per il periodo anteriore alla domanda, atteso che l'obbligo di mantenimento dei figli sorge per effetto della filiazione e che nell'indicato comportamento del genitore adempiente è ravvisabile un caso di gestione di affari produttiva, a carico dell'altro genitore, degli effetti di cui all'art. 2031 cod. civ.²⁷

In materia di rimborso delle spese straordinarie sostenute per il figlio minore a seguito del divorzio dei genitori, la Corte di legittimità ha statuito che la condizione del "previo accordo" sulle spese da sostenere, pattuita tra i divorziati, non è meramente potestativa, non essendo rimessa al mero arbitrio della parte in cui favore è predisposta, ma ha natura di condizione potestativa semplice o impropria, ed è perciò incompatibile con la finzione di avveramento della condizione di cui all'art. 1359 cod. civ.; in mancanza dell'accordo tra le parti, quella che ha sostenuto le spese, e ne domanda il rimborso, è tenuta a ricorrere al giudice. Nel caso di specie, avendo la ex moglie allegato che l'ex marito si era sottratto al previsto tentativo di accordo sulle spese straordinarie affrontate per il figlio minore, rendendosi irraggiun-

²⁴ Cass. Sez. III, ord. 18.8.2017, n. 20151 (Ced Cass. Rv. 645731-01), est. Scrima.

²⁵ Cass. Sez. VI-I, ord. 23.10.2017, n. 25053 (Ced Cass. Rv. 646053-01), est. Mercolino.

²⁶ Cass. Sez. VI-I, ord. 14.3.2017, n. 6509 (Ced Cass. Rv. 644269-01), est. Di Virgilio.

²⁷ Cass. Sez. VI-I, ord. 15.3.2017, n. 6819 (Ced Cass., Rv. 643650-01), est. Genovese.

gibile, aveva conseguito decreto ingiuntivo per il rimborso *pro quota* di tali spese. La Suprema Corte ha statuito che, non risolvendosi la possibilità di prestazione del consenso da parte dell'ex marito in una condizione meramente potestativa, non poteva operare la finzione di avveramento della condizione, ed il riconoscimento del diritto al rimborso dipendeva perciò da una valutazione discrezionale, da rimettersi al giudice, circa la rispondenza e necessità di quelle spese con riguardo all'interesse del figlio²⁸.

11. Il disconoscimento di paternità

In tema di disconoscimento di paternità, ha chiarito la Cassazione, la regola prevista dall'art. 235 cod. civ., applicabile *ratione temporis*, disciplina anche le filiazioni originate da fecondazione artificiale, tenuto conto che il quadro normativo, a seguito dell'introduzione della legge n. 40 del 2004 – come formulata ed interpretabile alla luce del principio del *favor veritatis* – si è arricchito di una nuova ipotesi di disconoscimento. Pertanto, stante l'identità della *ratio* e la sussistenza di evidenti ragioni sistematiche, è applicabile anche a questa ipotesi il termine di decadenza previsto dall'art. 244 cod. civ., che decorre dal momento in cui sia acquisita la certezza del ricorso a tale metodo di procreazione²⁹.

12. Lo stato di abbandono e l'adottabilità

La Suprema Corte ha chiarito che l'art. 9, comma 3, della legge n. 183 del 1984, consente al P.M. di procedere in ogni tempo ad ispezioni straordinarie negli istituti di assistenza pubblici o privati, sia al fine di determinarsi circa eventuali iniziative per far dichiarare l'adottabilità dei minori che risultino in situazione di abbandono, sia per interporre appello avverso le sentenze che abbiano ritenuto insussistente la suddetta condizione ricorrendo, in tale ultima ipotesi, la medesima *ratio* di esercizio del potere e dovendo la norma essere interpretata alla luce del principio costituzionale di ragionevole durata del processo³⁰.

Il diritto del minore di crescere nell'ambito della propria famiglia d'origine, considerata l'ambiente più idoneo al suo armonico sviluppo psicofisico, è tutelato dall'art. 1 della legge n. 184 del 1983. Ne consegue, ha confermato la Cassazione, che il giudice di merito deve, prioritariamente, tentare un intervento di sostegno diretto a rimuovere situazioni di difficoltà o disagio familiare, e solo quando, a seguito del fallimento del tentativo, risulti impossibile prevedere il recupero delle capacità genitoriali entro tempi compatibili con la necessità del minore di vivere in uno stabile contesto familiare, è legittima la dichiarazione dello stato di adottabilità. Nel caso di specie, il Giudice di legittimità ha cassato la decisione di merito perché la Corte di appello, pur dando atto che non era stato tentato un intervento di soste-

²⁸ Cass. Sez. VI-I, ord. 27.10.2017, n. 25698 (Ced Cass. Rv. 647282), est. Nazzicone.

²⁹ Cass. Sez. I, sent. 28.3.2017, n. 7965 (Ced Cass. Rv. 644837-03), est. Lamorgese.

³⁰ Cass. Sez. I, sent. 13.1.2017, n. 782 (Ced Cass. Rv. 643347-01), est. Terrusi, edita *on line*, nel sito *Ilfamiliarista.it*, 3.8.2017, con nota di MARINA PAVONE, *Dichiarazione di adottabilità e stato di abbandono del minore: extrema ratio nel nostro ordinamento*.

gno alla genitorialità, aveva ugualmente confermato la dichiarazione di adottabilità, fondandola sugli esiti di una consulenza tecnica in cui l'ausiliario aveva concluso che l'idoneità genitoriale era completamente carente in entrambi i genitori, e non risultavano margini di miglioramento³¹.

La *kafalah* convenzionale, prevista in alcuni ordinamenti giuridici che si ispirano all'insegnamento del Corano, è un istituto di protezione familiare – inteso a far godere al minore maggiori opportunità di crescita e migliori condizioni di vita, salvaguardando il rapporto con i genitori – che prescinde dallo stato di abbandono del minore e si realizza mediante un negozio stipulato tra la famiglia di origine e quella di accoglienza, e presenta caratteri comuni con l'affidamento previsto dall'ordinamento nazionale. Tale istituto, quindi, in quanto finalizzato a realizzare l'interesse superiore del minore, non contrasta con i principi dell'ordine pubblico italiano e neppure con quelli della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, che pure, all'art. 20, comma 3, opera espressamente il riconoscimento, quale istituto di protezione del minore, della sola *kafalah* giudiziale la quale, diversamente da quella convenzionale, presuppone la situazione di abbandono o comunque di grave disagio del minore nel suo ambiente familiare. La Corte di Cassazione, nel caso di specie, ha affermato il diritto di un cittadino italiano ad ottenere il rilascio di un visto per il ricongiungimento familiare richiesto dal medesimo in favore di un minore extracomunitario, affidatogli in Marocco in regime di *kafalah*, non potendosi escludere il superiore interesse del minore, da verificarsi caso per caso, quando l'affidamento dello stesso derivi da un accordo negoziale omologato dal giudice del Paese di provenienza del minore³².

13. I figli nati da genitori non uniti in matrimonio

In materia di successioni, l'art. 575 cod. civ. che, in mancanza di figli legittimi e

³¹ Cass. Sez. I, sent. 27.9.2017, n. 22589 (Ced Cass. Rv. 645591-01), est. Bisogni.

³² Cass. Sez. I, sent. 24.11.2017, n. 28154, est. Acierno, non massimata per il Ced della Cassazione, ma reperibile in versione integrale nell'archivio informatico della Suprema Corte, edita *on line* nel sito *Ilfamiliarista.it*, 8.2.2018, con nota di MARINA CIRESE, *Anche la kafalah convenzionale è istituto di protezione familiare conforme all'interesse del minore*. La *kafalah* è un istituto del diritto islamico, che presenta affinità con l'adozione. Il pieno riconoscimento della *kafalah* giudiziale, anche in considerazione della sua natura pubblicistica, era già stato operato dalla Suprema Corte, anche a Sezioni Unite, cfr. Cass. SS.UU., sent. 16.9.2013, n. 21108 (Ced Cass. Rv. 627475-01), est. Salmé, edita, tra l'altro, in *Corr. giur.*, 12/2013, p. 1492, con nota di PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA, *Uscio aperto, con porte socchiuse, per l'affidamento del minore mediante kafalah al cittadino italiano o europeo*, ed in *Dir. fam.*, 2014, p. 86, con nota di GIUSEPPE MAGNO, *Ingresso in Italia del minore straniero affidato in kafalah a coniugi italiani: una questione da chiarire*. La sentenza ora in esame, n. 28154 del 2017, conferma però un più recente indirizzo interpretativo proposto dalla prima sezione della Suprema Corte secondo cui, in considerazione dell'esigenza di rispetto del preminente interesse del minore, possono riconoscersi effetti civili alla *kafalah* anche quando essa abbia natura convenzionale, e si risolve perciò in un accordo di affidamento di un minore stipulato tra privati, eventualmente suscettibile di un certo controllo pubblicistico mediante l'omologazione. Cfr. Cass. Sez. I, sent. 2.2.2015, n. 1843 (Ced Cass. Rv. 634369-01), est. Bisogni, edita in *Nuova giur. civ. comm.*, 7-8, 2015, p. 717, con nota di MAURIZIO DI MASI, *La Cassazione apre alla kafalah negoziale per garantire in concreto l'interest of the child*. In entrambi i casi citati, in cui la Suprema Corte ha ritenuto di assicurare riconoscimento alla *kafalah* convenzionale, l'atto di affidamento risultava comunque omologato.

del coniuge del genitore, ammetteva un concorso tra i figli naturali e gli ascendenti del genitore, attribuendo ai primi solo i due terzi dell'eredità paterna, non può trovare applicazione neanche per il periodo antecedente alla sua abrogazione ad opera della legge n. 151 del 1975, ha deciso la Cassazione, in quanto la norma citata è stata dichiarata costituzionalmente illegittima dalla sentenza n. 82 del 1974 della Corte costituzionale³³. Ne consegue che, pure in caso di apertura della successione antecedente al 1975, qualora non vi siano circostanze preclusive all'applicazione retroattiva della declaratoria di incostituzionalità – quale, ad esempio, l'avvenuta formazione di un giudicato – i figli naturali riconosciuti o dichiarati, come nella specie, a seguito di riconoscimento giudiziale, conseguono, in mancanza di altri membri della famiglia legittima, lo stesso trattamento successorio riservato ai figli legittimi, succedendo, pertanto, in tutta l'eredità³⁴.

In materia di filiazione, l'obbligo di contribuire al mantenimento del figlio naturale da parte del genitore non affidatario o collocatario decorre non già dalla proposizione della domanda giudiziale, ha chiarito la Suprema Corte, bensì dalla effettiva cessazione della coabitazione dei genitori, in quanto solo da quel momento diventano efficaci le statuizioni in tema di affidamento dei figli ed i conseguenti provvedimenti di natura economica³⁵.

Il riconoscimento del figlio minore infraquattordicenne nato fuori dal matrimonio, già riconosciuto da un genitore, costituisce un diritto soggettivo dell'altro, tutelato nell'art. 30 Cost. che può, tuttavia, essere sacrificato in presenza del rischio della compromissione dello sviluppo psicofisico del minore stesso. In questo quadro, ha specificato il Giudice di legittimità, il necessario bilanciamento tra l'esigenza di affermare la verità biologica con l'interesse alla stabilità dei rapporti familiari, impone di accertare quale sia, in concreto, l'interesse del minore, valorizzando primariamente i risultati della sua audizione, una volta accertatane da parte del giudice la capacità di discernimento. Nel caso di specie, il Giudice di legittimità ha cassato la decisione della Corte d'appello, che aveva accolto la domanda avanzata dal genitore di riconoscimento della figlia infraquattordicenne, malgrado la contraria volontà di quest'ultima, manifestata all'esito della sua audizione³⁶.

La sentenza dichiarativa della filiazione naturale produce gli effetti del riconoscimento, ai sensi dell'art. 277 cod. civ. e quindi, giusta la previsione di cui all'art. 261 cod. civ., implica per il genitore tutti i doveri propri della procreazione legittima, incluso quello del mantenimento ex art. 148 cod. civ. La Suprema Corte ha chiarito, in proposito, che la relativa obbligazione si collega allo *status* genitoriale ed assume di conseguenza pari decorrenza, dalla nascita del figlio, con il corollario che l'altro genitore, il quale nel frattempo abbia assunto l'onere del mantenimento anche per la porzione di pertinenza del genitore giudizialmente dichiarato (secondo i criteri di

³³ Corte cost., sent. 27.3.1974, n. 82, edita, tra l'altro, in *Foro it.*, 1974, I, p. 1293, ed in *Giur. cost.*, 1974, p. 657.

³⁴ Cass. Sez. II, sent. 30.1.2017, n. 2287 (Ced Cass. Rv. 642487-01), est. Matera.

³⁵ Cass. Sez. VI-I, ord. 8.2.2017, n. 3302 (Ced Cass. Rv. 643362-02), est. Genovese.

³⁶ Cass. Sez. I, sent. 27.3.2017, n. 7762 (Ced Cass. Rv. 644758-01), est. Campanile, edita in *Foro it.*, 2017, I, p. 1543, con annotazione redazionale, relativa ad una pluralità di decisioni in tema, di GEREMIA CASABURI. La sentenza è pubblicata anche *on line*, nel sito *Ilfamiliarista.it*, 15.6.2017, con nota di ANTONIO SCALERA, *Il "secondo" riconoscimento del figlio deve essere effettivamente rispondente all'interesse del minore*.

ripartizione di cui al citato art. 148 cod. civ.), ha diritto di regresso per la corrispondente quota, sulla scorta delle regole dettate dall'art. 1299 cod. civ. nei rapporti fra condebitori solidali. Tuttavia, la condanna al rimborso di detta quota per il periodo precedente la proposizione dell'azione non può prescindere da un'espressa domanda della parte, attenendo tale pronuncia alla definizione dei rapporti pregressi tra debitori solidali, ossia a diritti disponibili e, quindi, non incidendo sull'interesse superiore del minore, che soltanto legittima l'esercizio dei poteri officiosi attribuiti al giudice dall'art. 277, comma secondo, cod. civ. La necessità di analoga domanda non ricorre riguardo ai provvedimenti da adottare in relazione al periodo successivo alla proposizione dell'azione atteso che, durante la pendenza del giudizio, resta fermo il potere del giudice adito, in forza della norma suindicata, di adottare di ufficio i provvedimenti che stimi opportuni per il mantenimento del minore. In applicazione di detti principi, la Suprema Corte ha cassato la sentenza impugnata per aver trascurato sia la circostanza che le parti avevano compiutamente delimitato, in termini temporali, l'ambito delle rispettive pretese, sia che, al momento dell'introduzione dell'azione, la figlia non era più minorenni, con la conseguenza che non residuava alcuno spazio per l'esercizio di poteri officiosi da parte del giudice³⁷. Nella medesima decisione la Suprema Corte ha chiarito che è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 270 cod. civ., nella parte in cui prevede l'imprescrittibilità dell'azione per il riconoscimento di paternità naturale proposta dal figlio, con l'effetto di sacrificare il diritto del presunto padre alla stabilità dei rapporti familiari maturati nel corso del tempo, atteso che la mancata previsione di un termine, soprattutto alla luce della previgente norma che lo prevedeva, non significa che un bilanciamento con la contrapposta tutela del figlio sia mancato, ma solo che esso è stato operato rendendo recessiva l'aspettativa del padre rispetto alle esigenze di vita, e di riconoscimento dell'identità personale del figlio³⁸.

14. Il bambino con due madri.

Il Giudice di legittimità ha statuito che deve essere accolta la domanda di "rettificazione" dell'atto di nascita del minore nato all'estero, mediante fecondazione eterologa, e figlio di due madri coniugate all'estero, già trascritto in Italia nei registri dello stato civile con riferimento alla sola madre biologica, non sussistendo contrasto con l'ordine pubblico internazionale italiano, sebbene la madre ulteriore non abbia alcun rapporto biologico con il bambino³⁹.

³⁷ Cass. Sez. I, sent. 28.3.2017, n. 7960 (Ced Cass. Rv. 644834-02), est. De Marzo, edita *on line*, nel sito *lfamiliarista.it*, con nota di FABIO FRANCESCO FRANCO, *L'accertamento giudiziale della paternità dei figli nati fuori dal matrimonio non si prescrive*.

³⁸ Cass. Sez. I, sent. 28.3.2017, n. 7960 (Ced Cass. Rv. 644834-01), est. De Marzo.

³⁹ Cass. Sez. I, sent. 15.6.2017, n. 14878 (Ced Cass. Rv. 645080-01), est. Dogliotti, edita in *Fam. dir.*, 1/2018, p. 5, con nota di FRANCO LONGO, *Le "due madri" e il rapporto biologico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 12, p. 1708, con nota di GIUSEPPA PALMERI, *(Ir)rilevanza del legame genetico ai fini della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*, ed in *Foro it.*, 2017, I, p. 2280, con annotazione redazionale, relativa a più decisioni, di GEREMIA CASABURI. Con questa decisione la Suprema Corte ha inteso assicurare continuità ai principi espressi da Cass. Sez. I, sent. 30.9.2016, n. 19599 (Ced Cass. Rv. 641313 - 01), est. Lamorgese, sulla quale

15. *Violenza domestica e tutela dello straniero.*

In tema di protezione internazionale dello straniero, in virtù degli artt. 3 e 60 della Convenzione di Istanbul dell'11 maggio 2011, sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, ha chiarito la Corte di legittimità, anche gli atti di violenza domestica sono riconducibili all'ambito dei trattamenti inumani o degradanti considerati dall'art. 14, lett. b), del d.lgs. n. 251 del 2007 ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria, sicché è onere del giudice verificare in concreto se, pur in presenza di minaccia di danno grave ad opera di un "soggetto non statale", ai sensi dell'art. 5, lett. c), del decreto citato, come il marito della ricorrente, lo Stato di origine sia in grado di offrire alla donna adeguata protezione. Nella concreta fattispecie, relativa a cittadina marocchina vittima di abusi e violenze – proseguiti anche dopo il divorzio – da parte del coniuge, punito dalla giustizia marocchina con una blanda sanzione penale, la Corte d'appello aveva negato il riconoscimento della protezione internazionale valorizzando elementi quali la condanna penale, l'ottenimento del divorzio e l'appoggio della famiglia di origine della donna, circostanze ritenute dalla Suprema Corte di per sé non necessariamente indicative di un'adeguata protezione da parte del Paese di origine⁴⁰.

16. *Istituti di protezione dei soggetti bisognosi.*

La prodigalità, che consiste in un comportamento abituale caratterizzato da larghezza nello spendere, nel regalare o nell'assumere rischi, eccessiva rispetto alle proprie condizioni socio-economiche ed al valore oggettivamente attribuibile al denaro, configura autonoma causa di inabilitazione, ai sensi dell'art. 415, comma secondo, cod. civ., ha evidenziato il Giudice di legittimità, indipendentemente da una sua derivazione da specifica malattia o comunque infermità, e quindi, anche quando si traduca in atteggiamenti lucidi, espressione di libera scelta di vita, purché sia ricollegabile a motivi futili (ad esempio, frivolezza, vanità, ostentazione del lusso, disprezzo per coloro che lavorano, o a dispetto dei vincoli di solidarietà familiare). Ne discende che il suddetto comportamento non può costituire ragione d'inabilitazione del suo autore quando risponda a finalità aventi un proprio intrinseco valore. Nel caso di specie, la Suprema Corte ha ritenuto insussistenti gli estremi della prodigalità nella condotta di un soggetto che, mediante la redistribuzione della propria ricchezza a persone a lui vicine, anche se non parenti, intendeva dare una risposta positiva e costruttiva al naufragio della propria famiglia⁴¹.

In ragione delle significative differenze che intercorrono tra l'amministrazione di sostegno (diretta a valorizzare le residue capacità del soggetto debole) e dell'in-

cfr. rassegna dell'anno 2016, in materia di riconoscimento degli effetti civili del certificato di nascita estero di un bambino cui sia attribuita una doppia maternità, ma ha esteso la riconoscibilità all'ipotesi che una delle madri sia soltanto una c.d. madre sociale del bambino.

⁴⁰ Cass. Sez. VI-I, ord. 17.5.2017, n. 12333 (Ced Cass. Rv. 644272-01), est. De Chiara.

⁴¹ Cass. Sez. I, sent. 13.1.2017, n. 786 (Ced Cass. Rv. 643349-01), est. Genovese, edita in *Foro it.*, 2017, I, p. 1302, con annotazione redazionale, nonché, *on line*, nel sito *Diritto & Giustizia*, 16.1.2017, con nota di FRANCESCA VALERIO, *La prodigalità non va confusa con la generosità: non può essere inabilitato il soggetto che preferisce gli amici ai parenti*.

terdizione (volta a limitare la sfera d'azione di quel soggetto in relazione all'esigenza di salvaguardia del suo patrimonio nell'interesse dei suoi familiari), ha deciso la Cassazione, il divieto di contrarre matrimonio, previsto dall'art. 85 cod. civ. per l'interdetto, non trova generale applicazione nei confronti del beneficiario dell'amministrazione di sostegno, potendo essere disposto dal giudice tutelare solo in circostanze di eccezionale gravità, quando sia conforme all'interesse dell'amministrato. In tali casi, il matrimonio contratto da quest'ultimo può essere impugnato da lui stesso, ex art. 120 cod. civ., o dall'amministratore di sostegno ex art. 412, comma secondo, cod. civ., ma non dai terzi ex art. 119 cod. civ., non potendosi richiamare la disciplina dell'interdizione⁴².

La temporanea autorizzazione alla permanenza in Italia del familiare del minore, prevista dall'art. 31 del d.lgs. n. 286 del 1998, in presenza di gravi motivi connessi al suo sviluppo psico-fisico, può essere concessa in considerazione di qualsiasi danno grave che – con giudizio anche prognostico sulle conseguenze di una modificazione delle sue condizioni di vita e della relativa incidenza sulla sua personalità – il minore potrebbe subire in conseguenza dell'allontanamento dei suoi genitori, non potendo omettersi di valutare elementi quali l'età prescolare del soggetto tutelato ed il pregiudizio che il minore dovrebbe sopportare in conseguenza dell'eventuale distacco dal luogo in cui ha il centro dei propri interessi e relazioni. In applicazione dell'anzidetto principio, la Suprema Corte ha cassato il provvedimento del Tribunale per i minorenni che aveva negato l'autorizzazione invocata dai genitori albanesi di una minore, privi di attuale permesso di soggiorno, senza però valutare l'età prescolare della minore ed il suo radicamento sul territorio italiano⁴³.

L'art. 471 cod. civ., disponendo che le eredità devolute ai minori e agli interdetti non si possono accettare se non con il beneficio di inventario, esclude che il rappresentante legale dell'incapace possa accettare l'eredità in modo diverso. In conseguenza, l'eventuale accettazione tacita, esplicitata dal rappresentante legale mediante il compimento di uno degli atti previsti dall'art. 476 cod. civ., non produce alcun effetto giuridico nei confronti dell'incapace. Tuttavia, ha precisato la Corte di legittimità, se a seguito dell'inefficace accettazione dell'eredità per suo conto fatta dal legale rappresentante il soggetto già minore d'età non provvede – ai sensi dell'art. 489 cod. civ. – a conformarsi alle disposizioni degli artt. 484 e segg. cod. civ. entro l'anno dal raggiungimento della maggiore età, rimane ferma con pieni effetti l'accettazione pura e semplice già avvenuta nel suo interesse, ed acquistano efficacia anche tutti gli atti inerenti all'eredità accettata posti in essere dal rappresentante legale del minore. Nel caso di specie, la Suprema Corte ha confermato la sentenza d'appello che aveva riconosciuto l'efficacia dell'accettazione tacita fatta dai genitori del minore chiamato all'eredità, mediante resistenza nel giudizio promosso dall'erede legittimo per l'invalidità del testamento, sulla base della successiva costituzione

⁴² Cass. Sez. I, sent. 11.5.2015, n. 11536 (Ced Cass. Rv. 645839-01), est. Di Marzio M., edita in *Guida dir.*, 27/2017, p. 52, con nota di MARIO FINOCCHIARO, *La capacità di sposarsi non è limitata come nell'interdizione*, in *Fam. dir.*, 11/2017, p. 953, con note di FILIPPO DANOVI, *Matrimonio e amministrazione di sostegno: (generale) validità ed (eccezionali) impugnative*, nonché *Solo il P.M. può far valere la nullità della sentenza per il suo mancato intervento?*, ed in *Giur. it.*, 2018, p. 308, con nota di LUCIANO OLIVERO, *Incapacità e libertà matrimoniale tra dignità della persona e interessi familiari*.

⁴³ Cass. Sez. I, sent. 3.8.2017, n. 19433 (Ced Cass. Rv. 645180-01), est. Dogliotti.

in giudizio del chiamato in proprio dopo il raggiungimento della maggiore età, operata senza conformarsi alle disposizioni degli artt. 484 e segg. cod. civ.⁴⁴.

17. Il matrimonio concordatario.

La Cassazione ha statuito, in materia di matrimonio c.d. concordatario, che la scelta del regime di separazione dei beni dei coniugi, espressa davanti al ministro del culto cattolico officiante in occasione della celebrazione delle nozze, ed alla presenza di testimoni, è valida ed efficace, nei rapporti interni tra i coniugi, dal momento della celebrazione, ancorché non sia stata annotata nell'atto di matrimonio tempestivamente trascritto nei registri dello stato civile. Nella fattispecie concreta, l'atto di matrimonio concordatario era stato trascritto tempestivamente nei registri dello stato civile, privo però dell'annotazione relativa al regime patrimoniale della famiglia prescelto. L'annotazione era stata quindi trascritta dall'ufficiale dello stato civile, anni dopo, su richiesta del solo marito⁴⁵.

Parte II, *diritto processuale*

1. Il regime patrimoniale della famiglia.

La Suprema Corte ha statuito doversi escludere che i figli minori del debitore siano litisconsorti necessari nel giudizio promosso dal creditore per sentire dichiarare l'inefficacia dell'atto con il quale il primo abbia costituito alcuni beni di sua proprietà in fondo patrimoniale. Tanto deve affermarsi perché la costituzione del fondo patrimoniale determina soltanto un vincolo di destinazione sui beni confluiti nel fondo, affinché sia assicurato il soddisfacimento dei bisogni della famiglia con i loro frutti, ma non incide sulla titolarità dei beni stessi, né implica l'insorgere di una posizione di diritto soggettivo in favore dei singoli componenti del nucleo familiare, neppure con riguardo ai vincoli di disponibilità⁴⁶. Nella medesima decisione la Cassazione ha chiarito che l'interesse alla corretta amministrazione del patrimonio in *trust* non integra una posizione di diritto soggettivo attuale in favore dei beneficiari, ai quali siano attribuite dall'atto istitutivo soltanto facoltà non connotate da realtà, assoggettate a valutazioni discrezionali del *trustee*; conseguentemente, deve escludersi che i beneficiari non titolari di diritti attuali sui beni siano legittimati passivi e litisconsorti necessari nell'azione revocatoria avente ad oggetto i beni in *trust*, spettando invece la legittimazione, oltre che al debitore, al *trustee*, in quanto unico soggetto di riferimento nei rapporti con i terzi⁴⁷.

⁴⁴ Cass. Sez. II, sent. 15.9.2017, n. 21456 (Ced Cass. Rv. 645427-01), est. Abete.

⁴⁵ Cass. Sez. I, sent. 27.9.2017, n. 22594 (Ced Cass. Rv. 645783-01), est. Dogliotti, edita in *Guida dir.*, 1/2018, p. 57, con nota di MARCELLA FIORINI, *Il regime patrimoniale non si cambia con atto di un solo coniuge*, ed in *Giur. it.*, 2018, p. 1357, con nota di ROBERTO SENIGAGLIA, *Trascrizione del matrimonio concordatario e mancata annotazione della scelta del regime patrimoniale dichiarata nell'atto di celebrazione*.

⁴⁶ Cass. Sez. III, sent. 3.8.2017, n. 19376 (Ced Cass. Rv. 645384-01), est. Barreca, edita in *Guida dir.*, 43/2017, p. 43, con nota di MARCELLA FIORINI, *Ridotti i rischi di pretese creditorie sul patrimonio*, ed in *Dir. fam.*, 2018, p. 60, con annotazione redazionale.

⁴⁷ Cass. Sez. III, sent. 3.8.2017, n. 19376 (Ced Cass. Rv. 645384-02), est. Barreca, *loc. cit.*

2. *L'impugnazione del matrimonio.*

Il coniuge che impugni il matrimonio a causa di errore, ai sensi dell'art. 122 cod. civ., ha chiarito la Cassazione, è tenuto a provare l'esistenza di una malattia fisica o psichica dell'altro coniuge e la mancata conoscenza della stessa prima della celebrazione del matrimonio, oltre all'influenza di detta mancata conoscenza sul proprio consenso, mentre è rimesso al giudice l'apprezzamento della rilevanza della infermità ai fini dell'ordinario svolgimento della vita familiare. Nella concreta vicenda processuale, la Corte di legittimità ha confermato la sentenza impugnata che non aveva ritenuto un impedimento rilevante al normale svolgimento della vita coniugale l'orchite epididimite di cui era affetto il marito della ricorrente, patologia insorta successivamente al matrimonio e comunque curabile con ordinaria terapia antibiotica⁴⁸.

3. *Il giudizio di separazione personale dei coniugi. Le controversie sull'esercizio della potestà dei genitori: competenza territoriale.*

In tema di separazione personale dei coniugi, ha specificato la Suprema Corte, l'indagine sulla responsabilità di uno o di entrambi nella determinazione dell'intollerabilità della convivenza è riservata al giudice del merito ed è, quindi, censurabile in sede di legittimità nei limiti previsti dall'art. 360, comma primo, n. 5, cod. proc. civ.⁴⁹.

Proposta nei confronti del coniuge, nell'ambito di un giudizio di separazione personale, soggetto al rito camerale, la domanda di restituzione di somme di danaro o di beni mobili al di fuori delle ipotesi di connessione qualificata di cui agli artt. 31, 32, 34, 35 e 36 cod. proc. civ., in mancanza di una ragione di connessione idonea a consentire, ai sensi dell'art. 40, comma terzo, cod. proc. civ., la trattazione unitaria delle cause, può essere eccepita dalle parti o rilevata dal giudice non oltre la prima udienza, in analogia a quanto disposto dal medesimo art. 40, comma secondo, ha chiarito la Cassazione, sicché essa non può essere rilevata d'ufficio per la prima volta in appello al fine di dichiarare l'inammissibilità della domanda di restituzione, esaminata e decisa nel merito in primo grado⁵⁰.

Ai fini dell'individuazione del Tribunale territorialmente competente sulla domanda di separazione personale dei coniugi, ha rilevato il Giudice di legittimità, l'art. 706, comma primo, cod. proc. civ. impone, quale criterio principale di collegamento, l'ultima residenza comune e, solo nell'ipotesi in cui non vi sia mai stata convivenza tra i coniugi, il criterio subordinato della residenza o del domicilio della parte convenuta⁵¹.

In tema di separazione personale dei coniugi, ha chiarito la Cassazione, le dichiarazioni rese da questi ultimi in sede di udienza presidenziale non hanno valore pro-

⁴⁸ Cass. Sez. VI-I, ord. 13.2.2017, n. 3742 (Ced Cass. Rv. 643654-01), est. Acierio, edita in *Fam. dir.*, 10/2017, p. 857, con nota di REBECCA GELLI, *Patologia del coniuge, errore e annullamento del matrimonio*.

⁴⁹ Cass. Sez. I, sent. 3.2.2017, n. 2960 (Ced Cass. Rv. 643860-01), est. Lamorgese.

⁵⁰ Cass. Sez. I, sent. 8.2.2017, n. 3316 (Ced Cass. Rv. 643722-01), est. Falabella.

⁵¹ Cass. Sez. VI-I, ord. 16.2.2017, n. 4109 (Ced Cass. Rv. 643981-01), est. Di Virgilio.

batorio di confessione giudiziale e, pertanto, la loro omessa valutazione non integra il vizio di cui all'art. 112 cod. proc. civ. in quanto elementi di fatto concorrenti alla complessiva valutazione finale da parte del giudice di merito⁵².

La pronuncia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, ha spiegato la Suprema Corte, operando *ex nunc* dal momento del passaggio in giudicato, non comporta la cessazione della materia del contendere nel giudizio di separazione personale che sia iniziato anteriormente e sia tuttora in corso, ove esista l'interesse di una delle parti alla operatività della pronuncia e dei conseguenti provvedimenti patrimoniali, come nel caso in cui permanga quello alla definitiva regolamentazione dell'assegno di mantenimento fino alla cessazione del relativo obbligo⁵³.

Il decreto presidenziale assunto in sede di modifica della separazione personale dei coniugi che, nel fissare la comparizione delle parti anche al fine dell'assunzione dei necessari provvedimenti istruttori, formuli rilievi di carattere meramente incidentale in ordine alla questione di giurisdizione sollevata dalla parte convenuta (la cui decisione, peraltro, è di competenza del collegio), ha statuito la Suprema Corte, non osta alla proponibilità del regolamento di giurisdizione, non esorbitando dalla funzione attribuita ai provvedimenti assunti ex art. 708 cod. proc. civ., che è meramente provvisoria ed interinale e, dunque, priva del carattere della decisorietà⁵⁴. Nella medesima decisione, le Sezioni Unite hanno pure chiarito che l'accettazione della giurisdizione italiana nell'ambito del giudizio di separazione personale non esplica alcun effetto nel successivo procedimento di modifica delle condizioni della separazione instaurato per ottenere l'affidamento di figli minori, sia perché quest'ultimo è un nuovo giudizio (come si evince anche dall'art. 12, par. 2, lett. a), del reg. CE n. 2201 del 2003), sebbene ricollegato al regolamento attuato con la decisione definitiva o con l'omologa della separazione consensuale non più reclamabile, in base al suo carattere di giudicato *rebus sic stantibus*, sia perché il criterio di attribuzione della giurisdizione fondato sulla cd. vicinanza, dettato nell'interesse superiore del minore come delineato dalla Corte di giustizia della UE, assume una pregnanza tale da comportare l'esclusione della validità del consenso del genitore alla proroga della giurisdizione⁵⁵.

La disposizione di cui all'art. 709-*bis* cod. proc. civ., come modificata dall'art. 1, comma 4, della legge n. 263 del 2005, ha evidenziato la Corte di legittimità, sancisce esplicitamente in materia di pronuncia immediata sullo *status*, la già ritenuta equiparazione fra il procedimento di separazione tra i coniugi e quello di divorzio, così evitando condotte processuali dilatorie tali da incidere negativamente sul diritto di una delle parti ad ottenere una pronuncia sollecitata in ordine al proprio *status*⁵⁶.

⁵² Cass. Sez. VI-I, ord. 24.2.2017, n. 4860 (Ced Cass. Rv. 643656-01), est. Acierno.

⁵³ Cass. Sez. I, sent. 28.2.2017, n. 5062 (Ced Cass. Rv. 644316-01), est. Mercolino.

⁵⁴ Cass. SS.UU., sent. 5.6.2017, n. 13912 (Ced Cass. Rv. 644555-01), est. Campanile, edita in *Dir. fam.*, 2017, p. 50, con annotazione redazionale, ed in *Foro it.*, 2018, I, p. 621, con annotazione redazionale. La decisione è pubblicata anche *on line*, nel sito *Ifamiliarista.it*, 18.12.2017, con nota di GIUSEPPINA PIZZOLANTE, *La competenza giurisdizionale nel caso di minore bipolide residente all'estero*.

⁵⁵ Cass. SS.UU., sent. 5.6.2017, n. 13912 (Ced Cass. Rv. 644555-02), est. Campanile.

⁵⁶ Cass. Sez. VI-I, ord. 31.8.2017, n. 20666 (Ced. Cass. Rv. 645698-01), est. Bisogni, edita *on line* nel sito *Ilprocessocivile.it*, 25.6.2018, con nota di SIMONA ROSSI, *Equiparazione del procedimento di separazione a quello di divorzio in materia di status*, e nel sito *Diritto & Giustizia*, 1.9.2017, con

Nella stessa decisione, la Cassazione ha avuto modo di precisare che la sentenza non definitiva di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, che il Tribunale è tenuto a pronunciare d'ufficio quando la causa sia sul punto matura per la decisione, ed alla quale faccia seguito la prosecuzione del giudizio per le altre statuizioni, costituisce uno strumento di accelerazione dello svolgimento del processo che non determina un'arbitraria discriminazione nei confronti del coniuge economicamente più debole, sia perchè è sempre possibile richiedere provvedimenti temporanei ed urgenti, ai sensi dell'art. 4 della legge n. 898 del 1970, peraltro modificabili e revocabili dal giudice istruttore al mutare delle circostanze, sia per l'effetto retroattivo, fino al momento della domanda, che può essere attribuito in sentenza al riconoscimento dell'assegno di divorzio. In conseguenza, è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 9, della legge n. 898 del 1970 (nel testo sostituito dell'art. 8 della legge n. 74 del 1987), sollevata in riferimento agli artt. 2, 3 e 29 Cost.⁵⁷.

In tema di separazione personale tra coniugi e di divorzio, ed anche con riferimento ai figli di genitori non coniugati, il criterio fondamentale cui devono ispirarsi i relativi provvedimenti è rappresentato dall'esclusivo interesse morale e materiale dei figli (previsto in passato dall'art. 155 cod. civ. e ora dall'art. 337-ter cod. civ.) con la conseguenza che il giudice non è vincolato alle richieste avanzate ed agli accordi intercorsi tra le parti e può quindi pronunciarsi anche *ultra petitum*. Nel caso di specie la Suprema Corte ha confermato il decreto della Corte d'appello che aveva ritenuto di includere fra le spese straordinarie da concordare preventivamente fra i genitori, oltre alle sportive e ricreative, anche quelle mediche e scolastiche, ancorché non costituissero oggetto del reclamo⁵⁸.

Il procedimento ex art. 709-ter cod. proc. civ., ha statuito la Corte di cassazione, si instaura nel luogo di residenza abituale del minore, senza che assumano rilievo la mera residenza anagrafica o eventuali trasferimenti contingenti o temporanei, atteso che nella individuazione in concreto del luogo di abituale dimora non può farsi riferimento ad un dato meramente quantitativo, rappresentato dalla prossimità temporale del trasferimento di residenza e dalla maggiore durata del soggiorno in altra città, essendo, invece, necessaria una prognosi sulla probabilità che la nuova dimora diventi l'effettivo e stabile centro d'interessi del minore, ovvero resti su un piano di verosimile precarietà o sia un mero espediente per sottrarlo alla vicinanza dell'altro genitore o alla disciplina della competenza territoriale⁵⁹.

La morte di uno dei coniugi, sopravvenuta in pendenza del giudizio di separazione personale, anche nella fase di legittimità, comporta la declaratoria di cessazione della materia del contendere, ha deciso la Suprema Corte, travolgendo tutte le precedenti pronunce emesse non ancora passate in giudicato, anche con riferimento alle istanze accessorie circa la regolamentazione dei rapporti patrimoniali attinenti alla cessazione della convivenza, mentre restano salve le domande autonome che, proposte nello stesso giudizio, riguardano diritti e rapporti patrimoniali

nota di KATIA MASCAIA, *Status di separato dichiarato con sentenza non definitiva*.

⁵⁷ Cass. Sez. VI-I, ord. 31.8.2017, n. 20666 (Ced. Cass. Rv. 645698-02), est. Bisogni, *loc. cit.*

⁵⁸ Cass. Sez. VI-I, ord. 23.10.2017, n. 25055 (Ced. Cass. Rv. 646055-01), est. Mercolino,

⁵⁹ Cass. Sez. VI-I, ord. 17.11.2017, n. 27358 (Ced. Cass. Rv. 646774-01), est. Valitutti, edita *on line* nel sito *Ilfamiliarista.it*, 16.5.2018, con nota di FRANCESCA TIZI, *Competente il giudice della residenza abituale del minore per i provvedimenti relativi al diritto di visita*.

indipendenti dalla modificazione soggettiva dello *status*, già acquisiti al patrimonio dei coniugi, e nei quali subentrano gli eredi⁶⁰.

4. Separazione personale dei coniugi: questioni patrimoniali.

L'art. 156, comma secondo, cod. civ., stabilisce che il giudice debba determinare la misura dell'assegno tenendo conto non solo dei redditi delle parti ma anche di altre circostanze non indicate specificatamente, né determinabili *a priori*, ma da individuarsi in tutti quegli elementi fattuali di ordine economico, o comunque apprezzabili in termini economici, diversi dal reddito ed idonei ad incidere sulle condizioni economiche delle parti. La Corte di legittimità ha specificato che la valutazione di tali elementi, peraltro, non richiede necessariamente l'accertamento dei redditi nel loro esatto ammontare, essendo sufficiente un'attendibile ricostruzione delle complessive situazioni patrimoniali e reddituali dei coniugi⁶¹.

In materia di separazione personale dei coniugi, il Giudice di legittimità ha specificato che la controversia relativa al rimborso della quota parte delle spese straordinarie relative ai figli, sostenute dal coniuge affidatario, non è solo soggetta agli ordinari criteri di competenza, in quanto diversa da quella concernente il regolamento dei rapporti tra coniugi ma, ove le somme non risultino previamente determinate o determinabili, in base al titolo e con un semplice calcolo aritmetico, è anche caratterizzata dalla necessità di un accertamento circa l'insorgenza dell'obbligo di pagamento e dell'esatto ammontare della spesa, da effettuarsi in comparazione con quanto stabilito dal giudice della separazione⁶².

La Corte di legittimità ha confermato che, diversamente da quanto avviene nel giudizio di divorzio, ove le ragioni della decisione e più genericamente le condizioni dei coniugi assumono rilievo ai fini della determinazione dell'assegno insieme con numerosi altri elementi, nel giudizio di separazione personale le condizioni alle quali sono sottoposti il diritto al mantenimento, ed il suo concreto ammontare, consistono soltanto: nella non addebitabilità della separazione al coniuge in favore del quale viene disposto il mantenimento, oltre alla mancanza, per il beneficiario, di adeguati redditi propri, ed alla sussistenza di una disparità economica fra i due coniugi. Ne consegue che il coniuge cui non sia stata addebitata la separazione ha diritto al mantenimento, al ricorrere delle altre condizioni, a prescindere dal fatto che la separazione sia stata promossa con o senza addebito alla controparte⁶³.

In tema di revisione delle condizioni economiche della separazione personale, la revoca dell'assegno di mantenimento in favore del coniuge o dei figli non comporta, di per sé, l'accoglimento della contrapposta domanda di automatico aumento delle altre contribuzioni ancora dovute. Nel caso di specie, la Suprema Corte, pronunciando con riferimento all'assegno di mantenimento in favore del coniuge a seguito della raggiunta indipendenza economica di uno dei figli, ha affermato che, in difetto

⁶⁰ Cass. Sez. VI-I, ord. 12.12.2017, n. 29669 (Ced Cass. Rv. 646789-01), est. Mercolino.

⁶¹ Cass. Sez. I, sent. 12.1.2017, n. 605 (Ced Cass. Rv. 643254-01), est. Terrusi, edita *on line*, sul sito *Ilfamiliarista.it*, 10.4.2017, con nota di CRISTINA RAVERA, *Separazione personale dei coniugi: come si calcola l'assegno di mantenimento?*

⁶² Cass. Sez. I, sent. 18.1.2017, n. 1161 (Ced Cass. Rv. 643493-01), est. Terrusi.

⁶³ Cass. Sez. VI-I, ord. 1.3.2017, n. 5251 (Ced Cass. Rv. 643811-01), est. Lamorgese.

di prova contraria a cura del coniuge richiedente, deve presumersi che la misura dell'assegno in suo favore corrisponda alle sole necessità di cui all'art. 156 cod. civ. e non sia stata stabilita considerando anche il concorrente onere del richiedente di contribuire al mantenimento dei figli⁶⁴.

In tema di separazione personale tra coniugi, la domanda rivolta a richiedere un assegno di natura alimentare, ha chiarito il Giudice di legittimità, costituisce un *minus* ricompreso nella più ampia domanda di riconoscimento di un assegno di mantenimento per il coniuge. Ne consegue che la relativa istanza – ancorché formulata per la prima volta in appello in conseguenza della dichiarazione di addebito – è ammissibile, non essendo qualificabile come nuova ai sensi dell'art. 345 cod. proc. civ., attesa anche la natura degli interessi ad essa sottostanti⁶⁵.

5. Il giudizio di divorzio

La Suprema Corte ha deciso che non è ammissibile il cumulo in unico processo della domanda di divorzio, soggetta al rito camerale, con quella di divisione dei beni comuni dei coniugi, soggetta al rito ordinario, trattandosi di domande non legate da vincoli di connessione, ma autonome e distinte l'una dall'altra⁶⁶.

La morte di uno dei coniugi, sopravvenuta in pendenza del giudizio di separazione personale o di divorzio, anche nella fase di legittimità, ha chiarito la Corte di cassazione, comporta la declaratoria di cessazione della materia del contendere, con riferimento al rapporto di coniugio ed a tutti i profili economici connessi; l'evento della morte sortisce l'effetto di travolgere ogni pronuncia in precedenza emessa e non ancora passata in giudicato⁶⁷.

6. L'assegno per l'ex coniuge in conseguenza del divorzio

La revisione dell'assegno divorzile di cui all'art. 9 della legge n. 898 del 1970, ha confermato la Suprema Corte, postula l'accertamento di una sopravvenuta modifica delle condizioni economiche degli ex coniugi idonea a mutare il pregresso assetto patrimoniale realizzato con il precedente provvedimento attributivo dell'assegno, secondo una valutazione comparativa delle condizioni suddette di entrambe le parti. In particolare, in sede di revisione, il giudice non può procedere ad una nuova ed autonoma valutazione dei presupposti o della entità dell'assegno, sulla base di una diversa ponderazione delle condizioni economiche delle parti già compiuta in sede di sentenza divorzile, ma, nel pieno rispetto delle valutazioni espresse al momento della attribuzione dell'emolumento, deve limitarsi a verificare se, ed in che misura, le circostanze, sopravvenute e provate dalle parti, abbiano alterato l'equilibrio così

⁶⁴ Cass. Sez. I, sent. 9.8.2017, n. 19746 (Ced Cass. Rv. 645390-01), est. Bisogni, edita in *Dir. fam.*, 2017, p. 71, con annotazione redazionale. La decisione è pubblicata anche *on line*, nel sito *lfamiliarista.it*, 6.12.2017, con nota di DOMENICA LEONE, *Raggiunta indipendenza economica dei figli e aumento delle contribuzioni a favore degli altri beneficiari*.

⁶⁵ Cass. Sez. VI-I, ord. 21.11.2017, n. 27695 (Ced Cass. Rv. 646778-01), est. Cristiano.

⁶⁶ Cass. Sez. VI-I, ord. 13.3.2017, n. 6424 (Ced Cass. Rv. 644268-01), est. Bisogni.

⁶⁷ Cass. Sez. VI-I, ord. 8.11.2017, n. 26489 (Ced Cass. Rv. 646765-01), est. Lamorgese.

raggiunto e adeguare l'importo, o lo stesso obbligo della contribuzione, alla nuova situazione patrimoniale-reddituale accertata⁶⁸.

La Corte di legittimità ha osservato, in considerazione del disposto di cui all'art. 9 della legge n. 898 del 1970 (così come modificato dall'art. 2 della legge n. 436 del 1978 e dall'art. 13 della legge n. 74 del 1987), che le sentenze di divorzio passano in cosa giudicata *rebus sic stantibus*, rimanendo cioè suscettibili di modifica quanto ai rapporti economici o all'affidamento dei figli in relazione alla sopravvenienza di fatti nuovi, mentre la rilevanza dei fatti pregressi e delle ragioni giuridiche non adottate nel giudizio che vi ha dato luogo rimane esclusa in base alla regola generale secondo cui il giudicato copre il dedotto ed il deducibile. Pertanto, nel caso di mancata attribuzione dell'assegno divorzile in sede di giudizio di divorzio, per rigetto o per mancanza della relativa domanda, la determinazione dello stesso può avvenire solo in caso di sopravvenienza di fatti nuovi concernenti le condizioni o il reddito di uno dei coniugi. Nel caso di specie, la Suprema Corte ha cassato la decisione impugnata, rigettando la domanda di assegno divorzile, da qualificarsi correttamente come modifica delle condizioni preesistenti, cristallizzate nella pronuncia di cessazione degli effetti civili del matrimonio, per omessa deduzione ed allegazione di fatti modificativi della situazione anteatta⁶⁹.

Il diritto all'assegno di divorzio, di cui all'art. 5, comma 6, della legge n. 898 del 1970, come sostituito dall'art. 10 della legge n. 74 del 1987, ha spiegato la Cassazione, è condizionato dal suo previo riconoscimento in base ad una verifica giudiziale che si articola necessariamente in due fasi, tra loro nettamente distinte e poste in ordine progressivo dalla norma (nel senso che alla seconda può accedersi solo all'esito della prima, ove conclusasi con il riconoscimento del diritto): una prima fase, concernente l'*an debeat*, informata al principio dell'autoresponsabilità economica di ciascuno dei coniugi quali "persone singole" ed il cui oggetto è costituito esclusivamente dall'accertamento volto al riconoscimento, o meno, del diritto all'assegno divorzile fatto valere dall'ex coniuge richiedente; una seconda fase, riguardante il *quantum debeat*, improntata al principio della solidarietà economica dell'ex coniuge obbligato alla prestazione dell'assegno nei confronti dell'altro quale persona economicamente più debole (artt. 2 e 23 Cost.), che investe soltanto la determinazione dell'importo dell'assegno stesso⁷⁰. Nella medesima decisione, la Corte di

⁶⁸ Cass. Sez. I, sent. 13.1.2017, n. 787 (Ced Cass. Rv. 643350-01), est. Genovese, edita *on line*, sul sito *Ilfamiliarista.it*, 19.4.2017, con nota di MARTA ROVACCHI, *Ridotto l'assegno divorzile per intervenuta invalidità del coniuge onerato*.

⁶⁹ Cass. Sez. I, sent. 13.1.2017, n. 2953 (Ced Cass. Rv. 643718-01), est. Acierno, edita in *Dir. giust.*, 22/2017, p. 2, con nota di PAOLA PALEARI, *Il dedotto ed il deducibile opera anche in assenza della domanda di assegno divorzile*, e pubblicata *on line*, sul sito *Ilfamiliarista.it*, 28.7.2017, con nota di ANGELA BUSACCA, *Solo fatti e circostanze sopravvenute possono fondare una richiesta di assegno divorzile*.

⁷⁰ Cass. Sez. I, sent. 10.5.2017, n. 11504 (Ced Cass. Rv. 644019-01), est. Lamorgese. La sentenza, che ha sostituito, in materia di quantificazione dell'assegno divorzile per l'ex coniuge, il criterio del *tenore di vita* della pregressa convivenza coniugale, con quello dell'*autosufficienza o indipendenza economica* dell'ex coniuge bisognoso, è stata pubblicata ed annotata su tutte le principali riviste, tra l'altro in *Giur. it.*, 2017, p. 1299, con nota di ADOLFO DI MAJO, *Assistenza o riequilibrio negli effetti del divorzio?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 7-8, 2017, I, p. 1001, con nota di UMBERTO ROMA, *Assegno di divorzio: dal tenore di vita all'indipendenza economica*, ed in *Vita not.*, 2/2017, p. 685, con nota di GIANFRANCESCO VECCHIO, *La Suprema Corte decide di aderire alle scelte legislative in materia di assegno di divorzio*.

legittimità ha pure chiarito che il giudice del divorzio, richiesto dell'assegno di cui all'art. 5, comma 6, della legge n. 898 del 1970, come sostituito dall'art. 10 della legge n. 74 del 1987, nel rispetto della distinzione del relativo giudizio in due fasi deve verificare: a), nella fase dell'*an debeatur*, se la domanda dell'ex coniuge richiedente soddisfa le relative condizioni di legge (mancanza di «mezzi adeguati» o, comunque, impossibilità «di procurarseli per ragioni oggettive»), non con riguardo ad un «tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio», ma con esclusivo riferimento all'«indipendenza o autosufficienza economica» dello stesso, desunta dai principali «indici» – salvo altri, rilevanti nelle singole fattispecie – del possesso di redditi di qualsiasi specie e/o di cespiti patrimoniali mobiliari ed immobiliari (tenuto conto di tutti gli oneri *lato sensu* imposti e del costo della vita nel luogo di residenza dell'ex coniuge richiedente), della capacità e possibilità effettive di lavoro personale (in relazione alla salute, all'età, al sesso e al mercato del lavoro dipendente o autonomo), della stabile disponibilità di una casa di abitazione; ciò sulla base delle pertinenti allegazioni deduzioni e prove offerte dal richiedente medesimo, sul quale incombe il corrispondente onere probatorio, fermo il diritto all'eccezione ed alla prova contraria dell'altro ex coniuge; deve inoltre tener conto: b), nella fase del *quantum debeatur*, di tutti gli elementi indicati dalla norma («condizioni dei coniugi», «ragioni della decisione», «contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune», «reddito di entrambi») e valutare «tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio», al fine di determinare in concreto la misura dell'assegno divorzile, sulla base delle pertinenti allegazioni, deduzioni e prove offerte, secondo i normali canoni che disciplinano la distribuzione dell'onere della prova⁷¹.

Il giudice richiesto della revisione dell'assegno divorzile che incida sulla stessa spettanza del relativo diritto (precedentemente riconosciuto), in ragione della sopravvenienza di giustificati motivi dopo la sentenza che abbia pronunciato lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, ha ribadito la Corte di legittimità, deve verificare se tali motivi giustificano, o meno, la negazione del diritto all'assegno a causa della sopraggiunta «indipendenza o autosufficienza economica» dell'ex coniuge beneficiario, desunta dai seguenti «indici»: possesso di redditi di qualsiasi specie e/o di cespiti patrimoniali mobiliari ed immobiliari (tenuto conto di tutti gli oneri *lato sensu* imposti e del costo della vita nel luogo di residenza dell'ex coniuge richiedente), capacità e possibilità effettive di lavoro personale (in relazione alla salute, all'età, al sesso ed al mercato del lavoro dipendente o autonomo), stabile disponibilità di una casa di abitazione, nonché eventualmente altri – rilevanti nelle singole fattispecie – senza, invece, tener conto del tenore di vita goduto in costanza di matrimonio; il tutto sulla base delle pertinenti allegazioni, deduzioni e prove offerte dall'ex coniuge obbligato, sul quale incombe il corrispondente onere

⁷¹ Cass. Sez. I, sent. 10.5.2017, n. 11504 (Ced Cass. Rv. 644019-02), est. Lamorgese. La decisione risulta edita anche in *Foro it.*, 2017, I, p. 2707, con note di MIRZIA BIANCA, *Il nuovo orientamento in tema di assegno divorzile. Una storia incompiuta*, e di SALVATORE PATTI, *Assegno di divorzio: un passo verso l'Europa?*, in *Dir. fam.*, 2017, p. 793, con nota di GIANCARLO SAVI, *La rilevanza del tenore di vita nel regolamento delle crisi del rapporto coniugale*, ed in *Fam. dir.*, 7/2017, p. 636, con note di ENRICO AL MUREDEN, *L'assegno divorzile tra autoresponsabilità e solidarietà post-coniugale*, e di FILIPPO DANOVÌ, *Assegno di divorzio e irrilevanza del tenore di vita matrimoniale: il valore del precedente per i giudizi futuri e l'impatto sui divorzi già definitivi*.

probatorio, fermo il diritto all'eccezione ed alla prova contraria dell'ex coniuge beneficiario⁷².

Il giudice del divorzio, richiesto dell'assegno di cui all'art. 5, comma 6, della legge n. 898 del 1970, come sostituito dall'art. 10 della legge n. 74 del 1987, ha poi ribadito la Cassazione, nel rispetto della distinzione del relativo giudizio in due fasi: a) deve verificare, nella fase dell'*an debeat*, se la domanda dell'ex coniuge richiedente soddisfa le relative condizioni di legge (mancanza di «mezzi adeguati» o, comunque, impossibilità «di procurarseli per ragioni oggettive»), non con riguardo ad un «tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio», ma con esclusivo riferimento all'«indipendenza o autosufficienza economica» dello stesso, desunta dai principali «indici» – salvo altri, rilevanti nelle singole fattispecie – del possesso di redditi di qualsiasi specie e/o di cespiti patrimoniali mobiliari ed immobiliari (tenuto conto di tutti gli oneri *lato sensu* imposti e del costo della vita nel luogo di residenza dell'ex coniuge richiedente), della capacità e possibilità effettive di lavoro personale (in relazione alla salute, all'età, al sesso e al mercato del lavoro dipendente o autonomo), della stabile disponibilità di una casa di abitazione; ciò sulla base delle pertinenti allegazioni, deduzioni e prove, offerte dal richiedente medesimo, sul quale incombe il corrispondente onere probatorio, fermo il diritto all'eccezione ed alla prova contraria dell'altro ex coniuge; b) deve tener conto, nella fase del *quantum debeat*, di tutti gli elementi indicati dalla norma («condizioni dei coniugi», «ragioni della decisione», «contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune», «reddito di entrambi») e valutare «tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio» al fine di determinare in concreto la misura dell'assegno divorzile, sulla base delle pertinenti allegazioni, deduzioni e prove offerte, secondo i normali canoni che disciplinano la distribuzione dell'onere della prova. Nella concreta fattispecie la Suprema Corte, in applicazione del presupposto criterio di indipendenza e autosufficienza economica ai fini dell'attribuzione dell'assegno divorzile, ha cassato la sentenza di merito che aveva accolto la domanda sulla base del «mero divario tra le retribuzioni delle parti», e dell'inadeguatezza dello stipendio percepito dal coniuge richiedente «se raffrontato alla situazione economica» goduta «in costanza di matrimonio»⁷³.

7. La casa coniugale

In sede di valutazione della domanda di rilascio proposta dal comodante nei confronti del coniuge cui l'immobile è stato assegnato quale casa familiare, la Corte di legittimità ha statuito che il giudice è tenuto ad accertare, ai sensi dell'art. 1810 cod. civ., che perduri, nell'interesse dei figli conviventi minorenni (o maggiorenni,

⁷² Cass. Sez. I, sent. 22.6.2017, n. 15481 (Ced Cass. Rv. 644763-01), est. Genovese, edita in *Nuova giur. civ. comm.*, 11, 2017, p. 1473, con nota di AURORA VESTO, *Revisione dell'assegno post-matrimoniale: dal dogma del "tenore di vita" all'"autosufficienza e autoresponsabilità economica"*, ed in *Foro it.*, I, 2017, p. 2263, con annotazione redazionale di GEREMIA CASABURI. Decisione edita anche *on line*, nel sito *Ilfamiliarista.it*, 5.9.2017, con nota di SABINA ANNA RITA GALLUZZO, *Superato il criterio del tenore di vita anche in sede di revisione dell'assegno*.

⁷³ Cass. Sez. VI-I, ord. 9.10.2017, n. 23602 (Ced Cass. Rv. 646041-01), est. Genovese.

ma non autosufficienti), la destinazione dell'intero bene all'uso cui è stato adibito, dovendo, in caso contrario, ordinarne la restituzione, quanto meno parziale⁷⁴. Nella stessa sentenza, il Giudice di legittimità ha avuto occasione di ribadire che la Corte di cassazione, allorquando sia denunciato un *error in procedendo*, è anche giudice del fatto ed ha il potere di esaminare direttamente gli atti di causa; tuttavia, non essendo il predetto vizio rilevabile *ex officio*, è necessario che la parte ricorrente indichi gli elementi individuanti e caratterizzanti il "fatto processuale" di cui richiede il riesame e, quindi, che il corrispondente motivo sia ammissibile e contenga, per il principio di autosufficienza del ricorso, tutte le precisazioni e i riferimenti necessari ad individuare la dedotta violazione processuale⁷⁵.

8. I figli nati da genitori non uniti in matrimonio.

In tema di riconoscimento di figlio naturale, l'art. 250 cod. civ. (come modificato dall'art. 1, comma 2, lett. b, della legge n. 219 del 2012) subordina, nell'ipotesi di minore infraquattordicenne, la possibilità del secondo riconoscimento al consenso del genitore che detto riconoscimento ha già effettuato e dispone, altresì, che al compimento del quattordicesimo anno il minore (anche se nato o concepito prima dell'entrata in vigore della legge n. 219 del 2012 cit.) divenga titolare di un autonomo potere di incidere sul diritto del genitore al riconoscimento, configurando il suo assenso quale elemento costitutivo dell'efficacia della domanda stessa di riconoscimento. Ne consegue, ha chiarito il Giudice di legittimità, che il raggiungimento da parte del minore della "maggiore età", ritenuta dal legislatore adeguata ad esprimere un meditato giudizio, dato rilevabile d'ufficio, determina il venir meno della necessità del consenso del primo genitore al riconoscimento da parte dell'altro e, in difetto, dell'intervento del giudice. Nel caso di specie la Suprema Corte, preso atto che il minore aveva compiuto quattordici anni nel corso del processo ed aveva rifiutato il suo assenso al riconoscimento, ha dichiarato, su ricorso della madre, cessata la materia del contendere, cassando senza rinvio la sentenza di riconoscimento della paternità⁷⁶.

Il decreto emesso ai sensi dell'art. 317-*bis* cod. civ. ha natura sostanziale di sentenza, ha chiarito il Giudice di legittimità, perché presenta i requisiti della decisorietà, risolvendo una controversia tra contrapposte posizioni di diritto soggettivo, nonché della definitività, con efficacia assimilabile, *rebus sic stantibus*, a quella del giudicato. Ne discende che, in relazione a tale decreto, debbono applicarsi i termini di impugnazione dettati dagli artt. 325 e 327 cod. proc. civ., trattandosi di appello da proporsi mediante ricorso, e non di reclamo ex art. 739 cod. proc. civ.⁷⁷.

La sentenza dichiarativa della filiazione naturale produce gli effetti del riconoscimento, ai sensi dell'art. 277 cod. civ., e quindi, giusta la previsione di cui all'art.

⁷⁴ Cass. Sez. I, sent. 2.2.2017, n. 2771 (Ced Cass. Rv. 643715-02), est. Valitutti.

⁷⁵ Cass. Sez. I, sent. 2.2.2017, n. 2771 (Ced Cass. Rv. 643715-01), est. Valitutti.

⁷⁶ Cass. Sez. I, sent. 13.1.2017, n. 781 (Ced Cass. Rv. 643346-01), est. Aciermo, pubblicata in *Giur. it.*, 2017, p. 2604, con nota di FERDINANDO MANCINI, *Revocatoria ordinaria e credito eventuale*, decisione edita anche *on line*, sul sito *Ifamiliarista.it*, 23.5.2017, con nota di ANNARITA OLIVA, *Azione di opposizione al riconoscimento del figlio e assenso del minore ultraquattordicenne*.

⁷⁷ Cass. Sez. VI-I, ord. 8.2.2017, n. 3302 (Ced Cass. Rv. 643362-01), est. Genovese,

261 cod. civ., implica per il genitore tutti i doveri propri della procreazione legittima, incluso quello del mantenimento ex art. 148 cod. civ. La Corte di legittimità ha perciò chiarito che la relativa obbligazione si collega allo *status* genitoriale ed assume, di conseguenza, decorrenza dalla nascita del figlio, con il corollario che l'altro genitore, il quale nel frattempo abbia assunto l'onere del mantenimento anche per la porzione di pertinenza del genitore giudizialmente dichiarato (secondo i criteri di ripartizione di cui al citato art. 148 cod. civ.), ha diritto di regresso per la corrispondente quota, sulla scorta delle regole dettate dall'art. 1299 cod. civ. nei rapporti fra condebitori solidali. Tuttavia, la condanna al rimborso di detta quota per il periodo precedente la proposizione dell'azione non può prescindere da un'espressa domanda della parte, attenendo tale pronuncia alla definizione dei rapporti pregressi tra debitori solidali, ossia a diritti disponibili e, quindi, non incidendo sull'interesse superiore del minore, che soltanto legittima l'esercizio dei poteri officiosi attribuiti al giudice dall'art. 277, comma secondo, cod. civ. La necessità di analoga domanda non ricorre riguardo ai provvedimenti da adottare in relazione al periodo successivo alla proposizione dell'azione, atteso che, durante la pendenza del giudizio, resta fermo il potere del giudice adito, in forza della norma suindicata, di adottare di ufficio i provvedimenti che stimi opportuni per il mantenimento del minore. In applicazione di detti principi, la Suprema Corte ha cassato la sentenza impugnata per aver trascurato sia la circostanza che le parti avevano compiutamente delimitato, in termini temporali, l'ambito delle rispettive pretese, sia che, al momento dell'introduzione dell'azione, la figlia non era più minorenni, con la conseguenza che non residuava alcuno spazio per l'esercizio di poteri officiosi da parte del giudice⁷⁸.

L'accoglimento dell'impugnazione del riconoscimento di figlio nato da genitori non coniugati per difetto di veridicità, di cui all'art. 263 cod. civ., ha deciso la Suprema Corte rivedendo il proprio tradizionale orientamento, non richiede sia fornita la prova dell'assoluta impossibilità del concepimento e, come avviene in relazione a giudizi analoghi, quale il disconoscimento di paternità (art. 243-*bis* cod. civ.), assume invece un rilievo determinante il rifiuto di sottoposizione alla consulenza tecnica genetica⁷⁹ ad opera di alcuna delle parti⁸⁰. Nella stessa decisione la Cassazione ha chiarito che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità da parte del suo autore, ex art. 263 cod. civ., ancorché non richieda la sopravvenienza di elementi di conoscenza nuovi rispetto a quelli noti al momento del riconoscimento, non ne costituisce una revoca, non consentita dall'art. 256 cod. civ., poiché l'autore che impugna il riconoscimento è tenuto a dimostrare la non rispondenza del rico-

⁷⁸ Cass. Sez. I, sent. 28.3.2017, n. 7960 (Ced Cass. Rv. 644384-02), est. De Marzo, edita *on line*, sul sito *Ilfamilarista.it*, 6.7.2017, con nota di FRANCO FABIO FRANCESCO, *L'accertamento della paternità dei figli nati fuori dal matrimonio non si prescrive*.

⁷⁹ Cass. Sez. I, ord. 14.12.2017, n. 30122 (Ced Cass. Rv. 646848-01), est. Di Marzio P., edita in *Foro it.*, 2018, I, p. 22, con annotazione redazionale di GEREMIA CASABURI, relativa anche ad altre pronunce. Decisione pubblicata anche *on line* nei siti *Ilprocessocivile.it*, 28.2.2018, con nota di FRANCESCO BARTOLINI, *Impugnazione del riconoscimento di paternità e tipologia della prova*, e ne *Ilfamilarista.it*, 16.5.2018, con nota di ERMELINDA DI MARTINO, *Impugnazione del riconoscimento del figlio di genitori non coniugati per difetto di veridicità*.

⁸⁰ Nel caso di specie, le persone che avevano beneficiato del riconoscimento si erano opposte all'effettuazione dei test sul DNA sulle spoglie di colui che aveva dichiarato di esserne il padre.

noscimento al vero⁸¹.

9. L'azione di disconoscimento della paternità.

In tema di azione di disconoscimento di paternità, il termine, di natura decadenziale, previsto dall'art. 244 cod. civ., ha chiarito la Corte di legittimità, afferisce a materia sottratta alla disponibilità delle parti, così che il giudice, in considerazione del disposto di cui all'art. 2969 cod. civ., deve accertarne *ex officio* il rispetto, mentre l'attore deve correlativamente fornire la prova che l'azione sia stata proposta entro il termine previsto, senza che alcun rilievo possa spiegare, in proposito, la circostanza che nessuna delle parti abbia eccepito l'eventuale decorso del termine stesso⁸².

La proposizione dell'azione di disconoscimento di paternità da parte del minore degli anni quattordici, ha evidenziato il Giudice di legittimità, postula l'apprezzamento in sede giudiziaria dell'interesse del minore, non potendo considerarsi utile equipollente la circostanza che sia l'ufficio del Pubblico Ministero a richiedere la nomina del curatore speciale abilitato all'esercizio dell'azione stessa. Siffatto apprezzamento, peraltro, trova istituzionale collocazione nel procedimento diretto alla nomina del curatore – essendo, nel corso di esso, possibile l'acquisizione dei necessari elementi di valutazione e dovendosi, con il provvedimento decisorio, giustificare congruamente le conclusioni raggiunte in ordine alla sussistenza dell'interesse – ma non anche nel successivo giudizio di merito, ove rappresenterebbe un'inutile duplicazione di una indagine già compiuta e sottoposta al vaglio del giudice ai fini della nomina del curatore⁸³.

In tema di azione di disconoscimento di paternità, incombe sul preteso padre, che fonda la domanda sulla propria impotenza di generare, fornire la prova che tale impotenza è durata per tutto il periodo corrispondente a quello del concepimento⁸⁴. Nella medesima decisione, la Cassazione ha anche precisato che nell'azione di disconoscimento della paternità, che è volta ad accertare unicamente l'insussistenza del legame biologico con il figlio nato nell'ambito del rapporto matrimoniale, *petitum* e *causa petendi* restano identici ed unitari, quali che siano i fatti che, nell'ambito di quelli tipizzati dal legislatore, vengano in concreto adottati a sostegno della pretesa; pertanto, la modifica di tali fatti non importa una *mutatio libelli* ed è consentita nel corso del giudizio, purché nel rispetto del principio del contraddittorio e dei limiti di deducibilità di nuove prove nelle varie fasi e gradi del giudizio medesimo. Nel caso di specie l'attore, dopo aver chiesto la pronuncia di disconoscimento della paternità a causa della propria incapacità di generare, ha poi domandato la medesima pronuncia per essersi la moglie sottoposta a fecondazione eterologa non concorda-

⁸¹ Cass. Sez. I, ord. 14.12.2017, n. 30122 (Ced Cass. Rv. 646848-02), est. Di Marzio P., *loc. cit.*

⁸² Cass. Sez. I, sent. 13.1.2017, n. 785 (Ced Cass. Rv. 643348-01), est. Genovese.

⁸³ Cass. Sez. I, sent. 15.2.2017, n. 4020 (Ced Cass. Rv. 644440-02), est. Lamorgese, edita in *Corr. giur.*, 4/2017, p. 450, con nota di VINCENZO CARBONE, *Azione di disconoscimento di paternità: il favor veritatis prevale sul favor legitimitatis*, ed in *Dir. giust.*, 30/2017, p. 3, con nota di ALICE DI LALLO, *Disconoscimento di paternità: verità a tutti i costi?*

⁸⁴ Cass. Sez. I, sent. 28.3.2017, n. 7965 (Ced Cass. Rv. 644837-01), est. Lamorgese., edita in *Foro it.*, 2017, I, p. 1546, con annotazione redazionale, relativa a più pronunce in materia di azioni di stato, tra cui la non massimata sent. 3.4.2017, n. 8617, est. De Marzo, di GEREMIA CASABURI.

ta, e la Suprema Corte ha ritenuto la domanda ammissibile anche se proposta nel corso del giudizio di appello⁸⁵.

Il genitore può rinunciare all'azione di disconoscimento della paternità che abbia promosso, ha chiarito la Corte di legittimità, ma vertendosi in materia di diritti indisponibili, in relazione ai quali non è ipotizzabile rinuncia o transazione, l'azione può essere successivamente riproposta, dallo stesso genitore e pure dal figlio che abbia raggiunto la maggiore età.

10. Sottrazione internazionale di minori.

In tema di sottrazione internazionale di minori, ha deciso il Giudice di legittimità, il Pubblico Ministero presso il Tribunale per i minorenni è legittimato a proporre ricorso per cassazione avverso il decreto del medesimo Tribunale che abbia ordinato il rimpatrio del minore, spettando al P.M. presso il giudice *a quo* il potere di impugnazione delle sentenze emesse nelle cause previste dall'art. 72, commi terzo e quarto, cod. proc. civ., nonché in quelle che egli stesso avrebbe potuto proporre ex art. 69 cod. proc. civ. (non anche, invece, nelle cause in cui deve intervenire a pena di nullità, benchè relative allo stato ed alla capacità delle persone) e rientrando, appunto, tra queste ultime il procedimento previsto dall'art. 7 della legge n. 64 del 1994 (di ratifica ed esecuzione della Convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980), potendo il P.M., cui l'autorità centrale competente ha trasmesso atti, richiedere con ricorso in via d'urgenza al Tribunale l'ordine di restituzione⁸⁶. Nella medesima decisione, la Cassazione ha specificato che nel procedimento per la sottrazione internazionale di minore, l'ascolto di quest'ultimo (che può essere espletato anche da soggetti diversi dal giudice, secondo le modalità dal medesimo stabilite) costituisce adempimento necessario ai fini della legittimità del decreto di rimpatrio ai sensi dell'art. 315-*bis* cod. civ. e degli artt. 3 e 6 della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996 (ratificata con legge n. 77 del 2003), essendo finalizzato, ex art. 13, comma 2, della Convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980, anche alla valutazione della sua eventuale opposizione al rimpatrio, salva la sussistenza di particolari ragioni (da indicarsi specificamente) che ne sconsigliano l'audizione, ove essa possa essere dannosa per il minore stesso, tenuto conto, altresì, del suo grado di maturità⁸⁷.

In materia di sottrazione internazionale di minori, ai fini dell'individuazione del luogo di residenza abituale del bambino di cui all'art. 3 della Convenzione dell'Aja del 25.10.1980, da cui può dipendere la giurisdizione del giudice italiano, ha chiarito la Suprema Corte, non deve tenersi conto della residenza anagrafica o del domicilio del bambino, e neppure della residenza scelta d'accordo tra i genitori, dovendo esaminarsi soltanto la situazione di fatto, che prescinde dai progetti di vita, eventualmente concordi, degli adulti, dovendo condursi l'analisi in considerazione del superiore interesse del minore⁸⁸.

⁸⁵ Cass. Sez. I, sent. 28.3.2017, n. 7965 (Ced Cass. Rv. 644837-02), est. Lamorgese, *loc. cit.*

⁸⁶ Cass. Sez. I, ord. 8.2.2017, n. 3319 (Ced Cass. Rv. 643870-01), est. Lamorgese.

⁸⁷ Cass. Sez. I, sent. 8.2.2017, n. 3319 (Ced Cass. Rv. 643870-02), est. Lamorgese.

⁸⁸ Cass. Sez. I, ord. 14.12.2017, n. 30123 (Ced Cass. Rv. 646487-01), est. Di Marzio P., edita, con annotazione redazionale di GEREMIA CASABURI, in *Foro it.*, 2018, I, p. 525. La decisione è pubblicata anche *on line*, nel sito *Ilfamiliariista.it*, con nota di CHIARA CASALE, 24.4.2018, *La futura residenza del*

11. Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari.

In tema di ordini di protezione contro gli abusi familiari, di cui agli artt. 342-*bis* e 342-*ter* cod. civ., ha sancito il Giudice di legittimità, l'attribuzione della competenza al Tribunale in composizione monocratica, stabilita dall'art. 736-*bis*, comma primo, cod. proc. civ., non esclude la *vis attractiva* del Tribunale in composizione collegiale chiamato a giudicare in ordine al conflitto familiare che sia stato già incardinato avanti ad esso, atteso che una diversa opzione ermeneutica, la quale faccia leva sul solo tenore letterale delle citate disposizioni, ne tradirebbe la *ratio*, che è quella di attuare, nei limiti previsti, la concentrazione delle tutele ed evitare, a garanzia del preminente interesse del minore che sia incolpevolmente coinvolto, o del coniuge debole che esiga una tutela urgente, il rischio di decisioni intempestive o contrastanti ed incompatibili con gli accertamenti resi da organi giudiziari diversi⁸⁹.

12. L'accertamento dello stato di abbandono e la dichiarazione di adottabilità del minore.

In tema di adozione, l'art. 15 della legge n. 184 del 1983, come modificato dalla legge n. 149 del 2001, per il quale il minore di età inferiore ai dodici anni, se capace di discernimento, deve essere sentito in vista della dichiarazione di adottabilità, ha specificato la Corte di legittimità, conferisce al giudice un potere discrezionale di disporre l'ascolto, anche al fine di verificarne la capacità di discernimento, senza tuttavia imporgli di motivare sulle ragioni dell'omessa audizione, salvo che la parte abbia presentato una specifica istanza con cui abbia indicato gli argomenti ed i temi di approfondimento, ex art. 336-*bis*, comma secondo, cod. civ., su cui ritenga necessario l'ascolto del minore⁹⁰.

Il diritto del minore di crescere nell'ambito della propria famiglia d'origine, considerata l'ambiente più idoneo al suo armonico sviluppo psicofisico, è tutelato dall'art. 1 della legge n. 184 del 1983. Ne consegue, ha confermato la Suprema Corte, che il giudice di merito deve, prioritariamente, tentare un intervento di sostegno diretto a rimuovere situazioni di difficoltà o disagio familiare, e solo quando, a seguito del fallimento del tentativo, risulti impossibile prevedere il recupero delle capacità genitoriali entro tempi compatibili con la necessità del minore di vivere in uno stabile contesto familiare, è legittima la dichiarazione dello stato di adottabilità. Nel caso di specie, il Giudice di legittimità ha cassato la decisione di merito perché

genitore non è automaticamente la residenza abituale del minore.

⁸⁹ Cass. Sez. I, sent. 22.6.2017, n. 15482 (Ced Cass. Rv. 644764-01), est. Genovese, edita in *Fam. dir.*, 12/2017, p. 1069, con nota di FILIPPO DANOVÌ, *Ordini di protezione e competenza del giudice del conflitto familiare*, ed in *Foro it.*, 2017, I, p. 2658, con annotazione redazionale di GEREMIA CASABURI. La decisione è pubblicata anche *on line*, nel sito *Ilprocessocivile.it*, 22.8.2017, con nota di GIOVANNI VERARDI, *Ordini di protezione e preminente interesse del minore: vis attractiva del tribunale collegiale già investito del conflitto familiare*.

⁹⁰ Cass. Sez. I, sent. 7.3.2017, n. 5676 (Ced Cass. Rv. 644655-01), est. Acierno, edita in *Fam. dir.*, 4/2018, p. 352, con nota di ALESSANDRO NASCOSI, *Nuove direttive sull'ascolto del minore infradodicesimo*, ed in *Foro it.*, 2017, I, p. 1211, con annotazione redazionale, relativa ad una pluralità di decisioni pertinenti, di GEREMIA CASABURI.

la Corte di appello, pur dando atto che non era stato tentato un intervento di sostegno alla genitorialità, aveva ugualmente confermato la dichiarazione di adottabilità, fondandola sugli esiti di una consulenza tecnica in cui l'ausiliario aveva concluso che l'idoneità genitoriale era completamente carente in entrambi i genitori, e non risultavano margini di miglioramento⁹¹.

In tema di adozione di minori, il giudice deve, a pena di nullità, disporre l'audizione degli affidatari o della famiglia collocataria ex art. 5, comma 1, ult. parte, legge n. 184 del 1983, come modificato dall'art. 2 legge n. 173 del 2015 che, avendo natura processuale, ha specificato la Suprema Corte, è immediatamente applicabile ai processi in corso anche se instaurati a seguito di sentenza di cassazione con rinvio, la cui efficacia vincolante viene meno quando la disciplina normativa, in base alla quale è stato enunciato il principio di diritto, sia stata successivamente abrogata, modificata o sostituita⁹².

Nel procedimento per la dichiarazione di adottabilità, la previsione dell'obbligatoria audizione dell'affidatario o della famiglia collocataria del minore, come introdotta, a mezzo dell'art. 2 della legge n. 173 del 2015, nell'art. 5, comma 1, della legge n. 184 del 1984, ha confermato quindi la Cassazione, trova applicazione in tutti i giudizi pendenti al momento della sua entrata in vigore. Il Giudice di legittimità ha specificato che a detta audizione deve procedersi anche in grado di appello, trattandosi di norma di natura processuale e non essendo stata prevista una diversa disciplina transitoria nella stessa legge⁹³.

In tema di opposizione alla dichiarazione di adottabilità, la notificazione d'ufficio della sentenza della Corte d'appello – sezione minori – effettuata alla stregua del disposto dell'art.17, comma 1, della l. n. 184 del 1983, è idonea a far decorrere il termine d'impugnazione ridotto a trenta giorni, di cui al comma 2 di detta norma, senza che tale limitazione temporale al giudizio di legittimità, quali che siano i motivi del ricorso, arrechi alcun apprezzabile *vulnus* al diritto di difesa delle parti interessate, che sono perciò comunque tenute al suo rispetto; pertanto, il ricorso in cassazione avverso tale sentenza, proposto oltre detto limite temporale, deve essere dichiarato inammissibile⁹⁴.

13. Il diritto del figlio nato da parto anonimo alla conoscenza delle proprie origini.

Le Sezioni Unite hanno chiarito, in tema di parto anonimo, che per effetto della sentenza della Corte cost. n. 278 del 2013⁹⁵, sebbene il legislatore non abbia ancora introdotto la disciplina procedimentale attuativa, sussiste la possibilità per il giudi-

⁹¹ Cass. Sez. I, sent. 27.9.2017, n. 22589 (Ced Cass. Rv. 645591-01), est. Bisogni.

⁹² Cass. Sez. I, sent. 29.9.2017, n. 22934 (Ced Cass. Rv. 645784-01), est. Genovese, edita *on line* nel sito *GiustiziaCivile.com*, 3.4.2018, con nota di ANDREA CONTI, *La valutazione dello stato di abbandono morale e materiale del minore tra patologia psichiatrica e attualità dell'accertamento*.

⁹³ Cass. Sez. I, sent. 19.10.2017, n. 23574 (Ced Cass. Rv. 645530-01), est. Campanile.

⁹⁴ Cass. Sez. I, ord. 15.11.2017, n. 27139 (Ced Cass. Rv. 646197-01), est. Di Marzio P.

⁹⁵ Corte cost., sent. 22.11.2013, n. 278, edita, fra l'altro, in *Foro it.*, 2014, I, p. 8, con nota di GEREMIA CASABURI, *Il parto anonimo dalla ruota degli esposti al diritto alla conoscenza delle origini*, ed in *Fam. dir.*, 1/2014, p. 15, con nota di VINCENZO CARBONE, *Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno*.

ce, su richiesta del figlio desideroso di conoscere le proprie origini e di accedere alla propria storia parentale, di interpellare la madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione, e ciò con modalità procedurali, tratte dal quadro normativo e dal principio somministrato dalla Corte suddetta, idonee ad assicurare la massima riservatezza ed il più assoluto rispetto della dignità della donna, fermo restando che il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorché la dichiarazione iniziale per l'anonimato non sia rimossa in seguito all'interpello e persista il diniego della madre di svelare la propria identità.

Il Tribunale per i minorenni, in quanto giudice competente, su richiesta del figlio che intenda esercitare il diritto a conoscere delle proprie origini e ad accedere alla propria storia parentale, ha spiegato la Cassazione, è tenuto ad interpellare la madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata, ai fini di un'eventuale revoca di tale dichiarazione, e ciò con modalità procedurali, tratte dal quadro normativo e sulla base dei principi enunciati dalla sentenza della Corte cost. n. 278 del 2013, idonee ad assicurare la massima riservatezza ed il più assoluto rispetto della dignità della donna, fermo restando che il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorché la dichiarazione iniziale per l'anonimato non sia rimossa in seguito all'interpello, e persista il diniego della madre di svelare la propria identità⁹⁶.

14. Istituti di protezione delle persone bisognose

Con riferimento alle cause relative ai procedimenti di amministrazione di sostegno, ha deciso il Giudice di legittimità, l'eccezione alla regola della sospensione dei termini durante il periodo feriale deve essere ristretta ai soli casi in cui la sua ritardata trattazione potrebbe produrre grave pregiudizio alle parti, come avviene per i provvedimenti che dispongono l'apertura o la chiusura dell'amministrazione, ma non anche ai provvedimenti a carattere gestorio, come quello di rimozione e sostituzione ad opera del giudice tutelare di un amministratore di sostegno. In tema di sospensione feriale dei termini processuali, infatti, il carattere di eccezionalità dell'art. 3 della legge n. 742 del 1969 che, per i procedimenti di cui all'art. 92 del r.d. n. 12 del 1941 (ordinamento giudiziario) pone una precisa deroga al principio generale di sospensione dei termini durante il periodo feriale, comporta non solo che non possa esserne estesa l'applicazione a tipologie di controversie diverse da quelle espressamente richiamate, ma pure che le categorie sottratte all'operatività della regola generale vadano interpretate in senso restrittivo⁹⁷. Nella medesima decisione la Corte di legittimità ha ribadito che, in tema di amministrazione di sostegno, i provvedimenti non aventi carattere decisorio ma meramente gestionali assunti dal giudice tutelare (nella specie, decreti con i quali vengono liquidate alcune indennità in favore dell'amministratore) non sono suscettibili di reclamo alla Corte d'appello ex art. 720-*bis* cod. proc. civ., bensì di reclamo al Tribunale in composizione collegiale

⁹⁶ Cass. Sez. I, sent. 7.6.2017, n. 14162, (Ced Cass. Rv. 644452-01), est. Acierno.

⁹⁷ Cass. Sez. I, sent. 13.1.2017, n. 784 (Ced Cass. Rv. 643494-01), est. Genovese, edita in *Fam. dir.*, 12/2017, p. 1099, con nota di FERRUCCIO TOMMASEO, *Amministratore di sostegno: quale giudice per i reclami?*, edita anche *on line*, sul sito *Ilfamiliarista.it*, 12.6.2017, con nota di MONICA VELLETRI, *La sospensione feriale dei termini nei provvedimenti in materia di amministrazione di sostegno*.

ai sensi dell'art. 739 cod. proc. civ., trattandosi di provvedimenti che riguardano l'amministrazione, emanati in applicazione dell'art. 379 cod. civ. Peraltro, la dichiarazione di inammissibilità del reclamo da parte del giudice dell'appello ha natura di dichiarazione di incompetenza, con conseguente prosecuzione del giudizio davanti al competente Tribunale in composizione collegiale attraverso il meccanismo della *translatio iudicii*⁹⁸.

In materia di impugnazioni, il ricorso per cassazione proposto, mediante difensore munito della relativa procura speciale, dai genitori di figlio minore, quali rappresentanti legali dello stesso, ha chiarito il Giudice di legittimità, non è inammissibile, per mancata costituzione del figlio, divenuto *medio tempore* maggiorenne, in assenza di rinuncia al giudizio o di revoca del mandato al difensore costituito, non essendo il procedimento di legittimità soggetto ad interruzione per la perdita di capacità della parte⁹⁹.

La Suprema Corte ha chiarito, in tema di esecuzione forzata, che l'atto di pignoramento notificato personalmente al debitore esecutato privo di capacità processuale, perché in stato di interdizione legale, è nullo, ma tale nullità – qualora il debitore interdetto, già costituito in proprio, e non in persona del tutore, suo legale rappresentante, riacquisti la capacità processuale in pendenza di processo esecutivo – è destinata a sanarsi con efficacia *ex tunc*, ciò che vale ad escludere l'invalidità dell'atto di pignoramento, ma non anche degli atti del processo esecutivo svolto in violazione del principio del contraddittorio, che va fatta valere con opposizione agli atti esecutivi da proporsi nel termine di venti giorni dalla data di cessazione dello stato di incapacità processuale¹⁰⁰.

Ai sensi dell'art. 19, comma 5, della legge n. 142 del 2015, appartiene al giudice tutelare del luogo ove insiste la struttura di prima accoglienza, ha deciso la Suprema Corte, la competenza per la nomina del tutore provvisorio di un minore straniero non accompagnato entrato illegalmente in Italia, cosicché quest'ultimo possa adeguatamente esercitare i propri diritti di richiedere la protezione internazionale e domandare il rilascio del permesso di soggiorno; è invece competente alla nomina del tutore il Tribunale per i minorenni, qualora sia pendente un procedimento volto alla dichiarazione di adottabilità¹⁰¹.

La Corte di legittimità ha statuito che il matrimonio contratto dal beneficiario dell'amministrazione di sostegno può essere impugnato da lui, ex art. 120 cod. civ. oppure dall'amministratore di sostegno ex art. 412, comma secondo, cod. civ., ma non dai terzi ex art. 119 cod. civ., non potendosi richiamare la disciplina dell'interdizione. Il Giudice di legittimità ha spiegato che tanto dipende dalle significative differenze che intercorrono tra gli istituti dell'amministrazione di sostegno (diretta a valorizzare le residue capacità del soggetto debole) e dell'interdizione (volta a limitare la sfera d'azione di quel soggetto in relazione all'esigenza di salvaguardia del

⁹⁸ Cass. Sez. I, sent. 13.1.2017, n. 784 (Ced Cass. Rv. 643494-02), est. Genovese ... *cit.*, *loc. cit.*

⁹⁹ Cass. Sez. III, sent. 14.2.2017, n. 3769 (Ced Cass. Rv. 642863-01), est. Tatangelo.

¹⁰⁰ Cass. Sez. III, sent. 20.3.2017, n. 7043 (Ced Cass. Rv. 643693-01), est. Barreca, edita *on line* sul sito *Giustiziacivile.it*, 5.4.2018, con nota di ANNALISA SIGNORELLI, *La sospensione-estinzione ex art. 624, comma 3, c.p.c., e l'estinzione del giudizio di opposizione: il cautelare anticipatorio*.

¹⁰¹ Cass. Sez. VI-I, ord. 26.4.2017, n. 10212, (Ced Cass. Rv. 643978-01), est. Scaldaferrì, edita *on line* nel sito *Ilfamiliarista.it*, 25.9.2017, con nota di MARINA CIRESE, *Il giudice competente per la nomina del tutore di minori non accompagnati*.

suo patrimonio nell'interesse dei suoi familiari). Pertanto, il divieto di contrarre matrimonio, previsto dall'art. 85 cod. civ. per l'interdetto, non trova generale applicazione nei confronti del beneficiario dell'amministrazione di sostegno, pur potendo essere specificamente disposto dal giudice tutelare, ma solo in circostanze di eccezionale gravità, quando la previsione sia conforme all'interesse dell'amministrato¹⁰².

La competenza del giudice tutelare nei confronti del condannato in stato d'interdizione legale – da individuare al momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna e destinato a non subire mutamenti in coincidenza di trasferimenti restrittivi del reo ex art. 5 cod. proc. civ. – si determina sulla base dell'ultima residenza anagrafica anteriore all'instaurazione dello stato detentivo, ha chiarito il Giudice di legittimità, salvo che risulti provato, in contrario alla presunzione di coincidenza con detta residenza, un diverso domicilio, quale centro dei suoi affari ed interessi, in sé non identificabile, però, nel luogo in cui è stata eseguita la pena detentiva, che non viene prescelto dal condannato¹⁰³.

Enunciando un principio di diritto nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363, comma terzo, cod. proc. civ., la Corte di legittimità ha affermato che nei procedimenti in tema di amministrazione di sostegno, avverso il decreto con cui il giudice tutelare si sia pronunciato sulla domanda proposta dall'amministratore di sostegno di autorizzazione ad esprimere, in nome e per conto dell'amministrato, il consenso o il rifiuto alla sottoposizione a terapie mediche, è sempre ammesso il reclamo alla Corte d'appello, ai sensi dell'art. 720-*bis*, comma secondo, cod. proc. civ., trattandosi di provvedimento definitivo avente natura decisoria su diritti soggettivi personalissimi¹⁰⁴.

È inammissibile il ricorso per cassazione avverso i provvedimenti di designazione o nomina dell'amministratore di sostegno emessi in sede di reclamo, ha confermato il Giudice di legittimità, in quanto logicamente e tecnicamente distinti da quelli che dispongono l'amministrazione, dovendosi limitare la facoltà di ricorso ex art. 720-*bis*, ultimo comma, cod. proc. civ. a tali ultimi decreti, aventi carattere decisorio poiché assimilabili, per loro natura, alle sentenze di interdizione ed inabilitazione, senza estendersi ai provvedimenti a carattere gestorio, sicché le diverse statuizioni contenute nel medesimo decreto seguono ognuna il regime impugnatorio proprio della categoria di appartenenza. Nel caso di specie, la Suprema Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso avverso il decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno contenente il provvedimento gestorio di nomina di amministratore, quest'ultimo peraltro già reclamato ex art. 739 cod. proc. civ. innanzi al Tribunale

¹⁰² Cass. Sez. I, sent. 11.5.2017, n. 11536, (Ced Cass. Rv. 645839-01), est. Di Marzio M., edita in *Guida dir.*, 27/2017, p. 52, con nota di MARIO FINOCCHIARO, *La capacità di sposarsi non è limitata come nell'interdizione*, in *Giur. it.*, 2/2018, p. 308, con nota di LUCIANO OLIVERO, *Incapacità e libertà matrimoniale tra dignità della persona e interessi familiari*, in *Fam. dir.*, 11/2017, p. 953, con nota di FILIPPO DANОВI, *Matrimonio e amministrazione di sostegno: (generale) validità ed (eccezionali) impugnative solo il p.m. può far valere la nullità della sentenza per il suo mancato intervento?*, ed in *Foro it.*, 2017, I, p. 1910, con annotazione redazionale.

¹⁰³ Cass. Sez. VI-I, ord. 17.5.2017, n. 12453, (Ced Cass. Rv. 644177-01), est. Nazzicone.

¹⁰⁴ Cass. Sez. I, sent. 17.6.2017, n. 14158 (Ced Cass. Rv. 644450-01), est. Aciermo, edita *on line* nel sito *Diritto & Giustizia*, 8.6.2017, con nota di MASSIMILIANO ALESIO, *I provvedimenti del giudice tutelare hanno natura 'decisoria' o 'gestoria'?*, e ne *Il familiarista.it*, 23.11.2017, con nota di GERARDA RUSSO, *Amministrazione di sostegno: reclamo in appello avverso provvedimento decisorio del giudice titolare*.

in composizione collegiale, per il non gradimento del nominato, in quanto persona estranea alla famiglia del beneficiario¹⁰⁵.

In tema di amministrazione di sostegno, ha statuito la Corte di legittimità, la competenza territoriale si radica con riferimento alla dimora abituale del beneficiario e non alla sua residenza, in considerazione della necessità che egli interloquisca con il giudice tutelare, il quale deve tener conto, nella maniera più efficace e diretta, dei suoi bisogni e richieste, anche successivamente alla nomina dell'amministratore; né opera, in tal caso, il principio della *perpetuatio iurisdictionis*, trattandosi di giurisdizione volontaria non contenziosa, onde rileva la competenza del giudice nel momento in cui debbono essere adottati determinati provvedimenti sulla base di una serie di sopravvenienze¹⁰⁶.

15. Il riconoscimento della sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del matrimonio.

In tema di delibazione della sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del matrimonio concordatario, ha chiarito la Suprema Corte, l'interesse del P.G. presso la Corte di cassazione all'impugnazione, ai sensi dell'art. 72, comma secondo, cod. proc. civ., sussiste nei limiti delle *causae petendi* e dei *petita* fatti valere dalle parti, nonché delle eccezioni dalle medesime sollevate, trattandosi di giudizio per cui è esclusa la promuovibilità da parte del Pubblico Ministero¹⁰⁷. Nella medesima decisione il Giudice di legittimità ha specificato che il P.G. presso la Corte di cassazione è legittimato, ai sensi dell'art. 72, comma quinto, cod. proc. civ., ad impugnare il provvedimento di delibazione della sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del matrimonio concordatario, dovendo tale facoltà essere esercitata nel termine di cui all'art. 327 cod. proc. civ. decorrente dal deposito della sentenza, atteso che l'art. 133 cod. proc. civ. non prevede la comunicazione al P.M. presso il giudice *ad quem* (salva l'applicazione del termine breve nel caso in cui detta comunicazione venga comunque effettuata)¹⁰⁸.

La Suprema Corte ha dichiarato infondato il ricorso che denunciava la nullità della pronuncia di delibazione della sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del matrimonio in conseguenza dell'irrituale introduzione del giudizio a mezzo di ricorso, anziché con citazione, e per la mancanza nell'atto dell'avvertimento di cui all'art. 163, comma terzo, n. 7, cod. proc. civ. La Cassazione ha ribadito, in proposito, che la trattazione della controversia, da parte del giudice adito, con un rito diverso da quello previsto dalla legge non determina alcuna nullità del procedimen-

¹⁰⁵ Cass. Sez. I, sent. 28.9.2017, n. 22693 (Ced. cass. Rv. 645524-01) est. Di Marzio P., edita *on line*, nel sito *Ilprocessocivile.it*, 22.11.2017, con nota di ROBERTO MASONI, *Amministrazione di sostegno: reclamabilità limitata ai decreti definitivi del procedimento*, e nel sito *Diritto & Giustizia*, 29.9.2018, con nota di KATIA MASCIA, *Inammissibile il ricorso per cassazione avverso il decreto emesso in sede di reclamo, riguardante la nomina di un amministratore di sostegno*.

¹⁰⁶ Cass. Sez. VI-I, ord. 11.10.2017, n. 23772 (Ced. Cass. Rv. 645757-01), est. Bisogni, edita *on line* nel sito *Ilprocessocivile.it*, 5.1.2018, con nota di ANNACHIARA MASSAFRA, *La competenza territoriale del giudice tutelare nell'amministrazione di sostegno*.

¹⁰⁷ Cass. Sez. I, sent. 31.1.2017, n. 2486 (Ced. Cass. Rv. 643713-02), est. Campanile.

¹⁰⁸ Cass. Sez. I, sent. 31.1.2017, n. 2486 (Ced. Cass. Rv. 643713-01), est. Campanile.

to e della sentenza successivamente emessa, se la parte non deduca e dimostri che dall'erronea adozione del rito le sia derivata una lesione del diritto di difesa¹⁰⁹.

Il Giudice di legittimità ha pure confermato che il passaggio in giudicato, in pendenza del giudizio di separazione personale, della sentenza che rende esecutiva nello Stato la sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio concordatario contratto dalle parti, fa venire meno il vincolo coniugale e, quindi, importa la cessazione della materia del contendere in ordine alla domanda relativa alla separazione ed alle correlate statuizioni circa l'addebito e l'assegno di mantenimento richiesto in favore di uno dei coniugi¹¹⁰.

¹⁰⁹ Cass. Sez. VI-I, ord. 10.10.2017, n. 23682 (Ced Cass. Rv. 645755-01), est. Marulli.

¹¹⁰ Cass. Sez. I, sent. 29.12.2017, n. 30496 (Ced Cass. Rv. 646489-01), est. Di Marzio P.

Corte di Cassazione, Sezione Sesta Civile
Ordinanza 15 maggio 2018, n. 11808

Matrimonio canonico – Nullità – Sentenza ecclesiastica – Efficacia civile – Convivenza prolungata – Diniego.

La convivenza “come coniugi”, quale elemento essenziale del “matrimonio-rapporto”, ove protrattasi per almeno tre anni dalla celebrazione del matrimonio concordatario, integra una situazione giuridica di “ordine pubblico italiano”, la cui inderogabile tutela trova fondamento nei principi supremi di sovranità e di laicità dello Stato, preclusiva alla dichiarazione di efficacia della sentenza di nullità pronunciata dal tribunale ecclesiastico per qualsiasi vizio genetico del “matrimonio-atto”.

Fonte: *www.dirittoegiustizia.it*

La tendenza omosessuale del coniuge non preclude la realizzazione di una piena comunione di vita matrimoniale?

MARCO CANONICO

1. L'introduzione della tutela della buona fede come limite al riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale.

Nel corso degli ultimi decenni la giurisprudenza, allo scopo di tutelare il coniuge debole di fronte alle differenze di trattamento derivanti sul piano economico e patrimoniale dalla nullità matrimoniale rispetto al divorzio¹, di fronte all'inerzia del

¹ 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

legislatore da più parti sollecitato ad intervenire per riequilibrare una disparità di conseguenze ritenuta peraltro di per sé non illegittima sotto il profilo costituzionale e dunque superabile solo in sede normativa², oltre a cercare di restringere sul piano interno l'efficacia delle pronunce di invalidità del vincolo rispetto al precedente giudicato di cessazione degli effetti civili del matrimonio³, ha progressivamente in-

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).

² In tal senso Corte Cost. 27 settembre 2001 n. 329, in cui 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 rilevato 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”*. La Consulta ha 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)”*.

³ 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 deliberata 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

trodotto limitazioni al riconoscimento stesso delle sentenze canoniche di nullità. Le restrizioni in questione sono state realizzate mediante l'espansione dei contenuti dell'ordine pubblico come filtro della delibazione, con la Corte di Cassazione che ha dapprima qualificato come possibili ostacoli all'attribuzione di efficacia civile alle pronunce ecclesiastiche di invalidità del vincolo, oltre alle ipotesi derivanti dai cosiddetti impedimenti tipicamente confessionali⁴, la tutela della buona fede e dell'affidamento incolpevole e, più di recente, la prolungata convivenza coniugale.

In effetti, sino ad un recente passato, nei casi di nullità matrimoniale previsti dalla normativa canonica diversi dagli impedimenti tipicamente confessionali e dalla simulazione, la giurisprudenza italiana non rilevava in linea di principio motivi di contrasto con l'ordine pubblico e considerava pertanto delibabili le relative pronunce ecclesiastiche⁵.

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. 11 maggio 2018 n. 11553, 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.

⁴ Si tratta delle ipotesi di invalidità del vincolo per disparità di religione, ordine sacro e voto pubblico di castità, situazioni che evidentemente assumono rilievo esclusivamente sotto il profilo spirituale e risultano al contrario del tutto irrilevanti per l'ordinamento civile, necessariamente indifferente all'appartenenza religiosa dei coniugi ed a loro eventuali impegni sotto il profilo spirituale. Ne consegue che, stante il doveroso rispetto della libertà religiosa ed il divieto di discriminazioni in tale ambito, per lo Stato la validità di un matrimonio non può dipendere dalla fede professata dai soggetti interessati o dalle scelte di vita da essi effettuate sul piano spirituale e dunque l'eventuale nullità del vincolo pronunciata in sede ecclesiastica per tali motivi non potrà conseguire efficacia civile.

⁵ In questo senso sono state ritenute suscettibili di riconoscimento le statuizioni canoniche di nullità 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). Nel solo 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 peraltro sottacersi che

Per arginare tuttavia l'ingresso delle pronunce canoniche di invalidità del vincolo in materia simulatoria, le quali sino all'introduzione dell'espressa previsione normativa dell'incapacità psichica come motivo di nullità matrimoniale costituivano la parte prevalente delle sentenze ecclesiastiche in materia, la Corte di Cassazione a partire dalla sentenza 1° ottobre 1982 n. 5026, pronunciata a sezioni unite, ritiene che la tutela della buona fede e dell'affidamento costituisca esigenza imprescindibile ed inderogabile in materia matrimoniale, rientrando come tale detta tutela nel novero dei principi di ordine pubblico, con la conseguenza di impedire il riconoscimento delle pronunce di invalidità del vincolo fondate sull'esclusione del matrimonio o di sue proprietà o elementi essenziali ove operata da un solo coniuge, in ragione della necessità di tutelare l'affidamento dell'altra parte in ordine alla validità del vincolo coniugale⁶.

Gli effetti di tale orientamento, non esente da critiche in dottrina⁷, vengono solo in parte mitigati dalla precisazione secondo cui, in presenza di esclusione dei *bona matrimonii* posta in essere da una sola parte, sia comunque possibile pervenire alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del vincolo qualora il coniuge non simulante fosse stato, all'epoca delle nozze, a conoscenza delle altrui intenzioni

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 subente. 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...”*.

⁶ 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.

⁷ 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.

escludenti⁸, ovvero avrebbe potuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza⁹. Secondo la giurisprudenza infatti nella prima ipotesi, in cui il non simulante ha effettiva conoscenza dell'altrui volontà *contra matrimonii substantiam*, 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 da parte dell'ordinamento. Va peraltro sottolineato come in entrambe le situazioni si demandi al giudice della deliberazione 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 deliberazione di sentenze ecclesiastiche¹⁰.

Ulteriore correttivo al funzionamento del criterio giurisprudenziale che impone

⁸ 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.

⁹ Cfr., fra le altre, Cass. 2 febbraio 2015 n. 1790, 28 gennaio 2015 n. 1620, 22 maggio 2014 n. 11401, 18 dicembre 2013 n. 28220, 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.

¹⁰ Sino alle pronunce delle Sezioni Unite 17 luglio 2014 nn. 16379 e 16380 la giurisprudenza reputava 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 esclusivo riferimento alle risultanze della sentenza delibanda. E dunque per un verso si chiede al giudice della deliberazione 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 entrare in possesso e farne oggetto di produzione nel giudizio di deliberazione.

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 della volontà escludente in capo all'altro soggetto, qualora quest'ultimo rinunci a far valere in sede civile le proprie ragioni, non opponendosi al riconoscimento della sentenza ecclesiastica o addirittura invocandolo egli stesso¹¹, con il risultato di attribuire alla parte privata la disponibilità dell'ordine pubblico che al contrario, essendo posto a salvaguardia di valori essenziali ed irrinunciabili dell'ordinamento, richiede di essere tutelato sempre e comunque, a prescindere dalla volontà e dagli interessi dei soggetti direttamente interessati, esulando pertanto dalla sfera d'azione dell'autonomia privata.

Il margine di discrezionalità del giudice della delibazione ha trovato poi ulteriore ampliamento nel momento in cui, in relazione alle differenze esistenti fra la disciplina canonica e quella civile in materia matrimoniale, è stata introdotta la distinzione fra un'incompatibilità con l'ordine pubblico 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 pendente della domanda accolta, non sono in alcun modo assimilabili a quelli che in astratto potrebbero avere rilievo o effetti analoghi in Italia", ed un'incompatibilità relativa, che si avrebbe "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". Con la conseguente statuizione del principio per 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"¹².

¹¹ 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.

¹² Cass. sez. un. 18 luglio 2008 n. 19809. In dottrina, su detta sentenza, 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.statoechiede.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.statoechiede.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.

2. La rilevanza attribuita alla prolungata convivenza coniugale

Sempre al fine di limitare l'ingresso delle nullità canoniche la giurisprudenza in epoca più recente ha ritenuto di attribuire rilevanza anche alla durata del matrimonio, qualificando la prolungata convivenza coniugale come principio di ordine pubblico, ostativo in quanto tale alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche.

Va al riguardo precisato che, allo scopo di assicurare la certezza dei rapporti giuridici, esigenza di particolare rilevanza soprattutto in materia di stato civile delle persone, nella legislazione italiana la facoltà di far valere l'invalidità del matrimonio è soggetta a termini di decadenza, al contrario della nullità canonica che, in quanto assoluta ed insanabile, è rilevabile senza limiti di tempo.

Deve aggiungersi che, al di là delle differenze esistenti sul piano della proponibilità dell'azione, l'ordinamento statale attribuisce valore prevalente al matrimonio-rapporto, laddove nel giudizio ecclesiastico sulla validità del vincolo viene in considerazione esclusivamente il matrimonio-atto, senza che abbiano rilievo, almeno sotto il profilo giuridico sostanziale, la durata e la consistenza 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 nonostante la declaratoria di invalidità del vincolo fosse intervenuta a distanza di anni o decenni 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 1988¹³.

In maniera innovativa rispetto a tale interpretazione, dopo un lungo periodo in cui sono state considerate riconoscibili dichiarazioni di nullità anche relative a matrimoni di consistente durata, è intervenuta Cass. 20 gennaio 2011 n. 1343, pronunciata a sezione semplice, che ha al contrario ritenuto “ostativa alla delibazio-

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.

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.

ne 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” in quanto, “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 tal modo, 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 tuttavia specificare la durata di essa effettivamente necessaria per impedire il riconoscimento della nullità canonica in sede civile¹⁴.

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. Con riferimento al menzionato precedente giurisprudenziale si specifica infatti 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 inoltre che “*in tale ricostruzione interpretativa, il limite 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*”. Viene dunque puntualizzato come il mero elemento della durata della vita coniugale sia di per sé insufficiente “*ad integrare la causa ostativa di ordine pubblico al recepimento della sentenza ecclesiastica*”, distin-

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; ILIA PASQUALI CERIOLI, «*Prolungata convivenza*» oltre le nozze e mancata «*delibazione*» della sentenza ecclesiastica di nullità 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.

guendosi in tal modo fra semplice coabitazione e comunione di vita fra coniugi, pur permanendo l'incertezza in ordine al tempo necessario affinché la convivenza possa essere considerata prolungata e dunque rilevante nella prospettiva deliberatoria¹⁵.

La Corte di Cassazione si occupa nuovamente della questione nella pronuncia del 4 giugno 2012 n. 8926 nella quale, sul presupposto che il riconoscimento delle nullità ecclesiastiche possa 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 statale e canonico non ha portata impeditiva ai fini della dichiarazione di esecutività della sentenza ecclesiastica”*. Viene al riguardo 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.”*. Si sottolinea come l'avvenuta recezione del sistema matrimoniale canonico comporti che *“non è possibile far valere come causa ostativa alla delibabilità la circostanza che una sentenza ecclesiastica abbia dichiarato la nullità di un matrimonio canonico in violazione di norme imperative previste dall'ordinamento italiano, proprio perché derogate e superate dallo strumento concordatario”*. Viene altresì evidenziato 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 scorta delle riportate argomentazioni viene dunque 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.

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.

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

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 stabilisce che debba essere 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 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 contraddittorio scenario giurisprudenziale, la questione della rilevanza della convivenza coniugale in ordine al 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 enunciati¹⁷. In dette decisioni la Corte di

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.

¹⁷ Per analisi e notazioni sulle pronunce delle Sezioni Unite, FRANCESCO ALICINO, *I 'nodi' della delibazione di sentenze ecclesiastiche e il 'pettine' delle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Dir. eccl.*, 2014, n. 1-2, pp. 195-219; 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; RAFFAELE BOTTA, *Il primato dello Stato nella disciplina degli effetti civili del matrimonio canonico trascritto*, in *Dir. eccl.*, 2014, n. 1-2, pp. 94-100; MARCO CANONICO, *Delibazione di sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: un diritto o una chimera?*, ivi, pp. 175-194; ID., *Delibazione di sentenze ecclesiastiche, ovvero il cammello per la cruna dell'ago*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 25/2015, 13 luglio 2015, pp. 18-32; ID., *Le limitazioni giurisprudenziali al riconoscimento delle nullità matrimoniali canoniche*, in *Dir. e rel.*, vol. XX, 2015, n. 2, pp. 150-162; ID., *Prolungata convivenza coniugale come limite frapposto dalle Sezioni Unite al riconoscimento delle nullità matrimoniali canoniche*, in *Rass. giur. umbra*, 2015, pp. 35-53; 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 matroske 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 *Dir. eccl.*, 2014, n. 1-2, pp. 139-160, e in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 28/2014, 22 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/

Cassazione fa leva sul valore preminente da attribuire nell'ordinamento statale al matrimonio-rapporto, argomentando al riguardo 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”.

In merito ai contenuti della nozione di convivenza, da distinguere secondo le Sezioni Unite rispetto al concetto di coabitazione, si specifica che il concetto di convivenza coniugale, ai fini che interessano in sede di deliberazione, 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 invece 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

qualche-errore-supremo.aspx, 24.7.14; PAOLO DI MARZIO, *Delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale: c'è ancora da lavorare*, in MARIA D'ARIENZO (a cura di), *Il diritto come “scienza di mezzo”*. Studi in onore di Mario Tedeschi, vol. II, Pellegrini, Cosenza, 2017, pp. 885-918; 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 nomoflaccia 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; NATASCIA MARCHEI, *Le sezioni unite riscrivono, sotto il profilo sostanziale e sotto il profilo processuale, la «delibazione» delle sentenze ecclesiastiche*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2014, n. 3, pp. 775-790; ILIA 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; VALERIO TOZZI, *Il ‘matrimonio concordatario’ e le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Dir. eccl.*, 2014, n. 1-2, pp. 161-173; 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.

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"...*

Viene dunque affermato il principio di diritto secondo cui *"la convivenza 'come coniugi', protrattasi per almeno tre anni dalla data di celebrazione del matrimonio 'concordatario' regolarmente trascritto, connotando nell'essenziale l'istituto del matrimonio nell'ordinamento italiano, è costitutiva di una situazione giuridica disciplinata da norme costituzionali, convenzionali ed ordinarie, di 'ordine pubblico italiano' e, pertanto, anche in applicazione dell'articolo 7 Cost., comma 1, e del principio supremo di laicità dello Stato, è ostativa... alla dichiarazione di efficacia nella Repubblica Italiana delle sentenze definitive di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici, per qualsiasi vizio genetico del matrimonio accertato e dichiarato dal giudice ecclesiastico nell'ordine canonico' nonostante la sussistenza di detta convivenza coniugale"*.

Sotto altro profilo le Sezioni Unite, pur sottolineando che *"in linea di principio, per costante orientamento di questa Corte, la contrarietà 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. Si afferma infatti che *"la convivenza 'come coniugi'... come situazione giuridica d'ordine pubblico ostativa alla dichiarazione di efficacia nella Repubblica Italiana delle sentenze definitive di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici, ed in quanto connotata da una 'complessità fattuale' strettamente connessa all'esercizio di diritti, all'adempimento di doveri ed all'assunzione di responsabilità personalissimi di ciascuno dei coniugi, deve qualificarsi siccome eccezione in senso stretto (exceptio juris) opponibile da un coniuge alla domanda di delibazione proposta dall'altro coniuge e, pertanto, non può essere eccepita dal pubblico ministero interveniente nel giudizio di delibazione né rilevata d'ufficio dal giudice della delibazione o dal giudice di legittimità – dinanzi al quale, peraltro, non può neppure essere dedotta per la prima volta –, potendo invece essere eccepita esclusivamente, a pena di decadenza nella comparsa di risposta, dal coniuge convenuto in tale giudizio interessato a farla valere, il quale ha inoltre l'onere sia di allegare fatti e comportamenti dei coniugi specifici e rilevanti, idonei ad integrare detta situazione giuridica d'ordine pubblico, sia di dimostrarne la sussistenza in caso di contestazione mediante la deduzione di pertinenti mezzi di prova anche presuntiva..."*.

In relazione alla facoltà del convenuto di sollevare l'eccezione di cui trattasi, con l'onere di allegare i fatti su cui l'eccezione si fonda e proporre i relativi mezzi di prova, viene precisato 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”*. Pur con le ricordate limitazioni, nella materia considerata non opera dunque la preclusione per l'assunzione dei mezzi istruttori in sede di delibazione delle sentenze ecclesiastiche, sancita in relazione all'accertamento della conoscenza-conoscibilità delle intenzioni simulatorie del coniuge.

La giurisprudenza di legittimità, dopo le ricordate sentenze a sezioni unite nn. 16379 e 16380 del 2014, sembra essersi uniformata al principio di diritto in esse espresso, ritenendo dunque che la convivenza ultratriennale dei coniugi costituisca situazione giuridica rilevante ai fini del contrasto con l'ordine pubblico della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale, impedendo (*rectius*: potendo impedire) di conseguenza l'attribuzione di efficacia civile a detto provvedimento¹⁸.

3. La decisione oggetto d'esame

La pronuncia in commento non si discosta dall'orientamento dettato dalle Sezioni Unite nel 2014 circa la possibile rilevanza della convivenza coniugale ultratriennale in sede di delibazione delle nullità matrimoniali canoniche, ma applica il principio di diritto sancito in materia ad una fattispecie particolare, destando alcune perplessità sotto il profilo giuridico.

Il caso concerne una coppia unita in matrimonio celebrato in forma canonica e trascritto ai fini del conseguimento degli effetti civili. A quanto è dato desumere dalla motivazione del provvedimento in esame, trascorsi alcuni anni di vita coniugale apparentemente normale i due decidono di avere un figlio, successivamente alla nascita del quale emerge tuttavia l'omosessualità del marito. Dopo quattordici anni di matrimonio interviene la rottura definitiva. Il Tribunale ecclesiastico dichiara dunque la nullità del vincolo per incapacità psichica dell'uomo al tempo delle nozze, sotto il profilo del grave difetto di discrezione di giudizio e dell'impossibilità di assumere le obbligazioni essenziali del matrimonio per cause di natura psichica. La donna chiede alla Corte d'Appello l'attribuzione di efficacia civile alla sentenza canonica ma incontra l'opposizione dell'uomo, il quale fa valere la durata ultratriennale della convivenza coniugale. In accoglimento di tale eccezione la Corte di merito rigetta la domanda e la relativa sentenza viene impugnata dalla donna, che dinanzi al Giudice di legittimità lamenta l'avvenuta violazione dell'art. 8 n. 2 dell'Accordo

¹⁸ In tal senso, ad esempio, Cass. 19 dicembre 2016 n. 26188, 4 ottobre 2016 n. 19811, 27 gennaio 2015 n. 1494. Al riguardo, in dottrina, VALENTINA BALBI, *Gli orientamenti della Suprema Corte sul matrimonio concordatario nel 2015*, in MARIA D'ARIENZO (a cura di), *Il diritto come “scienza di mezzo”*. Studi in onore di Mario Tedeschi, vol. I, Pellegrini, Cosenza, 2017, pp. 73-76, la quale osserva che *“tutte le sentenze della Corte di Cassazione del 2015 si attestano, naturalmente, per la piena conferma dell'orientamento espresso dalle Sezioni Unite Civili anche se offrono significative puntualizzazioni”* (*Ibidem*, p. 74).

di Villa Madama, richiamato dall'art. 82 c.c., sostenendo la mancata applicazione del principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite nella sentenza 17 luglio 2014 n. 16379 in relazione alla valenza ostativa alla delibazione della nullità matrimoniale in capo alla convivenza ultratriennale dei coniugi.

Nella decisione oggetto di analisi la Cassazione rigetta le doglianze della ricorrente e conferma il provvedimento impugnato rilevando come nel 2014 le Sezioni Unite abbiano statuito che *“la convivenza “come coniugi”, quale elemento essenziale del “matrimonio-rapporto”, ove protrattasi per almeno tre anni dalla celebrazione del matrimonio concordatario, integra una situazione giuridica di “ordine pubblico italiano”, la cui inderogabile tutela trova fondamento nei principi supremi di sovranità e di laicità dello Stato, preclusiva alla dichiarazione di efficacia della sentenza di nullità pronunciata dal tribunale ecclesiastico per qualsiasi vizio genetico del “matrimonio-atto”...”* e che *“la Corte d'Appello, nell'accogliere l'opposizione del ... alla richiesta di delibazione avanzata dalla ricorrente, ha fatto proprie le affermazioni di principio operate dalla giurisprudenza di legittimità, avendo accertato – sulla base del materiale probatorio in atti – che la convivenza dei coniugi si era protratta per quattordici anni, i primi sei o sette dei quali si erano “estrinsecati in una condotta oggettiva coerente con la unione coniugale”, tanto che la coppia aveva, di comune accordo, deciso di avere una figlia, e che solo dopo la nascita di quest'ultima la “disinclinazione eterosessuale del marito era venuta alla luce”¹⁹.*

In effetti, sulla base dei principi di diritto enunciati dalle Sezioni Unite, in virtù di eccezione della parte convenuta in sede di delibazione la convivenza coniugale ultratriennale costituisce elemento ostativo al riconoscimento della pronuncia canonica di nullità matrimoniale e detta circostanza, sempre secondo il Giudice di legittimità, rileva, *“quale “limite generale” d'ordine pubblico italiano”,* 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”...* Ne consegue che sotto il profilo formale la decisione della Corte di merito risulta conforme alle indicazioni fornite dalla Cassazione nella materia considerata.

Ciò non esclude, tuttavia, che la fattispecie in questione offra spunti di riflessione sul punto, in quanto suscita perplessità l'assunto che possa essersi effettivamente realizzata fra i coniugi una piena comunione in presenza di una “disinclinazione” nell'orientamento sessuale del coniuge, tendenza che almeno in maniera latente doveva esistere già all'epoca delle nozze per poter condurre alla dichiarazione canonica di nullità dato che il giudizio ecclesiastico indaga sulla capacità dei nubendi al momento della celebrazione. Viene allora da chiedersi se possa considerarsi piena

¹⁹ Al menzionato rilievo la Corte aggiunge che *“l'articolazione del motivo – incentrato sulla non considerata rilevanza, da parte della Corte d'Appello, del dato fattuale della omosessualità del controricorrente nella formazione ed estrinsecazione di quella convivenza effettiva, stabile e continua nel tempo che la Corte, come dianzi detto, ha qualificato in termini di ostacolo alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio – viene sostanzialmente a tradursi in una richiesta di differente valutazione del materiale probatorio, ed, a monte, in un accertamento di fatto non consentito in sede di legittimità”,* sottolineando altresì come *“l'esame del motivo non offra neppure elementi per mutare l'orientamento della giurisprudenza di questa Corte, avendo la Corte d'appello deciso la questione di diritto – ossia l'efficacia ostativa alla delibazione della convivenza duratura – in modo del tutto conforme all'indirizzo prevalente della giurisprudenza di legittimità (Cass. Sez. U., 21/03/2017, n. 7155)”.*

comunione di vita la relazione matrimoniale caratterizzata dall'omosessualità, anche latente e non ancora manifestatasi, in capo ad uno dei soggetti interessati. Infatti non solo in ambito canonico ma anche in sede civile la componente sessuale e di conseguenza la regolare vita intima dei coniugi risulta essenziale nella configurazione dell'istituto matrimoniale. Prova ne è il fatto che l'eventuale mancata consumazione costituisce motivo di scioglimento del vincolo²⁰, ed effetto analogo consegue di norma alla rettificazione di attribuzione di sesso di uno dei coniugi²¹. Appare dunque discutibile l'affermazione contenuta nel provvedimento secondo cui nonostante l'omosessualità del coniuge nel caso di specie si sarebbe concretizzata all'interno della coppia "*una condotta oggettiva coerente con la unione coniugale*". Al di là delle apparenze, se davvero esisteva quella che nella decisione viene riportata come "*disinclinazione eterosessuale del marito*" è difficile credere che si fosse comunque realizzata la piena comunione coniugale necessaria, secondo le Sezioni Unite, a conferire stabilità all'unione ed impedire la delibazione della sentenza ecclesiastica.

D'altra parte è pur vero che, come viene sottolineato nella motivazione del provvedimento, non compete al Giudice di legittimità vagliare la "*rilevanza... del dato fattuale della omosessualità del controricorrente nella formazione ed estrinsecazione di quella convivenza effettiva, stabile e continua nel tempo*" considerata dalla Corte di merito di ostacolo alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio, in quanto simile valutazione "*viene sostanzialmente a tradursi in una richiesta di differente valutazione del materiale probatorio, ed, a monte, in un accertamento di fatto non consentito in sede di legittimità*". L'analisi in tal senso competeva essenzialmente alla Corte di merito e risulta difficile configurare un sindacato di legittimità sul punto della ritenuta esteriorità e stabilità della convivenza coniugale.

Resta il fatto che, a prescindere da ogni valutazione in ordine all'iscrizione della prolungata convivenza dei coniugi fra i principi di ordine pubblico ostativi alla delibazione delle nullità matrimoniali canoniche²², la pronuncia in commento dimostra come l'applicazione generalizzata di tale assunto possa in taluni casi risultare foriera di risultati discutibili sul piano giuridico²³. Le Sezioni Unite hanno conferito all'e-

²⁰ L'art. 3 L. 1° dicembre 1970 n. 898 (*Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*) dispone che "*lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio può essere domandato da uno dei coniugi: ... 2) nei casi in cui: ... f) il matrimonio non è stato consumato...*".

²¹ L'art. 4 L. 14 aprile 1982 n. 164 (*Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*) stabilisce che "*la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso non ha effetto retroattivo. Essa provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso...*". Si tenga tuttavia presente che la Corte Costituzionale, con sentenza 11 giugno 2014 n. 170, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della riportata disposizione nella parte in cui non prevede che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta comunque, ove entrambi gli interessati lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima.

²² Per una critica alla considerazione della prolungata convivenza coniugale fra i principi di ordine pubblico si rinvia a MARCO CANONICO, *Le limitazioni giurisprudenziali al riconoscimento delle nullità matrimoniali canoniche*, cit., pp. 152-156.

²³ In tale prospettiva, PAOLO DI MARZIO, *Delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale: c'è ancora da lavorare*, cit., p. 908, rileva che "*anche il matrimonio civile conosce dei vizi del matrimonio-atto che sono insanabili ed imprescrittibili, ad esempio "non può contrarre matrimonio chi è vincolato*

lemento in questione efficacia impeditiva della delibazione in presenza di qualsiasi motivo di nullità del vincolo, senza distinzione di sorta fra le varie cause di invalidità del matrimonio²⁴, con la conseguenza che, così come configurato dalla giurisprudenza, l'accertamento dei requisiti della stabilità ed esteriorità, necessari per riconoscere alla convivenza coniugale effettiva rilevanza in sede di delibazione, finisce per attribuire al giudice della delibazione, ed in particolare alle Corti di merito, ampi poteri discrezionali, suscettibili di incidere in maniera considerevole sulla possibilità di riconoscimento della sentenza ecclesiastica. Con il rischio ulteriore della formazione di orientamenti differenziati tra le varie Corti d'Appello, ai quali non potrà sopperire la funzione nomofilattica del Giudice di legittimità, incompetente ad intervenire, come avvenuto nel caso di specie, su questioni considerate involgenti apprezzamenti di fatto e pertanto insindacabili in Cassazione.

Il risultato, nella situazione concreta oggetto di giudizio, è che la donna, a fronte della riconosciuta nullità in sede canonica, si è vista considerare civilmente valido il matrimonio con un marito omosessuale, soluzione che, come sopra anticipato, non può non suscitare qualche perplessità.

Viene allora da chiedersi se, in ragione dei possibili effetti paradossali, non sia il caso di rimeditare gli assunti giurisprudenziali in materia di limiti alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche, quanto meno sotto il profilo dell'indiscriminata applicabilità dell'ostacolo della prolungata convivenza coniugale a tutte le ipotesi di invalidità del vincolo matrimoniale.

da un matrimonio precedente". *Ora, si ponga l'ipotesi che un uomo sposi una donna con matrimonio concordatario essendo già vincolato da precedente matrimonio concordatario, anch'esso trascritto e perciò regolarmente efficace anche nel diritto dello Stato, contratto con altra donna. L'uomo in questione istaura una convivenza pluriennale con la donna sposata per seconda e poi, resipiscente, si separa da lei e domanda la pronuncia di nullità matrimoniale al Giudice ecclesiastico. Qualora ottenga la decisione favorevole, questa sentenza canonica di nullità matrimoniale sarebbe insuscettibile di conseguire gli effetti civili a causa della prolungata convivenza intercorsa tra l'uomo e la seconda donna sposata? Sembra lecito nutrire qualche perplessità".* Si osserva ancora che "le possibili cause di nullità dell'atto di matrimonio sono numerose e talora assai diverse tra loro. Sembra pertanto non meritino di essere accomunate in una categoria indistinta. Se ad esempio il matrimonio è contratto dall'incapace, naturale o dichiarato, ed il suo stato di incapacità non viene meno durante la convivenza, quale effetto sanante del matrimonio, atto o rapporto che sia, può sortire la condotta di un incapace accertato? Sia consentito ipotizzare che, al ricorrere di simili condizioni, è certamente viziato il matrimonio-atto, ma debba nondimeno essere considerato "viziato" pure il matrimonio-rapporto" (*Ibidem*, p. 916).

²⁴ Secondo le Sezioni Unite operare una distinzione fra i diversi motivi di invalidità del vincolo in ordine all'operatività del limite alla delibazione costituito dalla prolungata convivenza coniugale implicherebbe una "inammissibile invasione del giudice italiano nella giurisdizione ecclesiastica in materia di nullità di matrimonio". Non è dato comprendere in quale maniera il controllo espressamente demandato al giudice della delibazione e volto ad accertare il mancato contrasto della pronuncia canonica con l'ordine pubblico italiano possa incidere sull'attività giurisdizionale della Chiesa e sulla decisione emanata dal tribunale ecclesiastico, peraltro non sindacabile nel merito dal giudice statale. Secondo PAOLO DI MARZIO, *Delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale: c'è ancora da lavorare*, cit., p. 898, n. 41, consentire che il giudice della delibazione nel valutare la rilevanza della prolungata convivenza coniugale possa distinguere fra i diversi motivi di nullità del matrimonio "non comporta... alcuna illegittima invasione nella giurisdizione canonica".

Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile
Ordinanza 12 settembre 2018, n. 22218

Matrimonio canonico – Nullità – Sentenza ecclesiastica – Efficacia civile – Vizio del consenso.

Può essere dichiarata efficace nella Repubblica italiana la sentenza ecclesiastica che dichiara la nullità del matrimonio canonico per un vizio del consenso, qualora, dalle esternazioni fatte dal coniuge, anche prima del matrimonio, all'altro fosse sicuramente chiara la propria volontà di escludere l'indissolubilità del vincolo matrimoniale.

Nel caso di specie, le prove testimoniali raccolte durante la fase istruttoria del processo di nullità matrimoniale avevano confermato la consapevolezza della moglie in merito alla posizione del marito e la possibilità di questa, anche prima del matrimonio, di prendere coscienza della volontà del futuro coniuge.

Fonte: *www.olir.it*

Corte di Appello di Torino

Sentenza 7 novembre 2018

Concessione assegno di maternità – INPS – Discriminazione razziale.

Deve riconoscersi che la clausola di parità di trattamento di cui all'art. 12 della Direttiva 2011/98/UE è direttamente applicabile nell'ordinamento nazionale; che essa impone un trattamento paritario, nell'erogazione dell'assegno di maternità, tra lavoratrici madri italiane e lavoratrici madri cittadine di Paesi extra-UE legalmente soggiornanti in Italia a fini lavorativi; che non vi sono margini per un apprezzamento circa le ragioni che hanno mosso il legislatore nazionale ad introdurre il regime differenziato; che non è possibile dare della norma nazionale un'interpretazione conforme alla norma comunitaria, trattandosi di disposizioni di contenuto incompatibile.

Ciò significa che, una volta appurato che l'art. 74 d.lgs. 151/2001 contrasta con l'art. 12 della Direttiva 2011/98/UE, il giudice nazionale è tenuto a disapplicare il diritto interno e a dare piena applicazione al diritto dell'Unione, senza sollevare questione di legittimità costituzionale della norma nazionale.

Fonte: *www.osservatoriodiscriminazioni.it*

Tribunale di Firenze

Ordinanza 15 ottobre 2018

Riconoscimento della protezione internazionale – Status di rifugiato – Persecuzioni religiose.

Deve essere riconosciuto lo status di rifugiato al cittadino di un Paese non appartenente all'U.E., il quale, per timore fondato di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenente ad un determinato gruppo sociale o opinione politica, si trova fuori dal territorio del Paese di cui ha la cittadinanza e non può o, a causa di tale timore, non vuole avvalersi della protezione di tale Paese, oppure è apolide e si trova fuori dal territorio nel quale aveva precedentemente la dimora abituale e per le stesse ragioni non può o, a causa del siffatto timore, non vuole farvi ritorno, ferme le cause di esclusione di cui all'art. 10 del d.lgs. n. 251/2007.

Fonte: *www.asgi.it*

Trascrizione tardiva del matrimonio canonico e accertamento dell'integrità del consenso. Brevi note a margine della sentenza della Cassazione civile, sez. I, 12/03/2018, n. 5894

FABIO BALSAMO

1. La fattispecie dedotta in giudizio

Con la sentenza n. 5894 del 12 marzo 2018 la prima sezione civile della Corte di Cassazione si è pronunciata sulla nullità della trascrizione tardiva di un matrimonio canonico effettuata dopo la morte di uno dei nubendi, ma sulla base di un'istanza proposta unilateralmente, da uno degli sposi, prima del decesso dell'altro. La fattispecie, pertanto, non integra un'ipotesi di trascrizione tardiva *post mortem*, in quanto successivo alla morte di uno dei nubendi è soltanto il momento perfezionativo del procedimento di trascrizione, rappresentato dal concreto inserimento dell'atto di matrimonio, a cura dell'ufficiale di stato civile, negli appositi registri.

Il caso *de quo* concerne la celebrazione di un matrimonio canonico, non preceduta dalle preventive pubblicazioni, all'interno della cappella di un istituto ospedaliero, in data 5 luglio 2005. La celebrazione in tale forma straordinaria si era resa necessaria per le precarie condizioni di salute del nubendo, degente all'interno della struttura sanitaria sin dal 3 luglio e versante in precarie condizioni di salute, tali da comprometterne anche la piena capacità di intendere e di volere.

Decorsi più di cinque giorni dalla data della celebrazione del matrimonio canonico, la nubenda proponeva all'ufficiale dello stato civile del Comune di Roma istanza unilaterale di trascrizione tardiva ai sensi dell'art. 8 della l. 121/1985, rifiutata dall'ufficiale capitolino. Nel settembre del 2015 il nubendo, all'esito di un progressivo peggioramento delle condizioni di salute, decedeva.

Successivamente alla morte, la nubenda superstite proponeva ricorso *ex art.* 95 d.P.R. 396/2000 avverso il diniego opposto dall'ufficiale di stato civile ai sensi dell'art. 63 del medesimo d.P.R. 396/2000. L'accoglimento del ricorso avveniva con l'emanazione, da parte del Tribunale di Roma, di un decreto camerale con cui veniva ordinato all'ufficiale di stato civile di procedere alla trascrizione del matrimonio canonico, effettuata in data 1° agosto 2006, dunque ben dopo la morte del "coniuge" in precedenza ricoverato.

La sorella del defunto, con atto di citazione notificato nell'anno 2008 al Comune di Roma ed alla nubenda, proponeva azione ordinaria di cognizione, ai sensi dell'art. 16 l. 847/1929, volta all'accertamento, in via autonoma, della nullità della trascrizione tardiva compiuta dall'ufficiale di stato civile su ordine del Tribunale di Roma, facendo rilevare lo stato «soporoso» e le gravi condizioni di salute in cui versava il fratello sin dal ricovero nella struttura ospedaliera, protrattesi anche alla data di proposizione dell'istanza di trascrizione tardiva. Oltre a tale doglianza, motivata sulla

mancanza di un pieno ed attuale consenso del fratello in relazione alla richiesta di trascrizione tardiva del matrimonio canonico presentata dall'altro coniuge, la ricorrente domandava anche l'annullamento o la nullità del matrimonio canonico, sulla base delle norme del codice civile, per mancanza di valido consenso del fratello al momento del matrimonio¹, nonché l'esistenza di un pregiudizio ai propri diritti successori.

Pur essendo ritenuta legittimata a proporre siffatta azione di nullità, le doglianze della sorella del defunto, sia in primo grado, che in sede di gravame innanzi alla Corte d'Appello di Roma, non trovavano accoglimento. Da qui il ricorso innanzi alla Corte di Cassazione, definito dalla pronuncia oggetto di esame.

Con la sentenza n. 5894/2018 la Suprema Corte ha ritenuto fondata la domanda autonoma di accertamento della nullità dell'atto di trascrizione, accogliendo il ricorso ed affermando il seguente principio di diritto: *“Nell'ipotesi di trascrizione del matrimonio canonico, eseguita dall'ufficiale di stato civile su ordine del tribunale, adito con ricorso di un solo nubendo in sede di procedimento camerale, ai sensi del D.P.R. n. 396 del 2000, artt. 95 e 96, il soggetto che si ritenga lesa da tale trascrizione può agire con l'azione ordinaria di cognizione di cui alla l. 847 del 1929, art. 16, volta all'accertamento della nullità della trascrizione stessa, allorchè assuma che questa sia avvenuta in mancanza del consenso integro espresso o tacito dell'altro coniuge, da accertare con riguardo al momento in cui fu formulata la richiesta di trascrizione all'ufficiale di stato civile, in origine disattesa”*.

Ne consegue che, tanto il Tribunale di Roma, quanto la Corte d'Appello, nei confronti della trascrizione tardiva richiesta unilateralmente dalla nubenda, anziché limitarsi a recepire le indicazioni contenute nel decreto camerale del Tribunale di Roma del 10 aprile 2006, non avrebbero dovuto omettere un'adeguata istruzione del giudizio sulla base delle istanze probatorie tempestivamente proposte dalle parti processuali, in particolare dalla ricorrente. Per cui, la Suprema Corte, cassando la sentenza impugnata e rinviando la causa alla Corte d'Appello di Roma, in diversa composizione, ha ordinato alla Corte territoriale di esaminare nel merito la controversia, imponendo l'accertamento dell'eventuale sussistenza del consenso “integro” del nubendo defunto alla luce delle risultanze probatorie.

2. La necessità di un non sommario accertamento della attualità e della integrità del consenso alla richiesta di trascrizione tardiva proposta unilateralmente da uno dei nubendi.

Il principio di diritto affermato dalla Suprema Corte realizza l'obiettivo di garantire pienamente la libertà matrimoniale dell'individuo sia attraverso un'applicazione rigorosa del principio della volontarietà degli effetti civili², sia attraverso

¹ Per il consenso quale causa di nullità del matrimonio nell'ambito del diritto canonico si rinvia, per tutti, a MARIA D'ARIENZO, LUCIANO MUSSELLI, MARIO TEDESCHI, PATRICK VALDRINI, *Manuale di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2016.

² Per una prima ricostruzione del principio di volontarietà degli effetti civili e di libertà matrimoniale si rinvia ai contributi di CESARE MAGNI, *Gli effetti civili del matrimonio canonico*, II edizione, CEDAM, Padova, 1958; LUCIANO GUERZONI, *La volontà degli sposi e la trascrizione civile del matrimonio canonico negli orientamenti della giurisprudenza*, in *Rivista del diritto matrimoniale e dello stato delle persone*, 1966, p. 173 ss.; MARIO TEDESCHI, *La volontà degli effetti civili nel regime della trascrizione del*

una valorizzazione dell'azione di nullità di cui all'art. 16 l. 847/1929. Non a caso, l'art. 117 c.c. individua in modo ampio il novero dei soggetti legittimati a proporre l'impugnativa di nullità del matrimonio, al fine di consentire un accertamento della necessaria presenza dell'indefettibile «concorso volontaristico del soggetto»³ all'acquisto dello *status* coniugale, soprattutto nei casi in cui il nubendo sia nell'impossibilità di provvedere autonomamente ai propri interessi. Assurge, dunque, ad elemento centrale della libertà matrimoniale la tutela della libera formazione della volontà del singolo in ordine all'attribuzione di effetti civili al matrimonio religioso celebrato ma non ancora trascritto.

Nella fattispecie in esame, la Suprema Corte ha ritenuto non sufficiente a consentire la trascrizione tardiva del matrimonio canonico la mera constatazione della «conoscenza» sulla base della circostanza fattuale della non opposizione del nubendo alla richiesta di trascrizione presentata dall'altro, ma ha piuttosto inteso perseguire l'obiettivo di verificare l'effettiva sussistenza del «concorso volontaristico» dell'altro sposo, accertamento di non agevole prova, date le particolari condizioni di salute in cui si trovava la parte, peraltro successivamente deceduta. Soprattutto nei casi dubbi, dunque, secondo l'orientamento della Corte diviene necessario acquisire con relativa certezza la sussistenza di un consenso, anche tacito, ma «integro», senza lesinare il ricorso ad ogni mezzo istruttorio che possa rivelarsi utile ai fini dell'accertamento dell'elemento della pienezza e dell'integrità. L'interpretazione della Corte valorizza la scelta del legislatore pattizio di utilizzare la locuzione «con la conoscenza e senza l'opposizione dell'altro», in luogo di un testo che, attraverso l'utilizzo della congiunzione disgiuntiva, avrebbe consentito la trascrizione tardiva «con la conoscenza o senza l'opposizione» dell'altro nubendo. Difatti, l'integrità o la pienezza del consenso sembra rappresentare la sintesi tra il requisito della conoscenza e la conseguente determinazione del singolo a non opporsi alla richiesta di trascrizione unilateralmente proposta dall'altra parte. Invero tale lettura sembra anche meglio conformarsi alle direttive dettate nella Circolare del Ministero di Grazia e Giustizia del 26 febbraio 1986, n. 256, che, in relazione all'ipotesi di trascrizione tardiva presentata da uno solo dei nubendi, impone all'ufficiale dello stato civile, prima della trascrizione, di «acquisire l'assoluta certezza che essa sia stata portata a conoscenza dell'altro coniuge»⁴. Non a caso la Suprema Corte, analogamente a quanto previsto nella richiamata Circolare, ha invocato, soprattutto in caso di mancata opposizione dell'altro nubendo, il ricorso all'espletamento di ogni mezzo istruttorio che possa rivelarsi funzionale a constatare con ragionevole certezza l'esistenza o meno di un consenso integro alla richiesta unilaterale di trascrizione tardiva.

Con riguardo all'elemento dell'attualità, la Corte, in via preliminare, confuta la tesi minoritaria che intende sostenere la necessità di verificare l'attualità del consen-

matrimonio canonico, in *Il Diritto ecclesiastico*, 1972, II, p. 36 ss.; LUIGI DE LUCA, *Libertà e autorità di fronte al problema degli effetti civili del matrimonio canonico*, in *Il Diritto ecclesiastico*, I, 1989, p. 396 ss.; SALVATORE BERLINGÒ, *Libertà matrimoniale e trascrizione*, in *Rassegna di diritto civile*, 1, 1990, p. 5 ss.; PAOLO MONETA, *Matrimonio religioso e ordinamento civile*, Giappichelli, Torino, 2002.

³ La locuzione è tratta dalla sentenza n. 5894/2018.

⁴ Così la Circolare del Ministro di Grazia e Giustizia del 1986 recante *Istruzioni agli ufficiali dello Stato civile per l'applicazione, allo stato, dell'art. 8, n. 1 dell'accordo fra la Repubblica Italiana e la Santa Sede, ratificato con legge 25 marzo 1985, n. 121*, punto XIII, consultabile al link <https://www.olir.it/documenti/?documento=5110>.

so non solo al momento della proposizione dell'istanza di trascrizione tardiva, ma neanche con riguardo all'effettiva iscrizione del matrimonio all'interno dei registri dello stato civile⁵. Dall'affermazione del principio secondo cui l'attualità del consenso deve essere valutata in relazione alla presentazione della domanda di trascrizione tardiva del matrimonio, la Corte dunque ne fa derivare che il decesso dell'altro nubendo, intervenuto successivamente all'inoltro della richiesta, non possa costituire impedimento alla trascrizione tardiva dell'atto di matrimonio nei registri dello stato civile. Per cui potrà essere concretamente perfezionata dopo la morte di uno dei coniugi non solo la trascrizione tempestiva, ma anche la trascrizione tardiva, purchè la relativa istanza sia proposta quando il nubendo non sia già deceduto e a condizione che il medesimo sia nelle condizioni di manifestare, espressamente o tacitamente, il proprio consenso, benché integro.

Si discosta invece dal caso in esame l'ipotesi in cui la richiesta di trascrizione tardiva sia presentata, da uno dei nubendi, successivamente alla morte dell'altro. Difatti, come ribadito dalla Corte di Cassazione con la sentenza del 4 maggio 2010, n. 10734, deve ormai escludersi l'operatività della trascrizione tardiva *post mortem* all'interno dell'ordinamento italiano vigente, in seguito all'entrata in vigore della l. 121/1985 di esecuzione degli Accordi di Villa Madama del 1984. Tale posizione è condivisa anche dalla dottrina maggioritaria⁶.

Con riguardo al caso in esame, la Suprema Corte, nella sentenza n. 5894/2018, ha valutato con particolare rigore lo stato di sostanziale "incapacità naturale" del

⁵ Sul procedimento di trascrizione tardiva del matrimonio canonico cfr. PAOLO DI MARZIO, *Il matrimonio concordatario e gli altri matrimoni religiosi ad effetti civili*, cit., pp. 62-79; RAFFAELE SANTORO, *La trascrizione tardiva del matrimonio canonico*, cit., specialmente pp. 57-146.

⁶ Sul punto si rinvia a ALESSANDRO ALBISSETTI, *Trascrizione tardiva post mortem*, in *Nuova giurisprudenza civile*, 2-1995, p. 32 ss.; FELICE CENTINEO CAVARRETTA, *Sulla trascrizione post mortem del matrimonio canonico dopo l'accordo del 1984*, in *Il Diritto ecclesiastico*, II, 2002, p. 6 ss.; SARA DOMIANELLO, *I matrimoni "davanti ai ministri di culto"*, in GILDA FERRANDO, MARCELLA FORTINO, FRANCESCO RUSCELLO (a cura di), *Famiglia e matrimonio, Tomo I, Relazioni familiari - matrimonio - famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 201 ss.; OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Volontarietà degli effetti civili del matrimonio e trascrizione post mortem*, in *Famiglia e diritto*, 2005, p. 629 ss.; PAOLO DI MARZIO, *Il matrimonio concordatario e gli altri matrimoni religiosi ad effetti civili*, CEDAM, Padova, 2008; MARCELLA FIORINI, *Commento alla sentenza della Corte di Cassazione - Sezione II civile del 4 maggio 2010, 10734* in *Guida al diritto*, 40, Il Sole 24 ore, ottobre 2010, p. 62 ss.; MARIO TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 299-307; STEFANO CHERTI, *Sull'inammissibilità della trascrizione post mortem del matrimonio canonico*, in *Famiglia, Persona e Successioni*, Anno VII, aprile 2011, p. 280; FABIO BALSAMO, *Volontà dei nubendi e trascrizione post mortem del matrimonio canonico con effetti civili*, in *Diritto e Religioni*, 2-2011, pp. 73-99. Altra parte della dottrina invece ritiene ancora ammissibile la trascrizione tardiva post mortem del matrimonio canonico. Vedasi DANIELA BIANCHINI, *Brevi riflessioni critiche sull'inammissibilità della trascrizione post mortem del matrimonio canonico*, in *Diritto di famiglia*, 2007, p. 1956 ss. Altra parte della dottrina invece ritiene ammissibile la trascrizione tardiva *post mortem* del matrimonio canonico quando il consenso o la non opposizione dell'altro nubendo possa desumersi da un atto testamentario, in ossequio alla possibilità che il singolo possa attuare il proprio diritto di libertà religiosa anche attraverso gli istituti privatistici. In tal caso, dunque, la non opposizione alla trascrizione potrebbe rientrare nelle disposizioni di carattere non patrimoniale che la legge consente che siano contenute nell'atto testamentario. Sul punto cfr. RAFFAELE SANTORO, *La trascrizione tardiva del matrimonio canonico*, Giappichelli, Torino, 2010; ANTONIO FUCCILLO, RAFFAELE SANTORO, *Diritto, religioni, culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 2017, specialmente pp. 275-279.

nubendo⁷, in virtù del quale il soggetto non sembrava nelle effettive condizioni di poter manifestare il proprio integro consenso a fronte della richiesta di trascrizione tardiva unilateralmente presentata. In tale circostanza, la Corte, in luogo dell'accoglimento del principio del *favor matrimonii*, ha piuttosto inteso aderire ad una più rigorosa interpretazione, funzionale ad una piena tutela della libertà matrimoniale del singolo individuo.

Con tale pronuncia la Suprema Corte ha pertanto fornito un importante precedente, suscettibile di trovare applicazione ogni volta che la richiesta di trascrizione tardiva sia unilateralmente presentata da uno dei nubendi a dispetto delle precarie condizioni di salute dell'altro, tali da non consentire la piena manifestazione del consenso o dell'opposizione, come nel caso di malattie terminali, di pazienti in stato vegetativo o incapaci, anche temporaneamente, di provvedere ai propri interessi. In tali casi, in vista della tutela del diritto personalissimo dell'individuo ad acquistare lo *status* di coniuge si dovrebbe prudentemente affermare la non trascrivibilità del matrimonio celebrato.

In attesa del riesame della Corte territoriale, sembra dunque corretta la scelta operata dall'ufficiale di stato civile del Comune di Roma, in effetti confermata anche dalla Corte di Cassazione⁸, che ha ritenuto di non procedere alla trascrizione tardiva del matrimonio che avrebbe fatto acquisire lo *status* coniugale ad un soggetto in stato «soporoso» e «sensorio obnubilato», con «orientamento assente» e con «risposta verbale assente». In effetti con la sentenza n. 5894/2018 la Corte ha posto un argine alla emanazione, da parte della giurisprudenza di merito, di pronunce che possano consentire, come accaduto talvolta anche in tempi recenti, la trascrizione – in quei casi tempestiva – di matrimoni canonici celebrati *in periculo mortis* con nubendi in gravi condizioni di salute o in stato di coma⁹.

3. La posizione della Corte in ordine alla sopravvivenza della cd. legge matrimoniale (l. 847/1929)

Chiamata a valutare la proponibilità dell'azione di nullità prevista dall'art. 16 l. 847/1929, proposta dalla sorella del nubendo defunto, la Suprema Corte è intervenuta, *incidenter tantum*, anche sulla questione relativa alla sopravvivenza della legge di attuazione del Concordato del 1929 in materia matrimoniale – cd. legge matrimoniale -, prendendo posizione su un tema che ancora anima il dibattito in seno alla dottrina ecclesiasticistica.

⁷ Difatti, secondo gli atti di causa, il nubendo versava in uno stato «soporoso», «con orientamento assente» e «risposta verbale assente», tali da compromettere la propria capacità di intendere e di volere.

⁸ La Suprema Corte, nel caso in esame, ha fatto puntuale applicazione dell'art. 16 della l. 847/1929, così come modificato dalla sentenza additiva della Corte costituzionale del 1° marzo 1971, n. 32, con cui è stata dichiarata l'illegittimità dell'articolo 16 nella parte in cui stabilisce che la trascrizione del matrimonio può essere impugnata solo per una delle cause menzionate nell'art. 12 e non anche perché uno degli sposi fosse, al momento in cui si è determinato a contrarre il matrimonio in forma concordataria, in stato di incapacità naturale.

⁹ Sul tema si rinvia a JLIA PASQUALI CERIOLI, *Il coma, le nozze in periculo mortis, il mancato consenso e, comunque, la trascrizione (brevi osservazioni al decreto 23 gennaio 2009 del G.U.P. Como)*, in *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, www.statochiese.it, giugno 2009.

In due passi, la sentenza così recita:

«non è stata sostituita la legge matrimoniale del 1929 pur dopo l'accordo del 1984, né è stata dettata una disciplina di dettaglio in ordine al procedimento per la richiesta unilaterale e per l'accertamento della effettiva volontà del coniuge superstite»;

«si noti, invero, che la legge n. 847 del 1929 è ancora vigente, anche se parzialmente, in quanto alcuni articoli sono stati abrogati dalle nuove disposizioni (come per l'art. 14 che disciplinava la trascrizione tardiva, regolata ora dalla legge 25 marzo 1985, n. 121, art. 8.1, comma 6) e ciò in quanto non fu emanata una nuova legge matrimoniale dopo l'Accordo del 1984».

Sembrerebbe, quindi, ricevere l'avallo della giurisprudenza di legittimità quella tradizionale tesi, ancora oggi sostenuta dalla dottrina maggioritaria, diretta a sostenere la sopravvivenza della legge matrimoniale del 1929, così come risultante dai penetranti interventi della Corte Costituzionale e nelle parti in cui non è stata abrogata dall'art. 8 della legge 121/1985¹⁰.

Sebbene le più recenti evoluzioni giurisprudenziali e le innovazioni legislative apportate nel sistema matrimoniale canonico *ex parte Ecclesiae*¹¹ sembrerebbero condurre a sostenere la tesi di un definitivo superamento della legge matrimoniale del 1929¹², la Suprema Corte ne ha invece confermato la parziale operatività attraverso una valorizzazione di quelle disposizioni (ci si riferisce specialmente agli artt. 12, 16, 18 della l. 847/1929) che, anche grazie agli interventi additivi della Corte Costituzionale¹³, si rivelano effettivamente funzionali a consentire la tutela della libertà matrimoniale del singolo. In altri termini, ciò che rimane della l. 847/1929, pur delineando un impianto normativo scarno e incompleto, può rappresentare una clausola di salvaguardia del sistema, azionabile allorquando non sia possibile tutelare in altro modo il diritto personalissimo del singolo individuo di determinare liberamente l'acquisizione o meno dello *status* coniugale in conseguenza della precedente celebrazione di un matrimonio canonico, suscettibile, a determinate condizioni, di conseguire effetti civili nell'ordinamento statale.

¹⁰ Sul punto si rinvia a FRANCESCO FINOCCHIARO, s.v. *Matrimonio concordatario*, in *Enciclopedia del Diritto, Aggiornamenti*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1997, p. 755 ss.

¹¹ Si pensi alla recente riforma del sistema processuale matrimoniale canonico adottata con il *Motu Proprio Mitis Iudex*, entrato in vigore l'8 dicembre 2015, le cui rilevanti ricadute nell'ordinamento italiano sono tratteggiate da GERALDINA BONI, *L'efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale dopo il Motu Proprio Mitis Iudex*, in *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, www.statoechiese.it, 23 gennaio 2017.

¹² Secondo tale ricostruzione, il vuoto normativo determinato dalla definitiva abrogazione della legge n. 847/1929 ad opera degli Accordi modificativi del Concordato del 1984 sarebbe in parte colmato dal ruolo suppletivo da riconoscere alla Circolare del Ministero di Grazia e Giustizia del 26 febbraio 1986, recante *Istruzioni agli ufficiali dello Stato civile per l'applicazione, allo stato, dell'art. 8, n. 1 dell'accordo fra la Repubblica Italiana e la Santa Sede, ratificato con legge 25 marzo 1985, n. 121*. Cfr. MARIO TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 305-306.

¹³ In particolare, ha inciso sulla l. 847/1929 la sentenza della Corte Costituzionale del 2 febbraio 1982, n. 16.

4. Sulla trascrivibilità del matrimonio celebrato in pericolo mortis e sull'attuale operatività della trascrizione (tempestiva o tardiva) "ritardata"

Il matrimonio canonico celebrato il 5 luglio 2005, da cui ha preso le mosse la vicenda giudiziaria in esame, rappresenta a tutti gli effetti un matrimonio canonico celebrato in forma straordinaria, *sub specie* di matrimonio *in periculo mortis* (can. 1079 – § 1 *C.i.c.*), come tale non preceduto dalle preventive pubblicazioni. In dottrina si è discusso in ordine alla trascrivibilità di un matrimonio canonico celebrato in tale forma, ammettendosi la trascrizione¹⁴, anche in base alla disposizione di cui all'art. 101 c.c., che consente la celebrazione del matrimonio (civile) anche senza preventive pubblicazioni in caso di imminente pericolo di vita di uno degli sposi¹⁵.

La possibilità di trascrivere un matrimonio canonico privo delle preventive pubblicazioni, in quanto celebrato *in periculo mortis*, a ben vedere, costituisce un'ipotesi di trascrizione ritardata, che, secondo la dottrina maggioritaria, non dovrebbe ritenersi più operante, alla luce della formulazione dell'art. 8 degli Accordi di Villa Madama, in cui si trattengono esclusivamente due specie di trascrizione, quella tempestiva e quella tardiva¹⁶.

Sul punto, occorre tuttavia registrare la posizione di parte della dottrina, che, al contrario, ammette tuttora l'operatività della trascrizione tempestiva ritardata, suggerendo che le «previe pubblicazioni» debbano precedere necessariamente soltanto il momento dell'effettiva trascrizione dell'atto di matrimonio all'interno dei registri dello stato civile, e non anche la celebrazione delle nozze¹⁷. Tale orientamento sembra trovare indiretto sostegno nel punto XIII della Circolare del Ministro di Grazia e Giustizia del 1986, in cui si prescrive l'adozione, da parte dell'ufficiale di stato civile, di quelle forme di pubblicità previste dall'art. 13 l. 847/1929 quando la celebrazione del matrimonio non sia stata preceduta dalle formalità del rito concordatario¹⁸. Da ciò ne conseguirebbe una parziale ultrattività dell'art. 13 l. 847/1929

¹⁴ Cfr. RAFFAELE BALBI, *Il matrimonio religioso ad effetti civili*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 46-47. La trascrizione tempestiva ritardata sarebbe quindi ammessa allorché «fossero stati ottemperati gli adempimenti concordatari, tranne le pubblicazioni, e fosse inviato l'atto di matrimonio entro cinque giorni dalla celebrazione».

¹⁵ Sul punto cfr. PAOLO DI MARZIO, *Il matrimonio concordatario e gli altri matrimoni religiosi con effetti civili*, cit., in particolare p. 92.

¹⁶ Cfr. *ex plurimis* MARIO TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, cit., p. 305; FRANCESCO FINOCCHIARO, s.v. *Matrimonio concordatario*, cit., p. 755.

¹⁷ Cfr. LUIGI DE LUCA, *La trascrizione del matrimonio canonico: disciplina sostanziale*, in ENRICO VITALI, GIUSEPPE CASUSCELLI, (a cura di), *La disciplina del matrimonio concordatario dopo gli accordi di Villa Madama*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 262 ss.

¹⁸ «L'ufficiale dello stato civile, che riceve da chi ne è legittimato la richiesta di trascrizione di un atto di matrimonio celebrato senza le formalità del rito concordatario, dovrà tuttavia lui stesso provvedere, ove possibile, prima della trascrizione, a spiegare agli sposi gli effetti civili del matrimonio, dando loro lettura degli articoli sopra menzionati del codice civile. L'ufficiale dovrà comunque provvedere, prima della trascrizione, ad accertare rigorosamente la insussistenza di impedimenti non derogabili, per il mezzo delle forme di pubblicità prescritte dallo art. 13 della legge n. 847; dovrà acquisire piena sicurezza sulla chiara ed esplicita volontà di entrambi i coniugi di conferire effetti civili al loro matrimonio, ricevendo lui stesso le loro istanze, orali o scritte, accertando di queste la provenienza e l'effettivo contenuto e redigendo al riguardo apposito processo verbale; rifuggerà in ogni caso dall'indursi a interpretare in un senso o nell'altro il comportamento dei coniugi, o espressioni, orali

nella parte in cui ammette la trascrizione tempestiva del matrimonio canonico in assenza di precedenti pubblicazioni.

La fattispecie sottoposta all'esame della Corte di Cassazione concerne però una distinta ipotesi di *trascrizione tardiva ritardata*, giacché la richiesta di trascrizione, anziché essere stata tempestivamente inoltrata entro cinque giorni dalla celebrazione del matrimonio, è stata proposta tardivamente, ossia oltre tale termine e in mancanza delle preventive pubblicazioni. Nel caso di specie, l'eventuale trascrizione del relativo matrimonio canonico avrebbe quindi dato vita ad una controversa ipotesi di *trascrizione tardiva ritardata*, sulla cui ammissibilità vi sarebbero forti dubbi¹⁹, ad avviso di chi scrive, soprattutto in situazioni, come quella del caso di specie, in cui la gravità delle condizioni di salute di uno dei nubendi, ed il conseguente *periculum mortis*, dovrebbe suggerire l'immediata – o quantomeno tempestiva – trasmissione dell'atto di matrimonio all'ufficiale di stato civile per la trascrizione, pur in assenza delle preventive pubblicazioni. Anche per tale ragione il diniego alla richiesta di trascrizione tardiva inizialmente opposto dall'ufficiale di stato civile del Comune di Roma appare fondato.

Se anche si ammettesse l'operatività della trascrizione tempestiva ritardata, invero, non sembra parimenti invocabile, all'interno del nostro ordinamento, il riconoscimento di una siffatta ipotesi di *trascrizione tardiva ritardata*. D'altronde la Suprema Corte, nella sentenza n. 5894/2018, stante la mancata deduzione in giudizio, ad opera delle parti processuali, di questo ulteriore profilo di invalidità della trascrizione, non è potuta entrata nel merito della questione relativa alla ammissibilità di una *trascrizione tardiva ritardata* all'interno dell'ordinamento italiano vigente.

In ogni caso, l'eventuale accertamento della insussistenza di un consenso "integro" del nubendo relativamente alla istanza unilaterale di trascrizione tardiva del matrimonio si rivelerebbe assorbente anche rispetto all'indagine di tale ulteriore motivo di invalidità che investe l'atto di trascrizione imposto dal Tribunale di Roma con decreto camerale del 10 aprile 2006.

o scritte, sia pure da loro provenienti, dubbie ed equivoche. Ove la richiesta sia stata fatta da uno solo dei coniugi, l'ufficiale dello stato civile, prima di eseguire la trascrizione, dovrà acquisire l'assoluta certezza che essa sia stata portata a conoscenza dell'altro coniuge.

Stante la particolarità della ipotesi qui considerata, ritiene questo Ministero che il processo verbale delle attività svolte dall'ufficiale dello stato civile, o dinanzi a lui, e la trascrizione dell'atto di matrimonio vadano redatti nella parte II, serie C, del relativo registro». Il testo integrale della Circolare è consultabile al sito www.olir.it (Osservatorio delle libertà e istituzioni religiose), precisamente al link <https://www.olir.it/documenti/?documento=5110>

¹⁹ Inoltre, sul punto occorre sottolineare che l'eventuale ammissibilità di una forma di trascrizione renderebbe ancora più marcata la differenza tra il regime di riconoscimento degli effetti civili del matrimonio canonico e quello delineato per i matrimoni acattolici nelle intese e nella legge 1159/29. Sull'attribuzione di effetti civili al matrimonio religioso celebrato dai fedeli acattolici si rinvia ad ANNA SVEVA MANCUSO, *La rilevanza civile del matrimonio degli acattolici*, Nuova Cultura, Roma, 2013. Sugli aspetti problematici connessi al matrimonio islamico, ed al relativo modello familiare, si rinvia a MARIA D'ARIENZO, *Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano*, in *Filosofia dei Diritti Umani. Philosophy of Human Rights*, fasc. 16, 2004, pp. 17-35; e in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, II, 2004, pp. 189-219.

Presentazione

Anche questo numero della rubrica ha selezionato i documenti recenti di più stringente attualità e che maggiormente abbiano destato clamore, senza dimenticare quelle sentenze che permettano di cogliere ed inquadrare l'evoluzione dei vari orientamenti giurisprudenziali.

Per la Chiesa cattolica, una sentenza pakistana sulla trascrizione dei matrimoni religiosi, ed una decisione statunitense sull'oggetto della fede cattolica.

In merito ai rapporti di lavoro con organizzazioni di tendenza, in Germania sono stati fissati limiti alla licenziabilità.

A proposito dell'Islam, ecco sentenze tedesche sulla flessibilità struttura organizzativa delle confessioni religiose, e canadesi sui simboli religiosi in tribunale.

Riguardo alla laicità dello Stato, una sentenza francese sull'estensione dei cibi halal nelle mense scolastiche pubbliche.

Relativamente alla tutela del sentimento religioso, la sentenza d'assoluzione di Asia Bibi, una sentenza indiana sul requisito della premeditazione nella definizione del relativo reato, e la legge canadese che abroga il reato nel codice penale del Canada.

Parlando della libertà religiosa, ecco una sentenza scozzese sull'ampiezza del concetto di fede religiosa, una sentenza russa sullo svolgimento d'attività per organizzazioni religiose disciolte ex lege, una sentenza tedesca sulla libertà religiosa non transitiva.

Relativamente al finanziamento delle Chiese, una sentenza tedesca sugli effetti tributari dei matrimoni religiosi di mixta religio.

Venendo all'Ebraismo, una sentenza statunitense sullo stretto legame fra religione ebraica e Stato d'Israele.

Organizzazioni di tendenza

GERMANIA

Bundesarbeitsgericht, 25 ottobre 2018, n. 8/azr/501-14

www.bag.de

In ambito lavorativo, la discriminazione su base religiosa è possibile anche alle organizzazioni di tendenza solo se per attività ed incarichi strettamente legati alla religione stricto sensu.

La Chiesa Evangelica tedesca nel 2012 offre un lavoro a tempo determinato di durata biennale per svolgere ricerche, e preparare il relativo rapporto, sulle politiche antirazziste della Germania alla luce della Convenzione delle Nazioni Unite contro il razzismo: l'annuncio precisava che fosse richiesta l'appartenenza alla Chiesa Evangelica.

La ricorrente, pur più qualificata, non ottiene l'incarico perché di diversa fede

religiosa, e avvia azione giudiziaria per discriminazione; il primo grado la vede soccombente, perché il LAG di Berlino-Brandeburgo riconosce alla Chiesa, che è corporazione di diritto pubblico, come organizzazione di tendenza, il diritto ad assumere ed a conferire incarichi di lavoro favorendo i propri fedeli; in secondo grado, invece, il BAG le dà ragione, affermando che la discriminazione su base confessionale da parte pur delle organizzazioni di tendenza religiose è ammissibile solo per quegli incarichi ed attività strettamente e direttamente correlati con la fede religiosa.

Islam

GERMANIA

Bundesverwaltungsgericht, 20 dicembre 2018, n. 6/b/9418

www.bverwg.de

Una confessione religiosa non dev'essere necessariamente organizzata sotto forma d'un'unica e unitaria entità amministrativa, ma può anche avere la forma di una confederazione di associazioni, gruppi e comunità: requisito essenziale è solo che vi sia un'unica autorità centrale competente per decidere in maniera vincolante su questioni religiose.

La confederazione delle associazioni musulmane della Nordreno-Westfalia chiede l'inserimento dell'ora di religione islamica nelle scuole pubbliche del Land, che viene rifiutata dalle competenti autorità governative locali perché la richiesta non proviene da una confessione religiosa, ma da un gruppo di associazioni ad ispirazione religiosa.

Il Bundesverwaltungsgericht in un primo tempo conferma il rifiuto; la Confederazione allora opera un cambiamento statutario, che istituisce un Ufficio centrale per la dottrina islamica, con potere di prendere decisioni vincolanti solo in materia religiosa per tutte le organizzazioni islamiche aderenti, e ripropone la richiesta al Land, che nuovamente la respinge, e nuovamente la decisione è impugnata in sede amministrativa con un ricorso che questa volta il BVerwG accoglie, perché ritiene che, al di là dei vari aspetti organizzativi in cui si possa articolare, una confessione religiosa è definita dalla presenza d'un'autorità religiosa con potere di prendere decisioni vincolanti per i fedeli ad essa aderenti, e, essendo ora questo requisito presente, questa Confederazione islamica va riconosciuta come confessione religiosa, seppur non registrata, e dunque ha il diritto, ex art. 7 comma 3 sottocommi 1 e 2 GG, d'inserire la propria ora di religione nelle scuole pubbliche del Land.

CANADA

Cour d'Appel du Québec, 3 ottobre 2018, n. 500/9/26443/168

<http://courdappelduquebec.ca>

La neutralità dell'amministrazione della giustizia non significa che i giudici possano vietare d'indossare un simbolo religioso nelle aule di tribunale.

Nel 2015 il figlio della ricorrente fu fermato mentre guidava un veicolo a motore, intestato alla madre, che fu sequestrato per 30 giorni. Una settimana dopo, la madre chiede il dissequestro anticipato, previsto dallo Highway Safety Code e possibile però solo dietro autorizzazione del giudice, dopo una fase dibattimentale.

All'udienza, la madre si presenta indossando il velo; a domanda del giudice, risponde di portarlo perché è musulmana, ed esso è un simbolo religioso; il giudice sospende l'udienza e, dopo un'ora, chiede alla donna di toglierselo, in ossequio al Regolamento giudiziario del Québec, per il quale, ex art. 13, nelle aule di tribunale si deve stare a capo scoperto in segno di rispetto verso l'Autorità Giudiziaria; la donna eccepisce invocando la libertà religiosa, il giudice replica che in un'aula di giustizia non ci debbono essere simboli religiosi, e rinvia l'udienza a quando la donna sarà disposta a presentarsi in aula senza velo, cioè *sine die*.

Nel frattempo trascorrono i 30 giorni del sequestro ordinario, la vettura viene dissequestrata e la causa nel merito si estingue, tuttavia la donna presenta reclamo per violazione della sua libertà religiosa, e le viene data ragione: escludere la religione dalle aule di tribunale è estraneo alla tradizione canadese ed al suo ordinamento costituzionale.

Laicità dello Stato

FRANCIA

CAA di Nantes, 19 ottobre 2018, n. 17NT03030

<http://nantes.cour-administrative-appel.fr/>

Una mensa scolastica comunale non può organizzarsi in modo da servire solo cibi halal, ciò violerebbe il principio costituzionale di laïcité.

Due genitori musulmani chiedono che la mensa scolastica comunale utilizzi solo cibo halal, o, in alternativa, preveda piatti halal per il loro figlio che la frequenta: mentre mangiare cibo halal non crea problemi ai bambini non musulmani, mangiare cibo non halal crea problemi al loro figlio.

Dalla Mairie giunge una risposta negativa, che i genitori impugnano per via amministrativa, ma sono soccombenti: da un lato, infatti, un pasto specifico ed a parte, dato il suo costo *extra*, è possibile, e peraltro previsto dal regolamento della mensa, solo per ragioni mediche (con necessaria documentazione), ed è quindi escluso nel caso di specie, mentre, dall'altro, riorganizzare la mensa scolastica comunale con cibi halal implicherebbe che lo Stato si facesse carico, cioè sostanzialmente riconoscesse, prescrizioni religiose d'una specifica confessione, ciò che violerebbe il principio di *laïcité*.

Sentimento religioso

INDIA

Supreme Court, Criminal Jurisdiction, 31 agosto 2018, n. 44/2018

<https://www.sci.gov.in>

La sanzione penale per chi offende il sentimento religioso d'una parte della popolazione è perfettamente costituzionale, ma è indispensabile la premeditazione.

In un film, un'attrice indiana canta, e danza sulle relative note, una canzone che alcuni fedeli musulmani dello Stato del Telangana hanno considerato offensiva verso la moglie di Maometto, avevano presentato denuncia, ed attrice, regista e produttore erano stati arrestati. Essi impugnano il provvedimento d'arresto, affermando di non aver voluto assolutamente offendere Maometto, come del resto emerge chiaramente dal film, e che le presunte offese sono frutto d'una lettura ipersensibile dei denunciati.

La Corte Suprema accoglie l'istanza, ribadendo la piena legittimità d'una sanzione penale per l'offesa del sentimento religioso d'una delle comunità che compongono l'India, ma sottolinea come il reato de quo richieda indispensabilmente la premeditazione.

CANADA

Legge sull'abolizione del reato d'offesa al sentimento religioso, 13 dicembre 2018.

<http://www.parl.ca/DocumentViewer/en/42-1/bill/C-51/royal-assent>

PAKISTAN

Supreme Court of Pakistan, 31 ottobre 2018, Asia Bibi vs the State et alii, n. 39-I/2015

<http://www.supremecourt.gov.pk>

La pena di morte è una sanzione che può essere comminata solo in caso di colpevolezza provata al di là di ogni ragionevole dubbio.

Sono perfettamente legittime sotto il profilo costituzionale sia il principio di sanzionare penalmente la blasfemia, sia il fatto che la sanzione possa essere anche la pena di morte, tuttavia la gravità della pena richiede assolutamente che la colpevolezza sia provata al di là d'ogni ragionevole dubbio.

Libertà religiosa

SCOZIA

United Kingdom Employment Tribunal, 4 agosto 2018, McEleny

vs H.M. Ministry of Defence

<https://www.judiciary.uk>

Una convinzione filosofica in un ideale determinato è una fede di tipo religioso, e quindi beneficia di tutti i diritti e prerogative riconosciute alle fedi religiose stricto sensu.

Un elettricista del Ministero della Difesa, di alto livello essendo qualificato per le riparazioni anche agli impianti elettrici dei missili balistici, nel 2016 si candida alla guida dello Scottish National Party; in base alle normative sulle neutralità politica degli addetti agli impianti top secret, gli viene tolto il nullaosta nucleare e viene destinato a lavorare solo in basi militari 'normali'.

Egli ricorre contro questa decisione ministeriale, sostenendo che la sua fosse non una convinzione politica, bensì una fede religiosa, e come tale non giustificasse il declassamento, da guardare quindi come discriminazione religiosa e perciò inammissibile.

Il Ministero nega che l'ideale dell'indipendenza della Scozia sia una fede religiosa, perché essa non avrebbe il carattere universale proprio delle religioni; il giudice respinge quest'argomento, affermando che la norma contro le discriminazioni religiose copra non solo le religioni stricto sensu, ma anche le convinzioni di tipo religioso, che sono quelle che condizionando in maniera sostanziale e determinante la vita di una persona: in quest'ambito rientra la causa dell'indipendenza della Scozia, che è quindi una fede di tipo religioso, sicché protetta contro la discriminazione, e dunque il declassamento è annullato.

FEDERAZIONE RUSSA

Tribunale distrettuale di Zheleznodorozhny, 6 febbraio 2019

<http://zheleznodorozhny.ork.sudrf.ru>

Lo svolgimento di attività religiose non autorizzate costituisce reato.

La sentenza di condanna di primo grado, ex art. 282 comma 2 c.p., riguarda un fedele danese dei Testimoni di Geova, che aveva continuato a svolgere attività religiose nonostante nell'aprile 2017 la Corte Suprema della Federazione Russa avesse sciolto l'Organizzazione religiosa dei Testimoni di Geova in Russia, e tutte le organizzazioni correlate, avendole riconosciute come estremiste.

GERMANIA

VG Osnabrück, 28 agosto 2018, n. 3/b/51.18

<http://www.verwaltungsgericht-osnabrueck.niedersachsen.de>

La libertà religiosa non ha sempre portata ecumenica.

Una dipendente pubblica di religione protestante desidera partecipare ad un pellegrinaggio diretto ad un santuario cattolico, chiede perciò un permesso straordinario che le viene rifiutato; ella ricorre contro questo diniego, rivendicando la lesione della sua libertà religiosa, ma le viene dato torto: se si appartiene ad una data religione e si vuole andare a visitare un luogo di culto d'un'altra religione, non si può invocare la libertà religiosa, ma caso mai il desiderio d'approfondimento culturale personale, che è cosa lodevolissima, ma non dà diritto a giorni di permesso straordinario.

Chiesa cattolica

PAKISTAN

Supreme Court of Pakistan, 16 gennaio 2019, n. 32642-P/2018

<http://www.supremecourt.gov.pk>

Le Autorità locali debbono continuare a registrare i matrimoni cattolici celebrati con rito religioso.

Invocare una lacuna legislativa, che pure esiste, per rifiutarsi di registrare civilmente solo i matrimoni religiosi cattolici costituisce violazione costituzionale del principio di non discriminazione su base religiosa, ed è quindi inammissibile.

STATI UNITI D'AMERICA

U.S. Supreme Court, 19 febbraio 2019, n. 18.548/2/192019

<https://www.supremecourt.gov/>

La libertà religiosa può essere invocata solo per difendere una religione, non è un argomento passepartout.

Un ordine di suore cattoliche rifiuta di vendere alcuni terreni di loro proprietà per farvi passare un gasdotto; i terreni vengono espropriati e le impugnazioni respinte per superiore interesse pubblico; l'Ordine allora presenta ricorso alla Corte Suprema invocando la libertà religiosa costituzionalmente protetta, affermando di opporsi all'uso dei loro terreni per far passare una struttura che aumenterà l'inquinamento ambientale, dato che la loro fede religiosa impone loro di proteggere e preservare la Terra come creazione di Dio.

Il ricorso viene dichiarato inammissibile, perché su quei terreni non ci sono luoghi od edifici di culto, né alcuni ettari di terreno possono essere oggetto di culto da parte d'un ordine religioso della Chiesa cattolica.

Finanziamento delle Chiese

GERMANIA

OVG Lüneburg, 23 agosto 2018, n. 9/1a/120.17

<http://www.oberverwaltungsgericht.niedersachsen.de>

Nei casi di matrimonio anche religioso di mixta religio, pure il coniuge che appartenesse ad una confessione non riconosciuta, e quindi senza l'obbligo di Kirchensteuer, è tenuto a pagarla alla confessione religiosa dell'altro coniuge, a meno che non faccia dichiarazione di ateismo.

Coniugi appartenenti a due differenti confessioni religiose, una sola delle quali riconosciuta e quindi con la tassa ecclesiastica. Dopo il matrimonio civile, viene celebrato il matrimonio religioso misto, ed a quel punto la confessione riconosciuta chiede che la Kirchensteuer venga calcolata sull'ammontare complessivo del reddito della coppia, non solo su quello dei due suo appartenente, sulla base del fatto che, in quanto legato da matrimonio religioso, anche il coniuge appartenente alla confessione religiosa non riconosciuta avrebbe potuto beneficiare dell'assistenza spirituale dell'altra confessione, ed è quindi tenuto egualmente a pagarle la *Kirchensteuer*, a meno che non faccia formale dichiarazione di ateismo.

Ebraismo

STATI UNITI D'AMERICA

U.S. District Court Eastern District, Arkansas Times vs M. Waldrip et alii, 23 gennaio 2019, n. 4/18/cv/914/bsm.

La legge dell'Arkansas che richiede alle aziende e società che in qualunque modo ricevono fondi pubblici di certificare che non stanno boicottando Israele è perfettamente costituzionale.

Il particolarissimo legame che c'è fra lo Stato d'Israele e l'Ebraismo è tale che le decisioni di boicottare economicamente uno Stato, pur essendo in linea generale un legittimo mezzo d'esercitare pressione politica, se riferita ad Israele ha inevitabilmente la conseguenza, anche se forse non voluta, indiretta d'essere un atto di antisemitismo e di discriminazione su base religiosa, sicché lo Stato dell'Arkansas ha la piena legittimità costituzionale di decidere di non voler finanziare, in nessun modo, aziende che di fatto agiscono in modo contrario ai valori della Costituzione dell'Arkansas e di quella federale.

Presentazione

VINCENZO MAIELLO

La sezione di 'Giurisprudenza e legislazione penale' di questo numero della Rivista riporta diverse massime interessanti e si segnala, in primo luogo, la sentenza Sez. pen. I, sentenza 6 giugno 2018, n. 25535, che trae origine dalla condanna irrogata dalla Corte d'appello di Milano nei confronti di due imputati ritenuti responsabili di concorso nel tentato omicidio, aggravato dall'aver essi agito per motivi abietti e futili. In particolare, il fatto veniva ricostruito sulla base delle informazioni assunte da diversi testimoni oculari e dagli accertamenti condotti sulla persona offesa. Entrambe le sentenze di merito, con conforme giudizio, hanno evidenziato che la sera del fatto i due imputati appartenenti a gruppi religiosi africani, dopo essersi appartati con la persona offesa la avevano aggredita e mentre uno di loro sferrava numerosi colpi di coltello, l'altro la percuoteva con pugni e calci anche dopo che la vittima si accasciava al suolo. L'azione si interrompeva per il pronto intervento di altri soggetti presenti sul posto che avevano, peraltro, allertato le forze dell'ordine. Nei motivi di ricorso entrambi i difensori degli imputati hanno mosso contestazioni al giudizio di sussistenza dell'aggravante in questione per erronea applicazione dell'art. 61, n.1, c.p., e per mancanza e illogicità di motivazione. La circostanza aggravante del futile motivo può essere esclusa dall'appartenenza o dalla vicinanza dell'autore del reato a gruppi o comunità religiose che riconoscono come valori positivi la violenza e l'uso della forza? La pronuncia aderisce al consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui «per verificare la sussistenza dell'aggravante in questione è necessario procedere all'identificazione in concreto della natura e della valenza della ragione giustificatrice l'azione delittuosa posta in essere, senza fare ricorso ad un comportamento medio dell'uomo comune, posto che siffatto modello di agente non è facilmente identificabile ed è influenzato nella situazione concreta da connotazioni culturali, dall'educazione ricevuta, dal contesto sociale e da fattori religiosi» (Cass. pen., Sez. I, n. 11591/2015, Passalacqua e a.; Cass. pen., Sez. I, n. 39261/2010, Mele; Cass. pen., Sez. I, n. 42846/2010, PG in proc. Muzaka; Cass. pen., Sez. VI, n. 28111/2012, U.M.). La Corte ha altresì ribadito che tale criterio di giudizio, non può giustificare in alcun modo una compressione della tutela inderogabile che deve essere assicurata ai principi e ai beni fondamentali riconosciuti dall'ordinamento costituzionale. Secondo la giurisprudenza è abietto il motivo ignobile, turpe, che rileva nell'agente un tale grado di perversità da destare un profondo senso di ripugnanza in ogni persona di media moralità (fattispecie in tema di tentato omicidio in cui la Corte ha ritenuto configurabile l'aggravante della condotta dell'imputato che aveva colpito ripetutamente con un coltello la vittima per vendicarsi del suo rifiuto di assecondarlo sessualmente – Cass. pen., Sez. V, n. 33250/2017,). Il motivo è futile ove la determinazione criminosa sia stata indotta da uno stimolo esterno di tale levità, banalità e sproporzione, rispetto alla gravità del

reato, da apparire, secondo il comune modo di sentire, assolutamente insufficiente a provocare l'azione criminosa e da potersi considerare, più che una causa determinante dell'evento, un mero pretesto per lo sfogo di un impulso violento (Cass. pen., Sez. V, n. 41052/2014, Barnaba). In altri termini, il motivo è futile quando la spinta a delinquere manca di quel minimo di consistenza che la coscienza collettiva esige per operare un collegamento logico accettabile con l'azione commessa (non certo per giustificarla ma solo per comprenderla; si pensi ad esempio ad un tentato omicidio maturato in un contesto di estrema banalità, in quanto l'imputato aveva aggredito la vittima, rea di averla guardato in modo torvo Cass. pen., Sez. I, 30691/2017)

Ed ancora, va segnalata Sez. pen. II, 8 agosto 2018, n. 38208, la quale ha analizzato e approfondito, sui motivi dei ricorrenti, il concetto e la nozione giuridica di partecipazione all'associazione con finalità di terrorismo. Le doglianze delle difese erano incentrate sul peso eccessivo ed incongruo attribuito dalla decisione della Corte d'assise di appello di Milano al mero aspetto psichico della partecipazione al sodalizio criminale di matrice religiosa. Il caso analizzato dalla Sez. II presenta spunti di riflessione, poiché il dato principale di analisi è rappresentato dalla rilevanza del contributo fornito anche da soggetti singolarmente considerati (i c.d. lupi solitari), a prescindere da un loro sia pur minimo inquadramento in cellule religiose dell'islam. Le difese hanno contestato l'interpretazione seguita dalla Corte d'assise d'appello di Milano secondo la quale anche il solo dato del compimento di attacchi realizzati individualmente, con utilizzo di mezzi rudimentali, spesso autoprodotti, possa essere effettivamente espressivo della partecipazione al sodalizio, mentre poteva essere ritenuta esclusivamente la mera ricorrenza di un agire individuale, indicativo dell'assenza di qualsiasi organizzazione di mezzi e uomini. La Corte, nel rigettare i ricorsi, non ha condiviso la critica relativa all'assenza, nel caso in esame, del dato strutturale e organizzativo dell'associazione e ha evidenziato come, al contrario, il ragionamento logico e giuridico della Corte d'assise di appello ha segnalato l'insieme dei dati sintomatici espressivi della qualità e della natura del contributo assicurato dagli imputati al programma criminale terroristico dell'Isis, proprio tenendo conto delle peculiarità che caratterizzano l'apparato associativo in esame. Con una motivazione approfondita e innovativa si è affermato che: 1) il fenomeno associativo, nella sua declinazione delle associazioni con finalità terroristiche assume rilevanza quando manifesti caratteri tali da rendere non ipotetico, né meramente eventuale il pericolo che la norma intende contrastare, ciò secondo alcuni indici tipicamente sintomatici individuati dalla giurisprudenza (esistenza di un apparato organizzativo, mezzi e persone allo scopo, possibilità di attuare il programma di esecuzione di atti di violenza con finalità indicate dall'art. 270-sexies c.p.); 2) la necessaria determinatezza della fattispecie, garantita dal requisito minimo dell'organizzazione che deve così presentarsi come soggetto in grado di compiere effettivamente gli atti di violenza per finalità di terrorismo; 3) la tipicità del fatto, tuttavia connotata dall'evidente volontà del Legislatore di realizzare un'anticipazione di tutela rispetto alla commissione dei singoli atti di violenza che formano l'oggetto dell'accordo tra gli associati, sicché emerge la ratio della disciplina apprestata dal Legislatore, che ha sostanzialmente ritenuto che le esigenze di tutela della collettività possano essere pregiudicate sin dalla mera costituzione dell'associazione a prescindere dalla predisposizione di un programma di azioni terroristiche; 4) la necessaria correlazione della fattispecie con il principio della personalità della responsabilità penale, il che comporta una puntuale determinazione e interpretazione della nozione di partecipazione del singolo all'associazione, inquadrate nell'ambito dei

reati a forma libera, per cui assumono rilievo in ragione del coefficiente di idoneità causale della condotta e dunque del contributo alla realizzazione della finalità dell'associazione. Si rileva come nella multiforme categoria in questione non sia possibile delineare una struttura tipica, fissa e ricorrente in modo obiettivo, di associazione, mentre in realtà è l'interprete a dover ricondurre il fenomeno storico in una determinata categoria giuridica, riscontrandone gli elementi tipizzanti. Appare quindi necessario per la Corte muovere dal contenuto e dalle peculiarità dell'accordo su cui è fondata l'esistenza dell'associazione per individuare in modo specifico le modalità (ove esitanti) di adesione della associazione, le regole che disciplinano i rapporti tra gli associati, i mezzi e gli strumenti, anche finanziari, impiegati per il raggiungimento degli scopi propri della stessa. Partendo da questa riflessione viene quindi condivisa la caratterizzazione da parte del giudice di secondo grado dell'auto-proclamato Stato islamico nella sua vocazione stragista e terroristica. Isis dunque come associazione con finalità di terrorismo religioso, che trova la propria fonte costitutiva proprio nel suo carattere religioso, con accentuata connotazione ideologica, di tipo radicale ed estremizzante, da cui deriva una sorta di "imposizione esterna" dell'atto costitutivo dell'associazione. Imposizione che di fatto risulta necessitata dalla concezione religiosa, caratterizzata da tratti palesi di fanatismo, che non tollera dissenso o indipendenza rispetto all'unico credo religioso, imponendo la soppressione fisica di tutti coloro che non aderiscono all'ideologia religiosa riconosciuta come unica valida. Questa associazione si caratterizza, nell'ambito di un programma essenziale e generico, pienamente riconoscibile all'esterno, per la volontà di raggiungere con condotte violente un chiaro e semplice obiettivo, ovvero l'eliminazione di persone cose o segni che si ispirano a culture e religioni diverse dall'islamismo radicale. A tal fine sono dunque richieste condotte violente, che risultano sollecitate e giustificate dal valore ideale del "martirio" (Jihad) al quale sono chiamati tutti gli associati. E in tale contesto si è chiarito come il profilo dell'adesione al programma dell'associazione e l'acquisizione della qualità di associato non richiede il ricorso a rituali o ad attività specificamente individuate, essendo allo scopo necessaria e sufficiente la condivisione del messaggio politico e religioso. Ciò posto, ai fini della verifica del requisito normativo, dovrà essere accertato in concreto se la trasposizione in concreto di tale adesione si colga attraverso fatti sintomatici, di vera e propria partecipazione, dotati di carattere non equivoco, efficienti allo scopo di attuare il programma criminale dell'associazione, evidentemente sintomatici anche dell'esposizione a pericolo degli interessi dello Stato e del contributo dato dal singolo associato. Questa associazione si differenzia poi dai canoni classici di interpretazione per alcune specifiche caratteristiche del sodalizio, con riflessi immediati quanto alle modalità esecutive per la realizzazione degli obiettivi della stessa. Ciò perché non ricorre la tipologia dell'associazione strutturata in senso "verticale" ma invece una organizzazione di tipo "orizzontale", a rete, capace di adattamenti proprio in considerazione del suo carattere elastico, anche in campo transnazionale e globalizzato, nonché per i particolari mezzi di comunicazione e trasferimento sul territorio, tanto evoluti da rendere spesso difficile una reale attività di prevenzione. La Corte chiarisce come i ricorrenti non abbiano contestato i caratteri dell'associazione per come delineata, mentre ritengono che sia erronea l'individuazione della qualità di associato desunta dalla sola adesione alla c.d. chiamata al Jihad, con conseguente rilevanza degli atti di violenza portati a compimento da singoli con modalità individuali, senza connessione con qualsivoglia apparato organizzato. Il fondamentale punto di passaggio, che la Corte sottolinea e che la

sentenza impugnata ha segnalato è: 1) il collegamento tra la chiamata generalizzata al Jihad e le forme di “partecipazione” dei singoli all’associazione, che è ovviamente cosa diversa dalle forme e struttura dell’associazione; 2) il conseguente significato univoco anche delle iniziative dei singoli, una volta che si sia manifestata l’adesione al Jihad, quando pongano in essere iniziative autonome che rientrino nel piano terroristico dell’associazione, pronta poi a rivendicarne l’esito. Il dato dell’adesione all’associazione, in funzione della generalizzata chiamata al martirio, che l’Isis offre in modo capillare e con mezzi di comunicazione ampi e svariati, rappresenta dunque per la Corte un momento di «pura condivisione e accettazione delle regole fondanti dell’associazione», e tale elemento dipende proprio dalle forme e dalla struttura associativa dell’Isis, caratterizzata dal suo ambito globale e globalizzato, che consente di stabilire connessioni tra coloro che aderiscono superando distanze geografiche ed ostacoli fisici e che, proprio per questo, non «impone altre formalità per la partecipazione al sodalizio se non la decisione del singolo di rispondere a quella chiamata manifestando la propria adesione alla ideologia del Califfo». Tale adesione rappresenta il punto di partenza per giungere a provare, insieme ad altri elementi materiali, la consistenza del ruolo di partecipe all’associazione e ne è anche presupposto indispensabile, poiché dal momento dell’adesione si colgono tutte le premesse che sono alla base delle determinazioni, programmi e predisposizioni di attività per compiere violenza in attuazione del programma criminoso. Dunque la risposta alla chiamata al Jihad non costituisce da sola la prova della condotta di partecipazione ma rappresenta il momento in cui si instaura il legame tra il singolo e l’associazione. Proprio sulla base di tale adesione devono essere lette e interpretate le successive condotte che il singolo pone in essere in attuazione del patrimonio ideologico culturale e di condivisione di tecniche terroristiche, che costituisce uno degli elementi caratterizzanti dell’Isis. La decisione appellata ha applicato questi principi e ha dimostrato secondo la Corte come, a seguito della risposta alla chiamata al martirio, gli imputati avessero posto in essere una serie di comportamenti significativi della loro partecipazione alla associazione in questione a fine di proselitismo, propaganda e istigazione alla commissione di atti di violenza al fine di affermare la prevalenza dell’auto proclamato Stato islamico. In tal senso, tenuto conto della portata diffusiva su vasta scala delle direttive ideologiche dell’Isis, sia mediante indicazioni operative per la realizzazione di atti violenti, che mediante la globalizzazione e transnazionalità del messaggio trasmesso, si deve ritenere che anche le condotte dei singoli poste in essere in attuazione di tali direttive siano indicative della partecipazione e inserimento nella associazione. Considerata inoltre la peculiarità dell’associazione in questione, il dato dell’inserimento nella stessa deve essere considerato del tutto peculiare e infatti si atteggia, secondo la valutazione della Corte, in modo assolutamente diverso dalle categorie tradizionali della partecipazione alle associazioni conosciute. Non è quindi di certo necessario e indispensabile un contatto diretto tra i vertici (promotori dirigenti e organizzatori) dell’associazione e i singoli aderenti, né si può ipotizzare che per ciascun associato siano preventivabili ruoli e incarichi. Ne consegue, secondo le conclusioni della Corte, che l’effettivo inserimento del singolo nella attività e finalità della associazione potrà essere desunto logicamente dalle condotte poste in essere dallo stesso, da cui risulti senza incertezza l’adesione al programma dell’associazione (in questo stesso senso Cass. pen., Sez. V, n. 31389/2008, Bouyahia). Quindi, secondo l’interpretazione consolidata della Corte, occorre ed è sufficiente una struttura organizzativa che presenti un grado di effettività tale da rendere almeno possibile l’attuazione del

programma criminoso e che si manifesti nella sua pericolosità ma tale struttura, proprio per l'emersione di nuovi fenomeni globalizzati non deve essere letta secondo schemi organizzativi collaudati, proprio perché anche nuovi e diversi modelli di aggregazione possono integrare il minimum indispensabile ad integrare il reato (strutture cellulari, a rete, flessibilità interna, possibilità di operare in contesti territoriali del tutto diversi). Così che «l'organizzazione terroristica transnazionale va pensata, più che come una struttura statica, come una rete, in grado di mettere in relazione persone assimilate da un comune progetto criminale, che funge da catalizzatore dell'affectio societatis e costituisce lo scopo sociale del sodalizio». Vengono dunque pienamente riscontrate da elementi materiali le attività indicative di tale affectio: ricerca di informazioni per realizzare attentati e reperire armi, diffusione di minacce dirette verso la popolazione italiana, immagini, comunicati e condivisione della chiamata al martirio, attività di reclutamento al fine di combattere in Siria, con conseguente significativa diffusione e conoscenza dei programmi dell'associazione criminale in questione. La Corte nelle sue conclusioni analizza anche la sentenza Cass. pen., Sez. VI, n. 14503/2017, in diverse occasioni richiamata dalle difese degli imputati per contestare il requisito effettivo dell'adesione all'associazione con finalità di terrorismo. Tale decisione, richiamando le diverse forme di partecipazione (già analizzate approfonditamente dalle decisioni precedenti: partenze per combattere gli infedeli, vocazione al martirio, indottrinamento e proselitismo) richiede, in apparente eccentricità con l'orientamento costante della giurisprudenza di legittimità su questo tema, che l'azione del singolo si innesti nella struttura organizzata, cioè che esista un contatto operativo, un legame, anche flebile, ma concreto tra il singolo e l'organizzazione, che in tal modo abbia consapevolezza, anche indiretta, dell'adesione da parte del soggetto agente. In realtà, come sottolineato anche nella decisione della Sez. II, questa affermazione non può essere intesa correttamente se non considerando il caso concreto sottoposto all'esame della Corte, nell'ambito del quale il giudice al quale è stato rinviata la decisione sulla misura cautelare impugnata, aveva ommesso di considerare la rilevanza di alcuni elementi oggettivi, chiaramente sintomatici di un coinvolgimento nell'associazione. E in particolare una serie di contatti tra l'indagato e esponenti di punta tunisini della associazione al momento del suo rientro in patria e l'aver lo stesso inneggiato al successo dell'attentato di Sousse posto in essere in data 26 giugno 2015 in Tunisia. La conclusione seguita dalla sesta Sezione non esclude in alcun modo, secondo la Sez. II, la validità dell'impostazione secondo la quale già la vocazione al martirio indica una condivisione degli obiettivi dell'associazione (che si devono poi concretizzare, come detto, in atti materiali di partecipazione) ma semplicemente propone in modo diverso (forse a causa del condizionamento derivante dall'utilizzo di diversi schemi interpretativi del modulo associativo), la necessaria correlazione tra l'adesione all'associazione nella sua vasta diffusività e la prova dell'effettiva partecipazione nel realizzarne gli obiettivi (ad esempio richiamando lo schema associativo ex art. 416-bis c.p. e in tal senso inserendo elementi di caratterizzazione del tutto distinti rispetto all'associazione di tipo terroristico, che richiede nell'interpretazione costante della precedente giurisprudenza di legittimità l'utilizzo di strumenti di valutazione del tutto autonomi proprio per la particolarità del fenomeno in questione). E d'altra parte la ricorrenza di quel legame flessibile ma concreto e consapevole, appare certamente desumibile dalla vocazione al martirio e dalla piena condivisione dei messaggi ideologici e religiosi della associazione, apparendo eccentrico rispetto a tale ormai consolidata costruzione la richiesta necessità di avere conoscenza della

messa a disposizione, al fine di poter contare su un determinato soggetto, anche indirettamente. A meno di non voler intendere il concetto di conoscenza indiretta della messa a disposizione come un caso di conoscenza a posteriori.

Particolarmente interessante è poi Sez. pen. III, sentenza 14 novembre 2018, n. 51479, relativa alla vicenda decisa dalla Corte di appello di Roma con la sentenza del 29 marzo 2016, confermativa della condanna alla pena di anni 2 di reclusione inflitta a G.D. dal Tribunale di Roma con la sentenza del 2 dicembre 2009 per il delitto ex art. 609-bis c.p., per avere compiuto in modo insidioso e repentino in due occasioni atti sessuali, consistiti nel palpeggiamento del seno, ai danni di M.O. la quale lavorava quale addetta alle pulizie nell'ostello di cui G.D. era titolare.. Il difensore di G.D. proponeva ricorso per cassazione avverso la sentenza della Corte di appello di Roma del 29 marzo 2016, deducendo, tra gli altri, ex art. 606 c.p.p., lett. e) il vizio della motivazione, per la violazione dell'art. 192 c.p.p., in relazione alla valutazione delle dichiarazioni della persona offesa, per l'omessa risposta ai motivi di appello sul punto, ed il travisamento della testimonianza della persona offesa. Ha rilevato la difesa che la sentenza di condanna impugnata si fonda esclusivamente sulle dichiarazioni della persona offesa e sul riscontro costituito dalla testimonianza di una sua amica, che ricevette le confidenze, che però è una testimonianza de relato, con circolarità della prova. Sarebbe stata omessa una ponderata ed attenta valutazione dell'attendibilità della persona offesa senza analizzare le censure difensive, dettagliatamente esposte nella memoria ex art. 121 c.p.p. depositata prima dell'udienza di appello. La difesa ha ritenuto l'illogicità e contraddittorietà della motivazione quanto al giudizio espresso sulla deposizione della persona offesa, ritenuta coerente e lineare, e la chiara descrizione delle modalità del fatto in quanto poi la Corte di appello di Roma ha rilevato che la persona offesa ha avuto "una certa confusione tra i due episodi" e ha dato atto dell'esistenza di "contraddizioni residue, pur dopo le contestazioni" (pag. 2 della sentenza). Secondo la difesa poi la Corte di appello di Roma sarebbe incorsa nel travisamento della prova, quanto contenuto della testimonianza resa in dibattimento dalla persona offesa in data 18 febbraio 2009. Dopo aver riportato nel ricorso per cassazione le dichiarazioni rese dalla persona offesa all'udienza del 18 febbraio 2009, rilevava la difesa che l'episodio oggetto della dichiarazione è stato riferito diversamente nella denuncia-querela, come da contestazione effettuata dalla difesa (il cui contenuto era riportato nel ricorso). Riteneva dunque la difesa che laddove la Corte di appello ha ritenuto che "la narrazione di M.O. risulta sostanzialmente coerente col contenuto della sua querela, tant'è che le contestazioni che sono state effettuate in udienza riguardano circostanze marginali" (cfr. pag. 2 della sentenza) è incorsa nel travisamento della prova dichiarativa. Per la difesa, poi, le contestazioni erano state effettuate su circostanze non marginali, va su elementi dirimenti, per l'insanabile contrasto tra il contenuto della querela e la testimonianza. L'inattendibilità della persona offesa sarebbe emersa anche dalla lettura del capo di imputazione, nel quale sono addebitati al ricorrente due episodi di palpeggiamento da tergo, come riferiti in querela, episodi poi non riferiti nell'esame testimoniale. Per la difesa, la persona offesa, dopo aver riferito che l'imputato, in seguito al litigio avvenuto di notte con dei turisti stranieri l'avrebbe rimproverata, spingendola sul divano e palpeggiandole il seno, di fronte alle contestazioni della difesa la M. ha mutato versione raccontando di un palpeggiamento da tergo che poi di nuovo ha smentito. Rispetto alle contraddizioni su circostanze fondamentali degli eventi, sosteneva la difesa, la sentenza aveva una motivazione illogica ed apodittica, travisando la prova, perchè la confusione e le contradd-

dizioni della persona offesa, pur ritenute esistenti dalla Corte di appello, sono state minimizzate o focalizzate su circostanze minori, in contrasto con le risultanze della prova dichiarativa. Gli episodi sarebbero stati narrati sempre in maniera diversa e contraddittoria, con versioni inconciliabili tra loro: quindi, la motivazione della sentenza della Corte di appello di Roma che ritiene l'attendibilità e l'affidabilità delle dichiarazioni di M.O. sarebbe illogica e contraddittoria, nonchè disancorata dalle risultanze probatorie. Nè le contraddizioni potrebbero essere giustificate per il tempo decorso dal fatto, circa due anni o per l'imbarazzo di riferire ad un agente di polizia giudiziaria di sesso maschile l'accaduto perchè la persona offesa è "di religione musulmana", poichè così si introdurrebbe un inammissibile criterio di valutazione della testimonianza su base religiosa. La Suprema Corte, nel rigettare tale motivo, ha condivisibilmente ricordato che per il costante indirizzo della giurisprudenza, espresso anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione Cass. Sez. Unite, sentenza n. 41461 del 19/07/2012 (Bell'Arte, Rv. 253214) le dichiarazioni della persona offesa possono essere legittimamente poste da sole a base dell'affermazione di penale responsabilità dell'imputato, previa verifica, corredata da idonea motivazione, della loro credibilità soggettiva e dell'attendibilità intrinseca del racconto. Hanno affermato le Sezioni Unite della Corte di Cassazione che se le regole dettate dall'art. 192 c.p.p., comma 3 non trovano applicazione relativamente alle dichiarazioni della parte offesa, però il vaglio positivo dell'attendibilità di tale dichiarante deve essere più penetrante e rigoroso rispetto a quello generico cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone, di talchè tale deposizione può essere assunta da sola come fonte di prova unicamente se venga sottoposta a detto riscontro di credibilità oggettiva e soggettiva. Affermano altresì le Sezioni Unite della Corte di Cassazione che può essere opportuno procedere al riscontro di tali dichiarazioni con altri elementi qualora la persona offesa si sia anche costituita parte civile e sia, perciò, portatrice di una specifica pretesa economica la cui soddisfazione discenda dal riconoscimento della responsabilità dell'imputato. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno però ricordato anche che è principio incontrovertito nella giurisprudenza di legittimità l'affermazione che la valutazione della credibilità della persona offesa dal reato rappresenta una questione di fatto che ha una propria chiave di lettura nel compendio motivazionale fornito dal giudice e non può essere rivalutata in sede di legittimità, salvo che il giudice non sia incorso in manifeste contraddizioni. Tanto premesso, la pronuncia rileva che la P.O. non si è costituita parte civile sicchè le sue dichiarazioni sono state legittimamente poste da sole a base dell'affermazione di penale responsabilità dell'imputato, senza necessità dei riscontri, per altro ritenuti sussistenti. Inoltre, per la Suprema Corte la Corte di appello di Roma ha correttamente effettuato il vaglio della credibilità soggettiva e dell'attendibilità intrinseca del racconto, atteso che non vi era alcuna contraddizione interna nella motivazione della sentenza perchè il giudizio di coerenza e linearità della deposizione si riferiva al compimento degli atti sessuali, consistiti nel palpeggiamento del seno, che è il fatto oggetto del capo di imputazione e che da quanto emerge è sempre stato riferito dalla persona offesa. La Corte di appello ha valutato il peso delle contestazioni effettuate dalla difesa, rispetto alla querela, ma ha escluso che le difformità incidessero sulla credibilità della persona offesa perchè o ricomposte per effetto delle stesse contestazioni o marginali perchè non incidenti direttamente sul fatto contestato. Quanto poi alla divergenza rispetto alla querela riguardante il toccamento anche dei glutei e lo schiaffo impartito al ricorrente, fatti riferiti in udienza con riferimento al primo episodio, – e ritenute le "contraddizioni

residue” – la Corte di appello di Roma ha riportato il testo della dichiarazione dibattimentale: la donna ha giustificato le omissioni in querela per la vergogna a parlare con un uomo e tale spiegazione è stata ritenuta sufficiente anche per avere poi riferito, anche se sinteticamente, il fatto ad una sua amica. Dunque, il pudore manifestato con l’uomo trova, secondo la Corte di appello di Roma, una sua conferma nel racconto parziale ad una donna. A tale assunto – conclude la Suprema Corte – non va data una giustificazione etnica, essendo tale pudore collegato al sentimento religioso.

Infine, vengono riportate Sez. pen. V, sentenza 12 dicembre 2017, n. 55418 e Sez. pen. III, sentenza 29 gennaio 2018, n. 29613 (per le quali si rinvia alle note che seguono).

**Corte di Cassazione. Sezione Seconda Penale.
Sentenza 8 agosto 2018, n. 38208**

Partecipazione alla associazione terroristica – Ipotesi del cd. “lupo solitario” – Sussistenza

L'organizzazione terroristica transnazionale va pensata, più che come una struttura statica, come una rete, in grado di mettere in relazione persone assimilate da un comune progetto criminale, che funge da catalizzatore dell'affectio societatis anche per cellule religiose sparse ed isolate, costituendo lo scopo sociale del sodalizio

**Corte di Cassazione. Sezione Prima Penale.
Sentenza 6 giugno 2018, n. 25535**

Circostanza aggravante dei futili motivi – Appartenenza a gruppi religiosi contrapposti – Esclusione – Insussistenza

In tema di riconoscimento dell'aggravante prevista dall'art. 61, n. 1, c.p., la futilità del motivo non è esclusa dall'appartenenza dell'autore del reato a religioni o comunità che riconoscono come valori positivi la l'uso della forza quale forma di affermazione della personalità individuale e di manifestazione dell'appartenenza al gruppo da esercitare per il solo fatto che la vittima sia o appaia in formazione contrapposta, dal momento che tali concezioni e modelli comportamentali offrono occasione per dare libero corso ad impulsi brutali e prevaricatori e si pongono in contrasto con i valori fondamentali riconosciuti dall'ordinamento giuridico, che tutela in primo luogo la vita, la sicurezza e la libertà personale.

**Corte di Cassazione. Sezione Terza Penale.
Sentenza 14 novembre 2018, n. 51479**

Testimonianza – Rilevanza del fattore religioso ai fini della attendibilità su particolari secondari – Sussistenza

In tema di testimonianza della persona offesa, rileva l'imbarazzo di riferire episodi di violenza sessuale connesso alla “religione musulmana”, purchè cada su aspetti secondari della contestazione e non intacchi gli aspetti salienti della stessa, non essendo ammissibile il mero criterio di valutazione della testimonianza su base religiosa. Nel

caso di specie, viene ritenuta logica la motivazione secondo cui la persona offesa ha giustificato le omissioni in querela per la vergogna a parlare con un uomo e tale spiegazione è stata ritenuta sufficiente anche per avere poi riferito, anche se sinteticamente, il fatto ad una sua amica. Sicchè, il pudore manifestato con l'uomo trova una sua conferma nel racconto parziale ad una donna. A tale assunto – conclude la Suprema Corte – non va data una giustificazione etnica, essendo tale pudore collegato al sentimento religioso.

Corte di Cassazione. Sezione Quinta Penale. Sentenza 12 dicembre 2017, n. 55418

Condivisione di un video di propaganda Isis su Facebook – Apologia di delitto – Sussistenza

La condivisione di video di propaganda dell'Isis sui social network, rafforzata dall'approvazione dei relativi contenuti attraverso l'opzione mi piace, è idonea alla configurazione del reato di apologia di terrorismo di cui all'art. 414, comma 4, c.p. Il reato è invece stato escluso relativamente a comunicazioni telematiche meramente private.

Apologia della jihad islamica sul web: tra diritto penale costituzionalmente orientato e diritto penale del “nemico”
A proposito di Corte di Cassazione, Sezione V penale, 25 settembre 2017, n. 55418, Pres. Vessichelli, Est. Fidanzia

PAOLO CIRILLO

1. *Premessa*

Nella società attuale i valori sui quali, dopo la seconda guerra mondiale, fu costruita una nuova Europa come continente di pace, sembrano sempre più in pericolo. Dopo il terrorismo di matrice politica che ha agitato l'Italia degli Anni di Piombo, oggi – dall'attacco alle Torri Gemelle nel 2001 – il mondo occidentale si sta sempre più abituando a convivere con una nuova emergenza terroristica, quella di matrice religiosa – fondamentalista¹.

Questo terrorismo, e ciò appare particolarmente preoccupante, sta cambiando il diritto penale dei paesi democratici occidentali; ed in parte le regole che fino ad ora lo ispiravano. Se è fuori discussione che in questa c.d. “guerra al terrorismo”² sia inevitabile lo strumento penale, la più potente delle armi di cui le società dispongono per contrastare le minacce che le coinvolgono, dubbi sorgono per le metamorfosi che ne derivano per il sistema penale moderno: il “diritto penale costituzionalmente orientato” sembra, infatti, cedere il passo ad un “diritto penale del nemico”³.

Non curante delle distorsioni si muove lungo questa direzione il legislatore⁴.

¹ In verità già prima dell'attentato alle Torri Gemelle di New York, si erano verificati numerosi attentati terroristici in aree però lontane, spesso già luogo di guerre e scontri etnici, che non avevano perciò preoccupato particolarmente i Paesi occidentali circa il fenomeno *jihadista* e quelli che sarebbero stati i suoi sviluppi. Sul punto FABIO FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, Cedam, Padova, 2016, pp. 1 ss.

² In argomento v. GIOVANNI FIANDACA, ENZO MUSCO, *Diritto Penale parte speciale. Delitti contro la personalità dello Stato*, Zanichelli Editore, sesta edizione 2009, pp. 5 ss.

³ La tesi di una differenziazione del diritto penale, attraverso l'istituzione di un “diritto penale del nemico”, accanto al “diritto penale del cittadino”, è stata avanzata da GUNTHER JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *ZStW* 97, 1985, pp. 751 ss.

⁴ Le figure di reato, figlie della c.d. legislazione “d'emergenza”, lungi dall'essere espressione di una politica criminale moderna e razionale, ispirata ai valori costituzionali, assolvono, il più delle volte, anticipando notevolmente la soglia della tutela penale, ad una funzione “simbolico-espressiva”: lo Stato, più che accertare la responsabilità del reo per l'offesa arrecata agli interessi protetti, intende innanzitutto rassicurare la collettività circa la volontà politica di combattere efficacemente il terrorismo.

E non è il solo. Come si dimostrerà con l'analisi della sentenza in commento, il paradigma del "diritto penale del nemico" sembra suggestionare anche chi delle leggi e dei principi dovrebbe essere "custode": il giudice, come nel caso in esame, può contribuire, in nome della sicurezza collettiva, a flessibilizzare i valori su sui si è faticosamente fondato il diritto penale "dei moderni" oltre che il significato più profondo della democrazia politica, quale la libertà di manifestazione del pensiero⁵.

2. I fatti

"Voglio incontrare Dio, madre nascondi le lacrime, Adhan chiama alla Jibad". Questa è solo una delle diverse frasi di tale calibro, accompagnate da fotografie, lunghi brani di discorsi di autorità religiose e videoregistrazioni afferenti il conflitto bellico in corso di svolgimento sul territorio sirio-iracheno, postate sul *social network Facebook*, che hanno costato una misura di custodia cautelare in carcere. L'ordinanza era stata disposta perché il soggetto era ritenuto gravemente indiziato del reato di cui all'art. 414 comma 4 c.p. per aver pubblicamente, attraverso la diffusione sulla rete *Internet*, fatto apologia dello Stato Islamico, associazione con finalità di terrorismo internazionale (delitto previsto dall'art. 270 *bis* c.p.).

Tuttavia, a seguito di gravame *ex art.* 309 c.p.p. il Tribunale del Riesame annullava l'ordinanza custodiale, ritenendo le videoregistrazioni postate su *Facebook*, spesso mediante la sola opzione "like", a valenza attinente esclusivamente la confessione religiosa professata dall'indagato.

Interviene la I Sezione della Corte di Cassazione con sentenza 24103/2017 che annullava l'ordinanza del Tribunale della Libertà rinviando al medesimo per un nuovo esame degli elementi probatori. Si accoglieva il ricorso presentato dal P.M., capovolgendo il giudizio operato dal Riesame sulle videoregistrazioni postate sul *social*. Queste ultime, diffuse su un sito *Internet* privo di vincoli di accesso, avevano una "chiara portata apologetica" giacché il richiamo al conflitto bellico in corso di svolgimento sul territorio sirio-iracheno in esse contenute era un "idoneo riferimento" all'*Isis*, protagonista non certo secondario di tale guerra e presupponeva il richiamo alla *jihad* islamica, "fonte di ispirazione delle azioni militari dello Stato islamico e collante del terrorismo islamico su scala internazionale".

Senonché, il Riesame, in sede di rinvio, nonostante il *dictum* della Cassazione, annullava nuovamente l'ordinanza disposta dal G.I.P. E' stato in particolare osservato che il mero richiamo alla *jihad*, data la pluralità di gruppi religiosi che la evocano, non può essere ricondotto automaticamente all'*Isis* e dunque non è rilevante ai

Più precisamente la "legislazione d'emergenza" anti-terrorismo, con interventi progressivi, cerca di colpire, nell'ottica di un pan-penalismo repressivo ad ampio spettro, ogni atto anche solo prodromico all'attività di terrorismo. In questa direzione: il delitto di associazione con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine pubblico (art. 270 *bis* c.p.), che, se pur introdotto con la l. 6.2.1980, n. 15 dal legislatore repubblicano per fronteggiare il fenomeno terroristico che imperversava durante la fine degli anni '70, è stato integralmente riscritto dal d.l. 18.10.2001, n. 374, conv. in l. 15.12.2001, n. 438 (disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale), sulla spinta della diffusa sensazione di insicurezza collettiva generata dalla strage dell'11 settembre 2001.

⁵ Sul rapporto tra diritto penale e democrazia all'interno della cultura giuridica occidentale contemporanea caratterizzata da radicali cambiamenti cfr. ANTONELLA MERLI, *Democrazia e diritto penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, pp. 8 ss.

fini apologetici; inoltre, per escludere la configurabilità dell'art. 414, 4 comma c.p., l'ordinanza ridimensionava la portata offensiva dei video incriminati sul rilievo della breve durata – undici giorni – della loro condivisione sul profilo *Facebook* oltre che della circostanza per cui, come già detto, uno dei video sarebbe stato diffuso con la sola opzione “mi piace”.

La Corte di Cassazione penale, con la sentenza n. 55418 del 25 settembre 2017, qui in commento, s'innestava nell'ambito del procedimento cautelare in questione in risposta al ricorso presentato, ancora una volta, dal Procuratore della Repubblica di Brescia. Ricorso che il Supremo Collegio ritiene fondato. Gli elementi invocati dal Riesame non sono, a giudizio della Corte, “assolutamente idonei a ridurre la portata apologetica della condotta, attesa la comunque immodificata funzione propalatrice di condizionamento delle coscienze svolta in tale delicata materia dal *social network Facebook*”. Il Riesame, inoltre, secondo gli Ermellini, non aveva tenuto conto dei contatti dell'indagato con altri soggetti già indagati per terrorismo islamico; e per di più, negando la connotazione terroristica della guerra santa citata dai video diffusi in rete e ritenendo vago e non idoneo a configurare apologia dell'*Isis* il richiamo alla *jihad* ivi contenuto, aveva disatteso il principio di diritto enunciato dalla sentenza 24103/2017. Annullata nuovamente, dunque, l'ordinanza impugnata con rinvio, per nuovo esame, al Tribunale della Libertà.

3. Le questioni giuridicamente rilevanti

Nonostante la sommarietà di giudizio imposta dalla funzione cautelare, diverse e interessanti sono le questioni giuridicamente rilevanti afferenti il diritto penale sostanziale che la sentenza in commento solleva e su cui ci si soffermerà.

Innanzitutto, il reato contestato è un delitto d'apologia; ciò pone il problema, affrontato dalla Corte anche in questa sentenza, dell'“eterno conflitto” tra incriminazione dell'“opinione” e principi penalistici di materialità e offensività, essendo il bilanciamento in questo settore assai delicato dato che è in gioco una libertà fondamentale come quella di manifestazione del pensiero.

In secondo luogo viene in rilievo la questione della corretta configurazione nel caso di specie del delitto apologizzato: “associazione con finalità di terrorismo”. Da qui, la questione della problematicità dell'innesto in sede giudiziale di due fattispecie delittuose a tutela anticipata: apologia e reato associativo. In che misura ciò è compatibile con il diritto penale del fatto offensivo delineato dalla nostra Costituzione?

Altro aspetto su cui si concentra la sentenza in commento è quello relativo al carattere pubblico della condotta, necessario affinché sia integrata l'apologia punibile *ex art.* 414 comma 3 e 4, c.p. Anche questo tema, estremamente attuale dato il ruolo catalizzatore svolto dal *web*, divenuto il canale principale usato dai terroristi, merita ulteriori approfondimenti.

4. Apologia lecita o illecita? Banco di prova per offensività e libera manifestazione del pensiero

Il delitto per il quale l'imputato è stato ritenuto gravemente indiziato, al punto da legittimare una misura coercitiva limitativa della sua libertà personale, è quello

di apologia. Si tratta di reato che, scaturendo da un atto di manifestazione del pensiero, è *species* del più ampio *genus* dei c.d. “delitti di opinione”⁶, dei quali – prova ne è la sentenza in commento – condivide l’anima intrinsecamente problematica.

Questa categoria di reati, definita da autorevole dottrina “ad alto tasso di problematicità teorica”⁷, non ha mai visto sopire su di sé le “luci dei riflettori”, tanto è vero che le recenti vicende legislative⁸ e giurisprudenziali – la sentenza che si annota è solo una fra le tante pronunciate in questa materia⁹ – ne hanno riportato alla ribalta, seppure in chiave moderna, il tema.

Se la radice storica, della quale gli odierni “reati di opinione” sarebbero versione moderna e aggiornata, è riconoscibile nel temibile *crimen laesae maiestatis*¹⁰, istituto proteiforme che, dal diritto romano per lungo tempo, è stato assunto a fondamento di tutte le feroci persecuzioni che, in nome della ragion di stato, hanno immolato i più sacri diritti dell’individualità umana, vi è da dire che il ricorso a figure incriminatrici d’opinione non è mai stato abbandonato nel nostro ordinamento¹¹: un secolo e più di legislazione penale documenta, invero, la sostanziale continuità della nostra tradizione legislativa in incriminazioni di tal genere, strettamente connesse, a partire dai codici del 1800, con la configurazione che assumono i delitti contro lo Stato¹².

⁶ V. ALESSANDRO SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 689 ss, che sottolinea che la denominazione sarebbe impropria, in quanto anche per queste particolari figure criminose non potrebbe negarsi l’esistenza di una condotta esterna. Non s’incrimina, infatti, un mero atto di pensiero, come suggerirebbe la lettera della locuzione; ma occorre la manifestazione/espressione di un certo contenuto di pensiero. Perciò si propone di sostituire la denominazione, per una maggiore aderenza alle modalità esecutive del comportamento, con quella di “reati di espressione”. In questi termini, cfr.: ALFONSO DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero. Linee di riflessione teorica e profili di un diritto comparato come premesse a uno studio sui reati di opinione*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 17 ss.; GIULIANO MARINI *Lineamenti del sistema penale*, Utet, Torino, 1993, p. 240.

⁷ V. CARLO FIORE, *I reati di opinione*, Cedam, Padova, 1972, pp. 54 ss. Per contro ALFONSO DI GIOVINE, *op. cit.*, 6 ss, riconosce al tema una modesta incidenza sulla dinamica reale dell’organizzazione del consenso e del dissenso in una società di massa.

⁸ Oltre alla già citata legislazione anti-terrorismo che ha – da ultimo – introdotto due aggravanti in materia di terrorismo nell’art. 414, 4 comma c.p., significativa è la legge n. 115 del 16 giugno 2016 che inserisce un nuovo comma 3 *bis* nella legge n. 654 del 1975 avente ad oggetto il c.d. “negazionismo”, punito con la pena della reclusione da due a sei anni. Sul punto v. ANGELO SALVATORE SCOTTO ROSATO, *Osservazioni critiche sul nuovo reato di negazionismo*, in *Dir. pen. contemp.*, 10 gennaio 2017; EMANUELA FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 653 ss.

⁹ A titolo meramente esemplificativo si vedano: Cass. pen. sez. I, sent. 6.10.2015 n. 47489 (che si approfondirà nei paragrafi finali) e Cass. pen. sez. I, sent. 28.6.2016 n. 31249.

¹⁰ Sulla storia e l’evoluzione di tale istituto cfr. ENRICO PESSINA, *Elementi di diritto penale*, vol. III, Napoli, 1885, pp. 10 ss, dove si leggono parole severe nei confronti di quella che l’Autore definisce una “terribile costruzione”. Cfr. pure, MARIO SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 342.

¹¹ Tant’è che si legge in CARLO FIORE, *op. cit.*, p. 17: “la dottrina finisce ben presto per prendere atto che l’abolizione dei reati di lesa maestà, ufficialmente salutata come ripudio definitivo di un passato ormai sepolto, era stata, poco più che una lustra”.

¹² V. GIUSEPPE BETTIOL, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1965, p. 13 ss, che sottolinea il timore, con il primo stabilizzarsi degli ordinamenti liberali,

Chiaramente, questa tendenza si accentua durante il regime fascista: così, il nostro attuale codice penale del 1930, in coerenza con la sua impostazione potestativa e autoritaria¹³, ci ha consegnato – in particolare nella Parte speciale al Titolo I (artt. 266 e 302) e al Titolo V (artt. 414 e 415 c.p.) riguardanti beni giuridici politicamente sensibili come la personalità dello Stato (*alias* sicurezza pubblica) o l'ordine pubblico – diverse fattispecie d'opinione, espressione della volontà dei compilatori di contrastare anche penalmente il dissenso politico-ideologico¹⁴.

È l'entrata in vigore della Costituzione nel 1948 a mettere in crisi la permanenza dei reati di opinione nel sistema. Essi, da un lato, segnano una vistosa "aporia" interna all'ordinamento giuridico moderno¹⁵ fondato sul riconoscimento dell'autonomia politica individuale che poggia proprio sul diritto di ogni persona di manifestare liberamente il proprio pensiero, sancito, come noto, dall'art. 21 Cost¹⁶. D'altro lato, si scontrano con i capisaldi propriamente penalistici su cui la Costituzione ha costruito il sistema criminale moderno come *magna Charta libertatum* del reo. A vacillare cioè sono materialità e offensività che, spostando il disvalore penale dall'autore al fatto materiale offensivo¹⁷, conseguentemente rifiutano qualsiasi modello di diritto penale a base soggettivistica della pericolosità e della sufficienza della esplicitazione della volontà colpevole, di cui i reati di opinione sono senza dubbio figli.

La questione fondamentale diventa questa: la legittimità costituzionale del bilanciamento, sotteso ad ogni reato d'opinione, tra libertà compresse – non solo quella personale di cui all'art. 13 Cost., sacrificata da qualsiasi disposizione incriminatrice, ma anche quella fondamentale di manifestazione del pensiero – e ragioni per le quali le si comprime¹⁸. Per questi motivi, riserve critiche sono sollevate quando, come nel caso dell'apologia, tale operazione si innesta su beni vaghi e indeterminati, di consistenza decisamente impalpabile, come l'ordine pubblico o la "personalità dello Stato"¹⁹.

Ciò nonostante, come è noto, a partire dagli anni sessanta la Corte Costituzio-

che uno spregiudicato esercizio della libertà d'espressione possa travolgere anche le basi attuali del potere politico, appena attestato sui difficili equilibri dell'ordinamento parlamentare.

¹³ Visione ben compendiata da Hobbes nel noto brocardo *auctoritas non veritas facit legem*.

¹⁴ Questi possono essere divisi in ragione della particolare modalità di descrizione della condotta in: vilipendio (artt. 290-292 c.p.), istigazione e apologia (artt. 266, 302, 303, 414, 415 c.p.), propaganda (272 c.p.), diffusione di voci o notizie (265, 269, 659 c.p.).

¹⁵ La contraddizione era già segnalata più di centocinquanta anni fa in riferimento al sistema britannico da JOHN STUART MILL, *Saggio sulla libertà*, trad. it. della quarta edizione a cura di GIOVANNI MOLLIKA, Giuffrè, Milano, 2000, 105 ss.

¹⁶ Ma la libertà di manifestare il proprio pensiero è riconosciuta anche dall'art. 10 CEDU e dall'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

¹⁷ Per riflessioni su la connotazione del nostro diritto penale costituzionale come un diritto penale del fatto offensivo, tra gli altri, GIOVANNI FIANDACA, ENZO MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, cit., p. 376.

¹⁸ In questo senso ALESSANDRO SPENA, *op. cit.*, pp. 712 ss.

¹⁹ Cfr. FRANCESCO ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 144 secondo cui si tratta di "pseudo beni giuridici" la cui lesione, posta su un piano meramente ideale o, comunque, d'inquietante vaghezza, non è empiricamente verificabile e quindi risulta giudizialmente manipolabile. In questa prospettiva anche SERGIO MOCCIA, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela del)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Roma, 1990, pp. 1 ss. che riprende la definizione di ordine pubblico come "ripostiglio di concetti" data da Karl Binding.

nale, con diverse sentenze “interpretative di rigetto”²⁰, ha sempre salvato i reati di opinione dal conflitto con l’art. 21 della Costituzione, pur minacciato da autorevole dottrina²¹.

La strada suggerita, che trova la sua “pietra miliare” nell’arresto della Corte Costituzionale n. 65 del 1970²², proprio in riferimento all’apologia, è quella di interpretare le principali fattispecie in esame in chiave costituzionale facendo leva sul principio di offensività nella sua accezione in concreto²³. Ne deriva una manipolazione della tipicità di tali ipotesi delittuose che, corroborate dal requisito oggettivo dell’idoneità, previsto dall’art. 56 c.p. per la forma ordinaria di anticipazione della tutela penale, sono trasformate da reati legislativamente configurati a pericolo presunto in reati a pericolo concreto da accertare dal giudice caso per caso.

È chiaro che la selezione del tipo di condotta rilevante spetterà, con conseguenze, come si vedrà, evidentemente problematiche, all’interprete (ovvero al giudice di merito). Per non collidere con la norma costituzionale l’apologia punibile – il discorso vale per qualsiasi altra fattispecie “di opinione” a consumazione anticipata – va letta, con una sorta di *abolitio criminis* della originaria fattispecie, alla stregua di un’“istigazione indiretta”: non sarà la mera esaltazione di un reato ma quella che sia “concretamente idonea a provocare la commissione di delitti”²⁴.

A conclusioni analoghe è giunta, altresì, la Corte Europea dei diritti dell’uomo, chiamata in diverse occasioni a valutare la compatibilità delle fattispecie di apologia, ancora oggi presenti in larga parte degli Stati Europei, con la libertà di espressione riconosciuta dall’art. 10 CEDU²⁵.

Nella scia di questa (ri)lettura costituzionalmente/convenzionalmente orientata dei reati di opinione sembra(va) essersi mosso anche il nostro legislatore con la novella n. 85 del 2006²⁶. Sennonchè, nonostante i buoni propositi, gli esiti dell’intervento sono stati per più versi contraddittori e insoddisfacenti, giacchè, ignorandosi del tutto fattispecie come l’apologia di delitto, non si è riusciti a mettere alle spalle la repressione penale del dissenso politico, religioso, culturale, sociale.

A ciò si aggiunga che, quasi contestualmente, nel 2005, è stata, addirittura, ampliata l’operatività dell’art. 414 c.p. prevedendosi inasprimenti di pena rispetto alla istigazione e all’apologia a commettere reati con finalità di terrorismo. Le pene sono

²⁰ V. Corte Cost., sentenze nn. 87/1966, 84/1969, 16/1973, 65/1970, 108/1974.

²¹ Per l’incostituzionalità dei reati di opinione v. CARLO FIORE, *op. cit.*

²² V. Corte Cost., sentenza n. 65 del 1970. Il provvedimento in esame si può apprezzare in nota di G. BOGNETTI, *Apologia di delitto punibile*, cit., 1971, 18.

²³ Il duplice ruolo, in astratto e in concreto, del principio di offensività che troverebbe appoggio normativo all’art. 49, 2 comma c.p., è da qualche tempo riconosciuto e ribadito, sulle spinte della dottrina, anche dalla Corte Costituzionale. Cfr. in questi termini, *ex multis*, Corte cost. n. 265/2005.

²⁴ Corte di Cassazione, Sez. I, n. 11578, 17 novembre 1997, Gizzo; Corte di Cassazione, Sez. I, n. 8779, 5 maggio 1999, Oste. Questa impostazione sembra essere condivisa anche dalla pronunce della giurisprudenza di legittimità più recenti: Corte di Cassazione, Sez. I, n. 47489, 6 ottobre 2015.

²⁵ In questo senso cfr. EMANUELE NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 209 ss. A giudizio delle Corte le condotte devono presentare un carattere di pericolosità per interessi pubblici significativi tali da essere direttamente o indirettamente prodromiche o favorevoli alla realizzazione di attività criminali.

²⁶ Per un autorevole commento cfr. TULLIO PADOVANI, *Un intervento normativo sCOORDINATO che investe anche i delitti contro lo Stato*, in *Guida al diritto* n. 14/2006, pp. 23 ss.

state ulteriormente ritoccate al rialzo nel 2015 nel caso in cui i fatti siano commessi con strumenti telematici in ragione della particolare diffusività e conseguente insidiosità di tali mezzi²⁷.

Ecco che – e ciò è particolarmente interessante ai fini della nostra indagine – i reati di opinione prendono “nuova vita”, diventando l’arma privilegiata per combattere – non importa se solo in chiave simbolica – il nemico/terrorista.

4.1. Tra pericolo presunto e pericolo concreto (implicito) nella lotta al terrorista

Questa breve – ma necessaria – ricostruzione cerca di dar conto della cifra problematica complessivamente riconoscibile alla tematica, non nuova alla dottrina e alla giurisprudenza e su cui si inserisce la sentenza in commento²⁸. Seppure nei limiti del giudizio cautelare, infatti, la Corte di Cassazione, nel caso in esame, cerca, di illustrare i criteri per distinguere la condotta di mera manifestazione del pensiero, che poteva ritenersi lecita, da quella di pubblica apologia, diretta e idonea alla violazione delle leggi penali, aderendo, almeno in linea di astratta dichiarazione di principio, alla posizione della Corte Costituzionale.

Si sostiene, infatti, che per integrare il delitto di cui all’art 414, comma 3, c.p. non basta “l’esternazione di un giudizio positivo su un episodio criminoso, per quanto odioso e riprovevole possa apparire alla generalità delle persone dotate di sensibilità umana” ma occorre che il comportamento dell’agente sia “per il suo contenuto intrinseco, per la condizione personale dell’autore e per le circostanze di fatto in cui si esplica”, tale da determinare il “rischio, non teorico ma effettivo, della consumazione di altri reati” e, specificamente, di reati lesivi di interessi omologhi a quelli offesi dal crimine esaltato.

Partendo da queste premesse di principio, la Corte ha concluso per la contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione del giudizio del Riesame²⁹. Quest’ul-

²⁷ Il riferimento è al d.l. 27 luglio 2005, n. 144, convertito nella l. 31 luglio 2005, n. 155 ed al d.l. 18 febbraio 2015, n. 7 convertito nella l. 17 aprile 2015, n. 43. È evidente che entrambe le aggravanti, frutto delle indicazioni di anticipazione della soglie della tutela e di innalzamento del rigore sanzionatorio provenienti dalle istituzioni europee, incidono su fatti già penalmente rilevanti ai sensi dell’art. 414, comma 1 e 3, c.p. e, con specifico riguardo ai soli delitti contro la personalità dello Stato, dell’art. 302 c.p. che punisce anche l’istigazione privata, cioè diretta a una o più persone determinate: l’aumento sanzionatorio ha perciò valore pressoché simbolico, data la possibilità di essere vanificato dal giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p. Cfr. MARCO PELLISSERO, *Reati contro la personalità dello Stato e contro l’ordine pubblico*, in AA.VV., *Trattato teorico pratico di diritto penale*, FRANCESCO PALAZZO, CARLO ENRICO PALIERO (a cura di), IV, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 185 ss.

²⁸ Per una ricostruzione degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sul tema dei rapporti tra libertà di espressione e apologia di delitto, *ex plurimius*, FRANCESCO SCHIAFFO, *Istigazione e apologia nei delitti contro l’ordine pubblico*, in AA.VV., *Delitti contro l’ordine pubblico*, SERGIO MOCCIA (a cura di), ESI, Napoli, 2007, pp. 152 ss.; DOMENICO PULITANÒ, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l’ordine pubblico (art. 21 Cost.)*, in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, GIULIANO VASSALLI (a cura di), Jovene, Napoli, 2006, pp. 239 ss.

²⁹ È accolta la censura lamentata dal Procuratore ricorrente e conseguentemente è annullata l’ordinanza impugnata – che ha violato il principio di diritto enunciato dalla Corte con sentenza n. 24103/2017 – con rinvio, per nuovo esame, al Tribunale di Brescia in diversa composizione. Deve infatti ricordarsi che l’accertamento del pericolo concreto dell’apologia è riservato al giudice di merito ed è incensurabile

timo aveva ritenuto le videoregistrazioni postate dall'imputato, che si limitavano a diffondere informazioni sull'interpretazione coranica del ruolo di combattenti svolto dagli adepti di fede musulmana, a valenza meramente ideologica, non essendo sufficiente a giustificare l'apologia di delitto un giudizio complessivo sulle posizioni religiose di un soggetto. La V Sezione della Corte di Cassazione, richiamando il *dictum* della sentenza n. 24103 del 2017, disatteso dal Riesame, opta, invece, per la natura intrinsecamente apologetica dei *post*.

Sennonché, analizzando l'approccio della Cassazione, tale conclusione non appare del tutto coerente con l'affermazione di principio da cui la Corte era pur sembrata – correttamente – partire. Invero, il Supremo Collegio si accontenta di presunzioni per l'accertamento – devoluto a un nuovo giudizio del tribunale – del pericolo concreto.

Dal punto di vista “contenutistico” si ritiene sufficiente il richiamo al conflitto bellico in corso di svolgimento sul territorio sirio-iracheno presente nei video. Esso sarebbe un “idoneo riferimento” all'*Isis*, “protagonista non certo secondario di tale guerra” e presupporrebbe il richiamo alla *jihad* islamica, “fonte di ispirazione delle azioni militari dello Stato islamico e collante del terrorismo islamico su scala internazionale”³⁰. Completamente *bypassate* le valutazioni espresse sul punto dal Riesame che aveva, al contrario, rilevato come il mero riferirsi alla guerra santa non fosse in grado di ricondurre allo Stato islamico, essendo questo solo una delle parti belligeranti.

Sotto il profilo della “modalità comunicativa” si afferma apoditticamente che la breve durata della condivisione dei video e la circostanza che uno di questi sarebbe stato diffuso con la sola opzione “*like*” non sarebbero idonei a ridurre la portata offensiva della condotta, attesa la “funzione propalatrice” svolta in tale contesto dal *social network Facebook*. Assorbente nella valutazione sul pericolo, che la Corte rinvia al nuovo giudizio del Riesame, risulta il ruolo catalizzatore del *web*, canale principale usato dai terroristi per diffondere propaganda.

Altro aspetto a cui la Corte attribuisce valore preminente nell'accertamento del reato è la “condizione personale dell'autore”, segnata, nel caso di specie, da contatti con altri soggetti già indagati per terrorismo islamico. E ciò, confermando la sua natura di fattispecie soggettivamente pregnante³¹, sarebbe sufficiente a integrare gli estremi del delitto di cui all'art. 414, 3 e 4 comma c.p., erroneamente – a giudizio degli Ermellini – ritenuto insussistente dal Giudice della Libertà.

L'impressione è che quello che è chiamato formalmente pericolo concreto assomigli molto nella sostanza al pericolo presunto. Il principale limite della lettura costituzionalmente orientata che di questi reati ha offerto la Corte Costituziona-

in sede di legittimità se correttamente motivato. In tal senso Corte di Cassazione, sez. I, n. 25833, 23 aprile 2012, Testi, Rv. 253101.

³⁰ Più precisamente la Cassazione evidenzia, coerentemente con quanto già affermato in Corte di cassazione, sez. I, n. 31389, 11 giugno 2008, Rv. 241174, che “l'ideologia della *Jihad* secondo la logica della contrapposizione fedele/infedele, verità/menzogna, giustizia/ingiustizia, legittimi l'impiego dei cc.dd. *kamikaze*, persone disposte a sacrificare la propria vita e quella degli altri per “la causa”, ponendo in atto condotte che, ad un tempo, sono atti di violenza *in incertam personam* e forme di comunicazione e di “ammonimento verso i superstiti”

³¹ Cfr. GIANCARLO DE VERO, voce *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, Dig. disc. Pen., Torino, 1993, p. 299.

le (ri)emerge con la rivitalizzazione di tali delitti dovuta al drastico incremento di magnificazione pubblica della causa terroristica, facendo scivolare verso logiche di diritto penale “del tipo d’autore”³².

Invero, l’impostazione del pericolo concreto (implicito), dissimulando una pila-tesca deresponsabilizzazione del legislatore, fa gravare la tenuta del sistema penale costituzionalmente orientato sulla discrezionalità dell’interprete (giudice di merito) che, pur in assenza di un pericolo normativamente previsto, dovrà selezionare il tipo di condotta rilevante, considerando punibile solo quella da cui consegue un certo tipo di pericolo.

Ora, quando si tratta di reati di apologia, le difficoltà attengono non solo all’accertamento di tale requisito, date le divergenze, dovute anche alla mancanza di plausibili canoni di verificabilità, che si registrano sul suo significato. Questo già renderebbe ampio il potere decisionale giudiziale. Tuttavia, il quadro si complica ulteriormente, poiché l’oggetto dell’analisi non è un singolo fenomeno naturalistico, ma l’intera realtà socio-politica: si abbandona perciò il terreno della casualità materiale e si approda su quello della causalità psicologica, sicché per accertare il pericolo le migliori scienze ed esperienze non sono più quelle esatte, ma le discipline sociali, quali la storia, la psicologia, la sociologia, la scienza dell’organizzazione, inevitabilmente esposte al soggettivismo³³.

Tra l’altro un rigoroso accertamento del pericolo concreto condannerebbe nella sostanza queste figure ad una totale inutilità: è estremamente inverosimile che un’isolata condotta di apologia, in condizioni di normalità della vita civile dello Stato, possa addirittura comportare pericolo per la sicurezza dello Stato, o per la sua tenuta democratica.

Insomma, nulla assicura che il pericolo concreto, voluto dalla Corte costituzionale e dalla Corte Edu per scongiurare l’incostituzionalità di tali fattispecie, sia davvero oggetto di indagine da parte dei giudici e non solo di un’apodittica adesione nominalistica. Non sempre, infatti, è agevole la distinzione³⁴: nonostante le affermazioni di principio, la giurisprudenza, con esegesi politico-pratiche grandemente eterogenee e poco compatibili con il principio di tassatività della fattispecie³⁵, sembra spesso disattendere le impostazioni garantiste e cedere a logiche di pericolo presunto, specie se, come nel caso in esame e come sempre più spesso accade, in gioco vi è la protezione della sicurezza collettiva minacciata dall’allarme terroristico.

³² Dubitano della selettività del requisito del pericolo concreto nei reati di apologia e più in generale nei reati di opinione, *ex multis*, MARCO PELLISSERO, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *Quest. Giust.*, 2015, 4, 39; FRANCESCO VIGANÒ, *Il contrasto al terrorismo di matrice islamico-fondamentalista: il diritto penale sostanziale*, in *Terrorismo internazionale e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 155.

³³ V. FEDERICO STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1222 ss dove viene affrontata la problematica causale con riguardo a tutti gli accadimenti e viene fatto un particolare riferimento alle scienze sociali.

³⁴ In dottrina sul punto cfr. COSTANTINO VISCONTI, *Istigazione a delinquere*, in ALBERTO CADOPPI, ADELMO MANNA, STEFANO CANESTRARI, MICHELE PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Utet, Torino, 2008, III, pp. 1042 ss.

³⁵ Cfr. GABRIO FORTI, SERGIO SEMINARA, GIUSEPPE ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Cedam, Padova, 2017, pp. 1555 ss.

5. Apologia e delitti associativi: doppia anticipazione della tutela penale

Appurato, nonostante le criticità evidenziate, che per la Cassazione la condotta incriminata non è “mera manifestazione del pensiero”, occorre spostare l’attenzione sul delitto apologizzato. Sul punto va detto che per quanto riguarda la specifica configurabilità della condotta criminosa d’apologia è necessario, quale elemento essenziale richiesto dalla norma, che essa sia riferita a uno o più delitti normativamente previsti dovendosi escludere la rilevanza penale di una generica illiceità del fatto apologizzato³⁶.

Nel caso in esame oggetto di apologia è il delitto di “associazione con finalità di terrorismo (anche internazionale)” previsto dall’art. 270 *bis* c.p. Con esso, nell’ottica di arginare gli attacchi terroristici mediante uno strumento operativo più adeguato di quello delle associazioni sovversive di cui all’art. 270 c.p., si punisce chi promuove, costituisce, organizza, dirige o partecipa ad associazioni che si propongono di realizzare con atti di violenza la finalità di terrorismo, dal 2005 descritta, in termini oggettivizzati, nel nuovo art. 270 *sexies* c.p.³⁷.

Più precisamente, la Corte di Cassazione, coerentemente con il principio di diritto espresso in precedenti sentenze e confermando l’anticipazione della tutela congenita all’art. 270 *bis* c.p., considera che le consorterie di ispirazione *jihadista* operanti su scala internazionale abbiano natura di organizzazioni terroristiche³⁸. Ne deriva che le singole videoregistrazioni diffuse dall’imputato su *Facebook* hanno carattere apogetico e propagandistico dello Stato Islamico.

La possibilità che il reato di apologia si saldi a un’ipotesi delittuosa associativa e, quindi, anche al delitto di associazione con finalità di terrorismo è, per i Giudici di legittimità, “dato ermeneutico incontrovertito”, riprendendosi l’argomentazione secondo cui nell’apologia “il pericolo concreto può concernere non solo la commissione di specifici atti di terrorismo, ma anche, la partecipazione di taluno ad un’associazione di questo tipo”³⁹.

In realtà, l’innesto giudiziale tra le due fattispecie criminose, premessa logico-giuridica dell’applicabilità dell’art. 414 c.p. al caso di specie, sarebbe bisognoso di

³⁶ V. GIOVANNI FIANDACA-ENZO MUSCO, *Diritto Penale parte speciale. Delitti contro la personalità dello Stato*, cit., pp. 345 ss. Non è necessario che il fatto apologizzato abbia assunto una precisa qualificazione attraverso la specificazione del “*nomen juris*”, ma è sufficiente che esso contenga i presupposti che consentano il suo inquadramento in uno o più tipi di delitti previsti dall’ordinamento penale. Sul punto cfr. anche Corte di Cassazione, Sez. II, n. 822 del 1961.

³⁷ Per una ricostruzione dei profili sistematici del reato previsto dall’art. 270 *bis* c.p. cfr. FABIO FASANI, *op. cit.*, pp. 164 ss.

³⁸ Si tratta del principio di diritto affermato dalla Cassazione non solo nella già menzionata sentenza n. 24103/2017, in riferimento alla medesima vicenda di cui si sta trattando, ma anche in altre pronunce precedenti. Cfr. sul punto, Corte di Cassazione, sez. V, n. 2651, 8 ottobre 2015, *Nasar Osama*, Rv. 265925; Corte di Cassazione, sez. V, n. 48001, 4 luglio 2016, *Hosini*, Rv. 268164. Si sostiene che “l’ideologia della *Jihad* secondo la logica della contrapposizione fedele/infedele, verità/menzogna, giustizia/ingiustizia, legittimi l’impiego dei cc.dd. *kamikaze*, persone disposte a sacrificare la propria vita e quella degli altri per “la causa”, ponendo in atto condotte che, ad un tempo, sono atti di violenza in *incertam personam* e forme di comunicazione e di “ammonimento verso i superstiti”.

³⁹ Corte di Cassazione, sez. I, n. 265264, 6 ottobre 2015, *Halili*, Rv. 265264.

maggiore approfondimento⁴⁰. Già è stata messa in luce l'incompatibilità del reato di apologia con il fondamentale principio di offensività, scongiurata – almeno in parte – dalla lettura costituzionalmente orientata proposta dal Giudice delle leggi. Problemi analoghi si pongono anche in riferimento ai delitti associativi – almeno quelli cc.dd. “puri” a dolo specifico d’offesa⁴¹ – con i quali si registra un sensibile arretramento della tutela penale ed una conseguente erosione dell’effettiva offesa del bene protetto.

In particolare, l’associazione con finalità di terrorismo, in rilievo nel caso in esame, è costantemente qualificata dalla giurisprudenza come reato di pericolo presunto, integrato dalla presenza di una struttura organizzativa anche rudimentale, con grado di effettività tale da rendere possibile l’attuazione del programma criminoso, senza che sia richiesto l’inizio dell’esecuzione dell’attività programmata⁴². Tanto è vero che si parla dell’art. 270 *bis* c.p. come “reato grimaldello” capace, infrangendo il paradigma garantista, di assicurare l’opinione pubblica circa la tenuta del sistema di fronte a forme di estremismo e di criminalità che spaventano per la loro “aberrante impostazione ideologica”⁴³.

Se così è, applicare una fattispecie di pericolo – apologia di reato – ad un reato-fine già di per sé a tutela anticipata – partecipazione ad associazione con finalità di terrorismo – non è operazione dalla legittimità scontata, come sembra sostenere la Corte. Ragionando in questo modo, infatti, si determina una duplice anticipazione della tutela penale – triplice se si tiene conto della sede cautelare per cui il pericolo da accertare è il requisito necessario per l’applicazione della misura – di dubbia compatibilità con il principio costituzionale di offensività. Ciò, anche volendo tener conto delle peculiarità del terrorismo islamista, inevitabilmente, fa svanire la funzione politico-criminale selettiva del diritto penale moderno, incentivando, anzi, fenomeni di criminalizzazione ad ampio spettro⁴⁴.

6. *Il web e la sua “potenzialità diffusiva” per l’ideologia jihadista*

Altra questione affrontata dalla sentenza in commento è relativa ai requisiti necessari per poter integrare la natura “pubblica” richiesta dalla fattispecie tipica di apologia di delitto⁴⁵.

⁴⁰ Cfr. EDUARDO MAZZANTI, *L’adesione ideologica al terrorismo islamista tra giustizia penale e diritto dell’immigrazione*, in *Dir. pen. contemp.*, 2017 (1), 34 ss.

⁴¹ In questo senso, *ex multis*, cfr. SALVATORE ALEO, *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 98 ss.

⁴² Corte di Cassazione, sez. VI, n. 25863, 8 maggio 2009; Corte di Cassazione, sez. II, n. 24994 del 25 maggio 2006.

⁴³ Così FABIO FASANI, *Terrorismo islamico*, cit., pp. 237ss. L’Autore parla di una giurisprudenza “plasmante” che, pur di giungere a giudizi di responsabilità, ha modellato il reato associativo sulla “sagoma dei nuovi gruppi estremisti”: infrangendo il paradigma ermeneutico garantista tradizionalmente elaborato in materia di reati associativi, gli elementi cardine dell’esistenza del reato in esame (associazione, partecipazione e dolo) sono stati adattati “alle forme del nemico”.

⁴⁴ Cfr. MARCO PELLISSERO, *La parola pericolosa*, cit., pp. 4, 39ss.

⁴⁵ In passato si è discusso sulla natura giuridica del requisito della natura pubblica della condotta: condizione obiettiva di punibilità o evento del reato? Oggi, posto che per essere punibile l’apologia

La Corte, riprendendo un orientamento consolidato⁴⁶, espresso anche nella precedente sentenza 24103 del 2017 – avente sempre ad oggetto il caso in esame – presuppone, per la configurazione del reato di cui all’art. 414, 3 comma c.p., “la potenzialità diffusiva indefinita” della comunicazione. Ciò che rileva sono dunque le modalità con cui l’attività comunicativa è esternata che assumono connotazioni di “potenzialità diffusiva” quando sono destinate ad un numero indeterminato di soggetti e comunque non sono riconducibili ad un ambito strettamente interpersonale.

Da questa considerazione la Cassazione arriva a escludere che le comunicazioni telematiche, intercettate nel corso delle indagini preliminari e poste a base dell’ordinanza custodiale, abbiano valenza apologetica: si tratta, invero, di conversazioni e *chat* private di un *social network*, circoscritte all’ambito conoscitivo del solo ricorrente o all’interlocuzione individuale con altro soggetto e che, per queste ragioni, difettano di quella necessaria pubblicità intesa come “potenzialità diffusiva indefinita equiparabile alla stampa”.

Diverso discorso è fatto per le videoregistrazioni postate sul profilo personale *Facebook* dell’imputato. In questo caso il carattere pubblico è integrato giacché la diffusione di un messaggio o di un documento apologetico attraverso il suo inserimento sul *social network*, considerabile alla stregua di un sito *Internet* privo di vincoli di accesso, ha una “potenzialità diffusiva indefinita”. Infatti, l’art. 266, comma 4 c.p. definisce il reato avvenuto pubblicamente quando il fatto è commesso “col mezzo della stampa o con altro mezzo di propaganda” ed è evidente che un sito *Internet* a libero accesso ha una potenzialità diffusiva indefinita tale da poter essere equiparato alla stampa⁴⁷.

In questo modo la Corte mostra di non sottovalutare il ruolo fondamentale svolto dai moderni strumenti di comunicazione di massa nel diffondere il radicalismo islamico, e dunque il terrorismo. *Internet* e *social media* sono difatti divenuti il principale supporto per gli affiliati/semplici sostenitori dell’*Is* al fine di reclutare nuovi seguaci, trovare finanziamenti, portare avanti azioni di propaganda e sensibilizzazione e soprattutto raccogliere e diffondere informazioni⁴⁸: sfruttando la vastità del *web* e l’impossibilità di un suo controllo capillare si ottiene un’ indefinita potenzialità diffusiva del messaggio istigatorio/apologetico.

Del conseguente pericolo per la sicurezza collettiva sembra farsi carico la giurisprudenza che, come nel caso in esame, da un lato attribuisce, nell’accertamen-

deve concretamente porre in pericolo l’ordine pubblico pare che il “pubblicamente” debba essere reputato elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice. In tal senso già FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, P.s., II, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 716-717.

⁴⁶ Cfr. Corte di Cassazione, sez. I, n. 25833, 23 aprile 2012, Testi; sez. I, n. 26907 del 5 giugno 2001, Vencato.

⁴⁷ Cfr. la già citata Corte di Cassazione, sez. I, n. 47489, 6 ottobre 2015, *Halili*; sez. V, n. 33179, 24 marzo 2013, Scarpino. In quest’ultima sentenza si legge che “l’attività di proselitismo ben può essere effettuata mediante i canali telematici – tra i quali occorre certamente comprendere il *social network* denominato *Facebook* – attraverso cui si mantengono i contatti tra gli aderenti o i simpatizzanti, mediante la diffusione di documenti e testi apologetici, la programmazione di azioni dimostrative, la raccolta di elargizioni economiche, la segnalazione di persone responsabili di avere operato a favore della causa propagandata”.

⁴⁸ In questo senso depone anche lo studio realizzato dallo UNODC, *The use of the Internet for terrorist purposes*, in www.unodc.com, 2012.

to dell'apologia contestata, valore assorbente proprio alla "funzione propalatrice" svolta in tale contesto dal *social network Facebook*, dall'altro ritiene sussistente la circostanza aggravante dell'uso degli strumenti telematici ed informatici, introdotta nel 2015 e con la quale lo stesso legislatore, aderendo agli obblighi internazionali, ha dimostrato di tenere conto dell'importanza assunta da *Internet* nelle strategie dello Stato Islamico⁴⁹.

7. La lotta della giurisprudenza al terrorismo: tra principi costituzionali e diritto penale del nemico

Gli snodi argomentativi in cui si articola la motivazione della pronuncia in commento mettono in luce la tendenza della giurisprudenza – anche quella di legittimità – a cedere sulle garanzie costituzionali su cui è stato faticosamente costruito il sistema criminale moderno, per accordare una tutela, quanto più effettiva possibile, alla "sicurezza collettiva" minacciata dal sempre più imperante allarme terroristico. Diverse le forme di distorsione ermeneutica di cui si è resa protagonista la Cassazione: dall'invocato pericolo concreto che, nella sostanza, poggiando essenzialmente sulla "condizione personale dell'agente", diventa presunto, confermando la natura di fattispecie soggettivamente pregnante dell'apologia; all'innesto, di dubbia compatibilità con il diritto penale del fatto offensivo, dell'apologia con un reato, quale quello previsto dall'art. 270 *bis* c.p., già di per sé a tutela sensibilmente anticipata; fino al ruolo assorbente ricoperto, nell'accertamento della sussistenza del delitto contestato, dal *web*, canale principale usato dai terroristi.

Letta in questa prospettiva la sentenza diventa "cartina di tornasole" delle metamorfosi che sta vivendo il diritto penale dei nostri giorni, nella sua funzione di lotta al terrorismo. Si tratta di trasformazioni profonde che investono non solo – come è noto – il profilo legislativo ma anche – e ciò è particolarmente preoccupante – quello della prassi giudiziaria⁵⁰.

La giurisprudenza gioca, infatti, un ruolo fondamentale in questa partita, trovandosi impegnata nei diversi casi pratici nella delicata individuazione di quante e quali limitazioni ai diritti fondamentali della persona si possono accettare pur di conservare l'ordine pubblico e la sicurezza collettiva minacciati dal terrorismo fondamentalista. Il tutto è ulteriormente complicato dalla circostanza per cui, nel fissare l'equilibrio tra effettività e legittimità, le magistrature devono applicare le vecchie e tradizionali categorie normative, difficilmente conciliabili con un fenomeno criminale nuovo e sconosciuto nelle sue linee strutturali.

Così, accade che, come nel caso in esame, la giurisprudenza, suggestionata dalle

⁴⁹ Così CARMELO DOMENICO LEOTTA, *La repressione penale del terrorismo ad un anno dalla riforma del D.L. 18 febbraio 2015, n. 7*, in *Arch. Pen. (Web)*, 2016, 1, 6 ss.

⁵⁰ Ai fini della presente indagine ci si concentra sulla lotta al terrorismo che stanno compiendo le magistrature. Ampiamente sviscerata da parte della letteratura risulta l'operato del legislatore. Egli per "tenere a bada" la comunità sociale ha elevato la percezione di costante insicurezza a canone costituzionale di "necessità e di urgenza", riempiendo il codice penale e la legislazione speciale di interventi populistico-simbolici che segnano il trionfo del diritto penale della pericolosità: attraverso le più avanzate categorie dei reati di pericolo si colpiscono condotte astrattamente neutre anticipando la soglia di punibilità di fatti che divengono penalmente significativi solo per la loro correlazione a volte solo tutta psicologica e finalistica con attività di terrorismo.

drammatiche vicende succedutesi negli ultimi anni in connessione con il terrorismo *jihadista*, finisce per affievolire le garanzie costituzionali accettando la punizione di condotte contigue benché lontane – spesso di migliaia di chilometri – dal terrore e dalle attività violente.

Il rischio è tradire, anche a livello giudiziale, il diritto penale costituzionalmente orientato – *magna Charta libertatum* del reo – per accostarsi all’illiberale diritto penale del “nemico”⁵¹, in virtù del quale il terrorista non è un criminale ma un vero e proprio nemico da combattere con ogni mezzo necessario e utile, anche a costo di comprimerne i diritti fondamentali.

Questa prospettiva, propria del modello bellicistico statunitense di lotta al terrorismo, e che sembra aver ispirato le misure legislative del c.d. “anti-terrorismo” anche nei paesi occidentali, caratterizzate dal ruolo centrale attribuito alla fattispecie associativa, dalla sensibile anticipazione della tutela e dall’elevato livello sanzionatorio, collide con tutti i capisaldi del diritto penale democratico. Nel momento in cui si qualifica il reo come un nemico, è inevitabile che la pena finisca per perdere i connotati funzionali della risocializzazione e della rieducazione per assumere quelli della neutralizzazione e della segregazione, del tutto incompatibili con il disposto costituzionale dell’art. 27, 1 e 3 comma c.p.⁵².

D’altra parte, la ragione giuridica dello Stato di diritto non conosce nemici ed amici, ma solo colpevoli e innocenti. Dunque, una contraddizione in termini, che rappresenta, di fatto, la negazione del diritto penale, la “dissoluzione del suo ruolo e della sua intima essenza”⁵³.

Si comprende, perciò, quanto il difficile compito del giudice diventi cruciale in questi settori dove è forte l’allarme sociale e quanto sia pericoloso scivolare verso logiche di diritto penale “d’autore”: in gioco vi è la tenuta del sistema democratico.

In proposito vi è da dire che, nonostante la tendenza generale della giurisprudenza – confermata dalla sentenza che si commenta – sia quella di accettare flessibilizzazioni dei succitati principi, in nome della tutela della sicurezza collettiva, spesso arretrando oltre i già affievoliti limiti delle disposizioni incriminatrici, non mancano pronunce che si distinguono per l’anima garantista. Degna di menzione in tal senso è la decisione – di poco precedente la sentenza in esame e sempre relativa ad un’ipotesi di “apologia dell’*Is* via *Internet*” – in cui la I Sezione della Cassazione riesce a valorizzare la capacità del sistema penale vigente di offrire efficaci risposte alla minaccia del terrorismo di matrice islamica senza rinunciare ai principi garantistici che informano il sistema penale tanto sul versante sostanziale, quanto su quello

⁵¹ La categoria è stata elaborata da GUNTHER JAKOBS, *op. cit.* Il modello delineato dall’Autore mira a neutralizzare, con tutti i mezzi necessari, la pericolosità individuale di quei soggetti dai quali non ci si può attendere l’osservanza delle regole fondamentali della convivenza civile e si caratterizza per l’arretramento accentuato della tutela penale ad atti preparatori, per gli altissimi livelli sanzionatori e per la riduzione delle garanzie difensive. Sul punto nella dottrina italiana cfr., *ex multis*, MASSIMO DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in ROBERTO KOSTORIS – RENZO ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 19 ss; FERNANDO MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell’amico, il nemico nel diritto penale e l’amico nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 646 ss.

⁵² Cfr. FRANCESCO PALAZZO, *Contrasto al terrorismo internazionale, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. Giust.*, 2006, pp. 676 ss.

⁵³ In questo senso v. LUIGI FERRAJOLI., *Il “diritto penale del nemico” e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione Giustizia*, 4/2006.

processuale⁵⁴. Si lancia in questo modo un messaggio importante sul “metodo” da seguire per evitare che la necessità di proteggere beni giuridici di primaria rilevanza, come la vita e l’integrità fisica, possa portare “ad affievolire la nostra identità di Stato liberale di diritto”.

8. Rilievi conclusivi

Stando così le cose, due sono le puntualizzazioni che appaiono opportune in prospettiva futura.

Il primo auspicio è affidarsi al “metodo” suggerito dalla Corte in pronunce come quella appena citata, percorrendo, dunque, la via che valorizza in ogni disposizione incriminatrice una lettura fedele ai principi costituzionali.

È vero che – come ci pare – nella “lotta al terrorismo” è ineludibile il ricorso allo strumento penale⁵⁵, anche anticipandone la soglia d’intervento per la profonda connessione tra pensiero islamico radicale e fenomeno terroristico *tout court*.

Tuttavia, deve rimanere saldo un nucleo essenziale di diritti sui quali non si arretra: né in via di astratta previsione legislativa, né tantomeno sul piano dell’ermeneutica giudiziale. I diritti fondamentali devono costituire la frontiera ultima ricordando che il diritto penale sta e cade insieme alle garanzie.

In questo quadro, banco di prova della tenuta del sistema democratico – che da ultimo è fatta gravare sull’interprete, impegnato, nella complessità dei casi che offre la prassi, a bilanciare interessi opposti – sono proprio i reati di opinione – apologia e istigazione – rivitalizzati dalla insidiosità delle nuove forme di propaganda e incitamento adoperate dai moderni terroristi.

L’esatta individuazione della soglia d’intervento penale risulta qui oltremodo complicata: è in discussione la libertà di manifestazione di pensiero, quintessenza di uno stato non solo liberale, ma personalistico, democratico, laico, pluralista e fondato sull’eguaglianza. Essa, tutelata nel nostro ordinamento costituzionale in quanto tale, e non soltanto in quanto “utile alla collettività”, ha la sua essenza proprio nel carattere eversivo, conflittuale, pluralista: sarebbe inutile una libertà dei pensieri innocui e conformi a Costituzione⁵⁶.

⁵⁴ Corte di Cassazione, sez. I, n. 47489, 6 ottobre 2015, *Halili*. La decisione interveniva sul reato di apologia di cui all’art. 414, comma 4 c.p., aggravato dalla finalità di terrorismo ai sensi dell’art. 1 del d.l. 15 dicembre 1979 n. 625, convertito dalla l. 6 febbraio 1980 n. 15. Nella specie era contestato all’indagato di avere fatto apologia dello Stato Islamico, associazione con finalità di terrorismo, pubblicamente e in particolare, mediante la diffusione sulla rete *Internet* di documenti che avevano il fine di convincere il lettore che l’adesione allo Stato Islamico doveva ritenersi la sola scelta corretta anche sotto il profilo religioso. Merita di essere messo in evidenza come la norma incriminatrice, vagliata nel contraddittorio delle parti e dinanzi a tre diversi organi giurisdizionali, sia stata interpretata in senso conforme al principio di offensività e alla luce di un attento esame della condotta e del suo contesto. Sul punto, STEFANO ZIRULIA, *Apologia dell’Is via Internet e arresti domiciliari. Prime prove di tenuta del sistema penale rispetto alla nuova minaccia terroristica*, in *Dir. pen. contemp.*, 2015.

⁵⁵ Sul punto FRANCESCO VIGANÒ, *Incriminatione di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella vigente legislazione antiterrorismo*, in *ius17@unibo.it*, 2009, 1, pp. 176 ss.

⁵⁶ Cfr. ANTONIO CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo, i principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 563 ss..

Ebbene, oltre al limite del buon costume, l'unico normativamente previsto, altri limiti a tale "pietra angolare del sistema democratico" devono essere valutati con molta cautela. In altri termini, dinanzi alla "nuova vita" dei reati di opinione in materia di terrorismo i veri referenti di protezione devono essere individuati nei beni individuali direttamente colpiti da atti di violenza, quali la vita, la libertà personale e l'incolumità fisica, relegando a un piano secondario la sicurezza collettiva.

Il secondo auspicio è che non sia solo il diritto penale lo strumento utilizzato per contrastare il terrorismo. Considerarlo capace di risolvere il problema, come se fosse possibile, attraverso la previsione di un reato, eliminarlo alla radice, è illusorio e pericoloso⁵⁷. Molto più e molto prima della condanna penale occorre un impegno profondo che, ricorrendo agli "spazi aperti della sfera pubblica" e non solo a quelli "chiusi delle aule dei tribunali"⁵⁸, il piano politico, culturale e sociale dovrebbero garantire. È in questa direzione che dovrebbe ergersi la difesa della nostra civiltà, adottando tutti gli strumenti disponibili per dar vita ad una battaglia culturale "inclusiva" che è insieme espressione di democrazia e unica possibilità di vittoria.

⁵⁷ Cfr. MARCO PELLISSERO, *La parola pericolosa*, cit., in cui si sottolinea che "visto da questa prospettiva il diritto penale può diventare più pericoloso delle parole i cui rischi crede di neutralizzare".

⁵⁸ Sono riflessioni di EMANUELA FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 125 ss., che, nonostante la diversità di fenomeno in questione, sono condivisibili – se pur con i dovuti accorgimenti – anche nell'ottica della "lotta al terrorismo".

**CASS. PEN. – SEZ. III – 29 GENNAIO 2018 (dep. 02.
LUGLIO 2018), n. 29613**

Pres. ROSI, Rel. CIRIELLO

Reati culturalmente orientati o motivati – Scriminante culturale – Matrice religiosa e culturale – Illiceità penale della condotta – Bilanciamento di diritti – Tradizioni culturali, religiose, sociali – Valori offesi – Principio di offensività – Globalizzazione – Immigrazione – Comunità di origine – Paese d’arrivo – Sbarramento invalicabile – Diritti inviolabili – Reati sessuali

Può essere presa in considerazione la categoria dei reati culturalmente orientati o culturalmente motivati ai fini della sussistenza della consapevolezza dell’illiceità penale della condotta; tuttavia è necessario un rigoroso bilanciamento tra il diritto inviolabile del soggetto agente a non ripudiare le proprie tradizioni culturali, religiose, sociali ed i valori offesi o posti in pericolo dal suo comportamento. Per il compimento di tale giudizio di “bilanciamento”, risulteranno utili i seguenti tre parametri di riferimento: la reale matrice religiosa o giuridica della regola culturale in adesione alla quale è stato commesso il fatto, il suo effettivo carattere vincolante nella comunità di origine dell’imputato ed il grado d’inserimento dell’immigrato nella cultura e nel tessuto sociale del Paese d’arrivo.

L'elemento religioso culturale nel reato di violenza sessuale aggravata. L'interpretazione di Cass. Pen., 29 gennaio 2018, n. 29613

VALERIA FEO

1. La vicenda e la questione giuridica di fondo

La sentenza in commento trae origine da una nota vicenda risalente al 2010 e riguardante una famiglia di Reggio Emilia di origini albanesi; i fatti coinvolsero il figlioletto della coppia che all'epoca aveva poco più di cinque anni.

Il padre venne tratto a giudizio per la violazione degli artt. 81 e 609 bis c.p. e dell'art. 609 ter c.p., u.c., in quanto «*in più occasioni, abusando della sua autorità di padre, del divario di età e della condizione di immaturità del figlio minore, con violenza, consistita nell'abbassargli repentinamente i pantaloni, lo costringeva a compiere e subire atti sessuali, quali palpeggiamenti nelle parti intime e rapporti orali*». Non solo, anche la madre venne coinvolta nella vicenda e rinviata a giudizio poiché, in violazione degli artt. 40, 81 e 609 bis c.p. e dell'art. 609 ter c.p., u.c., «*nonostante l'obbligo giuridico di evitare i gravi abusi perpetrati ai danni del figlio, non interveniva pur essendone a conoscenza*» ed inoltre, poiché, in violazione dell'art. 612 c.p., «*minacciava in strada l'ex insegnante del figlio*», che aveva segnalato insieme ad un'altra maestra gli abusi subiti dal minore.

Le origini degli imputati e le tradizioni religioso culturali degli stessi costituiscono lo snodo della fattispecie: infatti, quelli che per l'ordinamento italiano si inseriscono nella più ampia accezione di atti di violenza sessuale, in alcune zone rurali interne dell'Albania sembrerebbero null'altro che meri gesti di affetto e di orgoglio paterno nei confronti del figlio maschio assolutamente privi di qualsiasi implicazione di carattere sessuale e indicati come rispondenti a consuetudini del Paese di origine.¹

¹ Tale tradizione culturale fu confermata ed invocata dall'*Iliria* (Lega Immigrati Albanesi) la quale a seguito dell'arresto del padre del bambino – avvenuto il 3 agosto 2010 – scese repentinamente in piazza in sua difesa prima con un corteo di circa 150 persone nella stessa Reggio Emilia (lì fu organizzata anche un'altra manifestazione "ad oltranza" alcuni giorni dopo), poi davanti Palazzo Chigi a Roma e parallelamente nella città di Dukat, vicino Valona, nei pressi del Consolato Italiano in Albania. In una lettera che la stessa Lega scrisse a Lesh Kola – ambasciatore dell'Albania in Italia – si chiedeva di attivare «i possibili canali diplomatici per comunicare con il Ministero della Giustizia italiano» e di «fare presente le preoccupazioni» della comunità albanese sul caso «offrendo chiarimenti». Il presidente dell'*Iliria* Vladimir Kosturi inoltre affermava: «tutta la comunità albanese è convinta che non si tratti di pedofilia. Nella cultura orientale è normale baciare le parti intime del proprio figlio maschio. È un segno di affetto, un gesto di amore. Non bisogna confondere la gioia con la pedofilia.

Va da sé che la vicenda nella sua sostanza – ma ancor più come si vedrà nella sua proiezione processuale e nei vari gradi di giudizio – risulta tanto più interessante quanto più attualizzata e contestualizzata in un particolare momento storico – quale quello odierno – nel quale i forti flussi migratori ed il carattere sempre più multiculturale della società, impongono di soffermarsi a riflettere sul problema di una corretta integrazione dei migranti e sull'opportunità e/o possibilità di un'applicazione differenziata del diritto penale rispetto alla variabile culturale e religiosa.²

A dire il vero, non parrebbe essere una novità l'imbatarsi in vicende nelle quali precetti culturali o confessionali siano in collisione con le norme penali dell'ordinamento italiano. Tuttavia, è bene sottolineare che vi è una lieve differenza tra le fattispecie assimilabili a questa in esame ed i ben noti conflitti di lealtà (sussumibili nella più ampia tematica dell'obiezione di coscienza).³

Negli ultimi, i soggetti coinvolti si sentono vincolati da regole di carattere etico-religioso contrastanti con le norme valide per la generalità dei consociati che si trovano sul territorio dello Stato: tale conflitto (tra doveri incompatibili) si concretizza in contraddizioni non solo formali ed estrinseche, ma soprattutto ideologiche. La deroga concessa (attraverso la rinuncia dell'ordinamento alla pretesa di osservanza della norma da parte dei soggetti coinvolti) si pone come un modo (o meglio, come un rimedio) per superare suddetta contrapposizione, non sanando in alcun modo il conflitto ideologico tra l'individuo e l'imperativo giuridico.

Invece, nei casi non distanti da questo in commento non sembrerebbero compiersi delle valutazioni di merito rispetto alla norma giuridica statale, rivendicandosi semplicemente il diritto a manifestare tratti espressivi della propria identità culturale e restando in una sorta di posizione di estraneità rispetto alla validità generale della norma per la quale il soggetto coinvolto ben potrebbe dividerne la *ratio*. Di fronte ad un bene costituzionalmente rilevante – quale la libertà religiosa ex art. 19 Cost. – e alla luce dell'art. 51 c.p.⁴, risulta doveroso da parte del giudice effettuare un bilanciamento con il bene giuridico tutelato dalla legge penale, non potendo *a priori* dare prevalenza a questo rispetto alla prima.⁵

Figuriamoci in questo caso dopo che quest'uomo, lavoratore bravissimo senza precedenti che ha sempre curato la famiglia, ha avuto questo figlio maschio finalmente dopo delle femmine. La comunità albanese ha voluto a tutti i costi fare questa manifestazione ed è pronta a fare un presidio fisso fino a che non verrà scarcerato. Siamo i primi contro la pedofilia, i pedofili devono stare in galera, ma qui si sta solo distruggendo una famiglia».

² Cfr. ALESSANDRO BERNARDI, "Fattore culturale" e personalizzazione dell'illecito penale, in LUCIA RISCATO, EMANUELE LA ROSA (a cura di), *Laicità e multiculturalismo: profili penali ed extrapenali. Atti del Convegno (Messina 13 e 14 giugno 2008)*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 126 ss., nel quale si analizza criticamente il «progressivo, seppur controverso» fenomeno di soggettivizzazione del diritto penale.

³ Si vedano a tal proposito le riflessioni di ANGELO LICASTRO, *Il motivo religioso non giustifica il porto fuori dell'abitazione del kirpan da parte del fedele sikh (considerazioni in margine alle sentenze n. 24739 e n. 25163 del 2016 della Cassazione penale)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica), gennaio 2017, p. 5 ss. Inoltre, in tema di comportamenti religiosi indirettamente vietati dall'ordinamento e di obblighi giuridici contrastanti con precetti religiosi, si rinvia a MARIA CRISTINA FOLLIERO, ANTONIO VITALE, *Diritto Ecclesiastico. Elementi. Principi non scritti. Principi scritti. Regole. Quaderno 2. I principi scritti*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 59 ss.

⁴ Secondo cui «l'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine della pubblica autorità, esclude la punibilità».

⁵ Si pensi alla nota Cass. Pen., VI sez., 3 giugno 2008, n. 28270, la quale cassò con rinvio la sentenza

È chiaro che l'autorità della norma incriminatrice nazionale rischi di essere messa in discussione dal relativismo derivante da una diversa (e forse più tollerante) disciplina applicata a situazioni controverse dettate dalla matrice multiculturale.

«La funzione di prevenzione generale cosiddetta positiva (o allargata) della norma penale risulta intaccata, in quanto l'effetto di “*orientamento culturale*” che quest'ultima dovrebbe produrre rischia di venire neutralizzato dall'effetto di “*disorientamento*” causato dalle scelte sanzionatorie altrui, spesso avvertite da larga parte della popolazione come più congrue e intrinsecamente “giuste” rispetto a quelle espresse dallo Stato di appartenenza. Parallelamente, soluzioni divergenti tra gli Stati potrebbero tendere a compromettere anche la funzione special preventiva della pena. Potrebbe infatti riuscire difficile giustificare l'esigenza di rieducare un soggetto che ha tenuto comportamenti giudicati pienamente legittimi secondo l'ordinamento di uno Stato caratterizzato da costumi sociali affini ai nostri.»⁶ Viene così – almeno in parte – compromesso il prestigio derivante dalla stessa legalità dei precetti penali vigenti in un dato Paese.

Nel caso oggetto di disamina *la quaestio iuris* consiste nello stabilire se ed in che modo si possa (o meglio si debba) tener conto delle tradizioni religiose e del retroterra etnico culturale di chi è destinatario della norma penale. Si discorre al riguardo di reati cd. culturalmente orientati o motivati definibili come quel «comportamento realizzato da un soggetto appartenente a un gruppo culturale di minoranza, che è considerato reato dall'ordinamento giuridico del gruppo culturale di maggioranza. Questo stesso comportamento, tuttavia, all'interno del gruppo culturale del soggetto agente è condonato, o accettato come comportamento normale, o approvato, o addirittura è incoraggiato o imposto».⁷

Le soluzioni al quesito possono variare di molto, oscillando da una valorizzazione delle differenze culturali in quanto tali al rifiuto più netto e aprioristico delle medesime.

Il primo approccio potrebbe definirsi come “multiculturale”; gli Stati Uniti e l'Inghilterra ne sono un esempio: da tempo infatti nei loro ordinamenti si ricorre all'istituto della *cultural defense*, tendendo spesso ad escludere la responsabilità dell'autore di reati culturali e a valorizzare le circostanze del caso concreto, ancorando così l'esito processuale alle origini religiose e sociali dei soggetti coinvolti.

Contrariamente, l'opposto approccio cd. “*assimilazionista*” (riscontrabile ad esempio in Francia) appare totalmente insensibile di fronte alla diversità culturali e saldamente legato ad una logica di asettica neutralità dello Stato.⁸

della Corte d'Appello di Perugia per aver condannato un cittadino trovato in possesso di marijuana in quantità molto superiore all'uso personale non avendo tenuto in conto che lo stesso si proclamasse seguace del rastafarianesimo, corrente religiosa che utilizza tale sostanza ad uso meditativo e di rafforzamento delle preghiere.

⁶ Così in ALESSANDRO BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 75-76.

⁷ Definizione data da JEROEN VAN BROECK, *Cultural Defense and Culturally motivated Crimes (Cultural Offenses)*, in *Eur. J. Crime*, vol. 9/1, 2001, p.31, condivisa da FABIO BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffrè, Milano, 2010, p.42 nonché da CRISTINA DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, ETS, Pisa, 2010, p. 30.

⁸ Alla radice di tale contrapposizione vi è proprio la differente concezione del principio di eguaglianza,

Tale discordanza risulta tangibile proprio nella recente vicenda familiare di Reggio Emilia: invero si noterà come partendo dai medesimi presupposti di fatto, il mero succedersi dei gradi di giudizio darà alla matrice religioso culturale (rispetto all'illiceità penale) un peso diverso, più o meno rilevante.⁹

2. La pronuncia di primo grado: “un’interpretazione culturalmente orientata dei fatti”

Il Tribunale di Reggio Emilia in composizione collegiale, con sentenza del 21 novembre 2012, si pronunciò in maniera favorevole agli imputati rispetto agli atti di violenza sessuale assolvendoli entrambi perché «*il fatto non costituisce reato*».

Come verrà rilevato dalla Corte di Cassazione, la decisione (e relativa formula) assolutoria del Collegio, ruota intorno ad un’interpretazione dei fatti orientata in senso culturale: la circostanza secondo la quale le condotte poste in essere dall’imputato siano consentite, o quanto meno tollerate, nel proprio luogo d’origine (in specie, l’Albania) svuoterebbe il disvalore penale delle stesse.

Interessante notare come la matrice culturale incida sull’elemento soggettivo del reato, solo e soltanto su quello. Ed infatti, sulla scorta di quanto raccolto in sede di istruttoria dibattimentale e desunto tramite intercettazioni ambientali, non parrebbero esserci titubanze per il Tribunale di Reggio Emilia sulla connotazione oggettiva del fatto materiale.¹⁰ Dunque, se tale pronuncia nulla discute sulla valenza sessuale

sostanziale nel modello multicultural (che prende atto dell’esistenza delle diversità e della necessità di predisporre trattamenti differenziati), *formale* in quello integrazionista (che punta sempre ad una parità di trattamento a prescindere dalle differenze di partenza). Sul punto, cfr. FABIO BASILE, *Immigrazione e reati*, cit., p. 54 ss. nonché ALESSANDRA FACCHI, *I diritti nell’Europa multicultural. Pluralismo normativo e immigrazione*, II. ed, Laterza, Roma – Bari, 2004, p. 57 ss.

⁹ Ciò deriva dal fatto che in Italia nessuno dei due modelli può dirsi appieno integrato; l’essere “in bilico” tra gli stessi ha comportato forti oscillazioni delle politiche in materia di immigrazione e degli interventi legislativi in materia. Ad una (seppur debole) logica “*multiculturalista*” sembrerebbe ad esempio ispirarsi la “Carta dei valori della cittadinanza e dell’integrazione” adottata con decreto del Ministero dell’Interno del 23 aprile 2007 nel cui prologo si legge «la Carta enuclea, anche in un’ottica programmatica ed in vista di una sempre più ampia realizzazione, i principi ispiratori dell’ordinamento e della società italiana nell’accoglienza e regolazione del fenomeno migratorio in un quadro di pluralismo culturale e religioso (...) alle donne, agli uomini, ai giovani immigrati l’Italia offre un cammino di integrazione rispettoso delle identità di ciascuno, e che porti coloro che scelgono di stabilirsi nel nostro Paese e partecipare attivamente alla vita sociale». Per indicazioni più dettagliate sulla “Carta” si veda PIERLUIGI CONSORTI, *Pluralismo religioso: reazione giuridica multiculturalista e proposta interculturale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica), maggio 2007, p. 22 ss). Contrariamente, alcuni interventi italiani sono stati di totale stampo “*assimilazionista*” portando a disincentivare pratiche ed usanze attraverso lo strumento della pena; valga a titolo esemplificativo il caso delle mutilazioni degli organi genitali femminili. Cfr. FABIO BASILE, *Immigrazione e reati*, cit., p. 64 ss.; ID., *Società Multiculturali, immigrazione e reati ‘culturalmente motivati’ comprese le mutilazioni genitali femminili*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2007, p. 1336 ss.; LUCIA BELLUCCI, *Le mutilazioni genitali femminili come reato di genere? Un’analisi delle norme europee alla luce del concetto di violenza*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica), n.26/2018; ELENA FALLETTI, *L’impatto culturale dell’immigrazione islamica sull’ordinamento giudiziario italiano: alcune riflessioni* in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale* (Rivista telematica), ottobre 2016, p.14.

¹⁰ Citando testualmente, «*quale che sia la concezione di atto sessuale che si adotti, nessuno dubita che nel nostro ordinamento il contatto con l’organo genitale maschile, il bacio o ancor più l’inserimento*

degli atti posti in essere dal padre nei confronti del bambino¹¹, ciò che manca è invece l'elemento soggettivo del dolo. Si comprende allora come la motivazione religioso culturale derivante dall'appartenenza e l'origine del soggetto possa arrivare ad incidere sul dolo arrivando a dargli una connotazione particolare ed una pregnanza culturale.

Le ragioni che portano alla pronuncia assolutoria si annidano nella coscienza del disvalore giuridico di quel particolare modo di agire: la diversità religioso culturale dell'autore del fatto viene considerata come un fattore di incidenza sulla conoscibilità del precetto penale, seguendo la scia della storica sentenza della Corte Costituzionale che dichiarò l'illegittimità dell'art. 5 c.p. nella parte in cui escludeva la scusante di un errore "inevitabile" sul precetto.¹² L'elemento religioso culturale, intaccando la percezione dell'antigiuridicità della condotta, determina una sorta di condizione di ignoranza inevitabile del precetto sanzionatorio.

Viene statuito che gli imputati, essendo provenienti da un contesto diverso da quello italiano, non avrebbero potuto avere consapevolezza «del carattere oggettivamente sessuale secondo la nostra cultura di riferimento, del bacio e tanto più del succhiotto sul pene del bambino, anche quando effettuato dal genitore (...)».

Insomma, per il Tribunale di Reggio Emilia, la matrice culturale assume un ruolo tutt'altro che marginale, diventando un fattore di possibile esclusione dell'elemento soggettivo: si viene a creare così una sorta di "autore culturale", il quale può essere anche cosciente del fatto che stia ponendo in essere un comportamento contrario alle norme culturali del sistema di accoglienza, ma non è consapevole del disvalore penale della propria condotta, proprio in virtù del fatto che lo stesso agisce sulla base di un *modus operandi* conforme alle sue origini, nelle quali non è percepita la potenzialità lesiva di tale atteggiamento.

Si tratta invero di una pronuncia abbastanza discordante dall'orientamento mag-

in bocca del pene integri un atto sessuale in quanto invasivo della sfera sessuale, e integrante un rapporto del corpo dell'agente con parti del corpo della vittima naturalmente idonee a produrre stimolazione sessuale».

¹¹ Indicative le parole dello stesso quando confidando giocosamente alle maestre quanto subito diceva «papà me lo ciuccia come un biberon» simulando i gesti con un cucchiaino «facendolo su e giù».

¹² Ci si riferisce alla sentenza Corte Cost., n. 364 del 24 marzo 1988 nella quale la Corte fu chiamata a risolvere la problematica questione dell'ignoranza inevitabile della legge penale. L'illegittimità dell'art.5 c.p. venne dichiarata sulla base di un rilevato contrasto col principio di personalità della responsabilità penale ex art. 27.1 Cost. («la responsabilità penale è personale») ed in rapporto al terzo comma della stessa disposizione («le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato»). La Corte infatti statui che la funzione rieducativa «postula almeno la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica»; se così non fosse, il soggetto non avrebbe bisogno di essere rieducato rispetto al fatto compiuto in quanto non rimproverabile. Per ulteriori approfondimenti sulla *ratio* della sentenza e sulla sua correlazione con la «doppia funzione» dell'elemento psicologico del reato (come elemento costitutivo e come delimitazione dell'oggetto del rimprovero) si rinvia a CARLO FIORE, *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*, in SERGIO MOCCIA (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007, p.297 ss.; inoltre, sulla valorizzazione del dato normativo della conoscibilità della legge penale e circa i limiti dell'errore sulla stessa si vedano le riflessioni di DARIO SANTAMARIA, *Colpevolezza*, in *Enc.dir.*, VII, 1960, p.644.

gioritario della giurisprudenza italiana¹³, la quale, nei delitti cd. “naturali” (come ad esempio la riduzione in schiavitù nonché giustappunto la violenza sessuale e gli atti sessuali con minorenni) in contrapposizione a quelli “artificiali”, ha generalmente un approccio restrittivo facendo leva sull’assunto secondo il quale quando una norma penale ricalca consolidate norme etico sociali, ben difficilmente è possibile “scusare” l’autore del fatto giacché «è quasi impensabile che un soggetto imputabile commetta delitti naturali nell’ignoranza della loro illiceità».¹⁴

Sulla scorta di ciò non parrebbe errata la definizione di una pronuncia che ha offerto *un’interpretazione culturalmente orientata dei fatti*¹⁵ avendo essa confermato la condotta come penalmente rilevante (nella sua oggettività), ma essendo arrivata all’elisione del dolo *orientando* (appunto) l’elemento soggettivo verso una dimensione religioso culturale (nella quale esistono quelle particolari manifestazioni di affetto paterno nei confronti dei figli maschi).¹⁶

¹³ La giurisprudenza italiana è tendenzialmente arrivata ad escludere l’elemento del dolo in virtù di una presunta diversità e motivazione religioso – culturale solo nei fatti a minore offensività. Si pensi a Cass. Pen., 29 novembre 2000, CED 217895 che arrivò ad assolvere un imputato senegalese per il reato di cui all’art. 474 c.p. (introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi) per mancanza di dolo in quanto non avrebbe potuto essere consapevole della falsificazione dei marchi dei prodotti da lui venduti proprio in virtù di motivazioni culturali; ed anche Pret. Pescia, 21 novembre 1988, in *Foro It.*, 1989, II, p. 247 in cui una cittadina slava fu assolta per il reato di evasione a causa del fatto che la sua cultura l’avesse portata a fraintendere l’ordinanza degli arresti domiciliari. Contrariamente, nei casi in cui i beni oggetto di tutela sono stati la vita, l’incolumità psico-fisica o l’integrità sessuale (a titolo esemplificativo di alcuni casi di maltrattamenti in famiglia e di violenza sessuale intraconiugale cfr. Trib. Arezzo, 27 novembre 1997; Cass. Pen., 16 dicembre 2008, n. 46300; Cass. Pen., 17 settembre 2007, n. 43909; Cass. Pen., 8 gennaio 2003, CED 223192) la risposta è stata sempre negativa in relazione non soltanto al tempo di permanenza in Italia dell’imputato ma anche all’assoluto contrasto di determinati atteggiamenti con le norme cardine dell’ordinamento giuridico italiano di regolamentazione dei rapporti interpersonali ex. art. 2 e 3 Cost.; in questi casi le motivazioni religioso – culturali non sono state ritenute idonee a dimostrare l’assenza del dolo generico (v. FABIO BASILE, *Immigrazione e reati*, cit., p. 408 ss.)

¹⁴ Ancora Corte Cost., sent. n. 364/1988, par. 20 delle motivazioni “in diritto” la quale fa ricorso a tale distinzione. I delitti “naturali” (identificabili nei delitti previsti in ogni tempo ed in ogni ordinamento politico e sociale) si differenziano da quelli “artificiali” (definiti di “mera creazione legislativa”) individuabili come quei comportamenti che hanno un disvalore contingente, legato alla sensibilità di un certo momento, introdotti con l’obiettivo di regolare ogni aspetto della vita e dei rapporti socio-economici; alcune materie, avendo necessità di continue modificazioni alla loro disciplina legislativa a causa del progresso scientifico, delle aumentate conoscenze o di scelte economico – fiscali hanno prodotto una situazione normativa oscura e forti incertezze su quali siano le norme effettivamente in vigore e quindi i comportamenti che costituiscono o meno reato. A tal proposito ARIANNA CALABRIA, *Delitti naturali, delitti artificiali ed ignoranza della legge penale*, in *Ind. Pen.*, 1991, p. 40.

¹⁵ Cass. Pen., III Sez., 29 gennaio 2018, n. 29613 al punto 3.1.1. delle motivazioni “in diritto”: «*dalla mera lettura della sentenza di primo grado, emerge che il Tribunale ha sviluppato, per affermare l’innocenza degli imputati, “un’interpretazione culturalmente orientata” dei fatti, riconoscendo rilievo alla cultura di appartenenza degli imputati (...)*».

¹⁶ Sembra che il giudice di prima istanza abbia considerato l’elemento del dolo non tanto come elemento costitutivo dell’azione ma soltanto come forma di colpevolezza scindendo la componente oggettiva da quella soggettiva (i due momenti della “causalità” e della “finalità”) ed evocando gli assunti della cd. “teoria causale” dell’azione nata in seno alla dottrina penalistica di fine XIX ed inizio XX secolo (per una definizione più ampia della stessa si veda GIOVANNI FIANDACA, ENZO MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, Sesta Edizione, Zanichelli, Bologna, 2009, p. 216). La separazione delle due

3. Il giudizio d'appello: l'ulteriore valorizzazione dell'elemento religioso culturale

A seguito di impugnazione, con sentenza del 19 aprile 2017, la Corte d'Appello di Bologna confermava la sentenza assolutoria di primo grado, adottando la medesima formula («*il fatto non costituisce reato*»), ancorché con una motivazione diversa che sembrerebbe dare ancora più spessore alla matrice religioso culturale.

Ed infatti, l'esclusione del reato involge i fatti anche sul piano materiale: gli atti compiuti del papà verso il minore vengono definiti meri «*gesti di affetto e di orgoglio paterno nei confronti del figlio maschio, assolutamente privi di qualsiasi implicazione di carattere sessuale e indicati come rispondenti a tradizioni di zone rurali interne dell'Albania, Paese di origine degli imputati*».

Si evince dunque come la Corte d'Appello si sia spinta oltre, approdando ad escludere non solo l'elemento soggettivo, per assenza di concupiscenza sessuale del padre nei confronti del minore (sulla scia di quanto già statuito dal Tribunale di Reggio Emilia) ma anche lo stesso elemento oggettivo¹⁷: è come se la matrice religioso culturale venisse ritenuta idonea ad elidere qualsivoglia libidine della condotta in sé.¹⁸

categorie di cui sopra (“causalità” e “finalità”) all'interno della più ampia teoria generale dell'azione viene considerato da parte di Hans Welzer e della sua famosa “teoria finalistica” un palese errore ontologico dottrinale (sul punto si rinvia alle riflessioni di GIORGIO MARINUCCI, *Il reato come 'azione'*. *Critica di un dogma.*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 70 il quale affronta criticamente il pensiero di HANS WELZER, *Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre*, in *Jur. Schulung*, 1966, p. 422).

¹⁷ Parrebbe esserci stata un'anticipazione del dolo dalla sfera della colpevolezza a quella dell'azione considerando tale elemento soggettivo come costitutivo del fatto così come nel già citato “finalismo” di Hans Welzer il quale si prefigge l'obiettivo di ricavare un concetto di azione avente una «ricchezza di contenuto» ancorata alla volontà del soggetto agente e ricavabile da ogni singola e specifica figura di reato (così in HANS WELZER, *Studien zum System des Strafrechts*, in *ZStw*, 1939, p. 503; nonché sull'argomento ID., *La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1951, p. 1 ss.; MARCELLO GALLO, *La teoria dell'azione finalistica nella più recente dottrina tedesca*, Giuffrè, Milano, 1950; DARIO SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico dell'azione*, Jovene, Napoli, 1955; CARLO FIORE, voce *Azione finalistica*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1987; ID., *Diritto Penale*, vol. I, Utet, Torino, 1993, p. 134 ss.) Tale assunto conferisce una sorta di carattere eversivo alla dottrina “Welzeliana” che stravolge il concetto tradizionale di azione ancorando il valore di un comportamento oltre che all'aspetto oggettivo, anche al significato della volontà del soggetto agente e che automaticamente ridisegna il contenuto della condotta materiale («se si rinuncia nel dolo alla conoscenza attuale delle circostanze del fatto, si distrugge la linea divisoria tra dolo e colpa, convertendo il dolo in una mera finzione» così in HANS WELZER, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969, p.65).

¹⁸ Sull'accertamento (necessario) della cultura e religione di un popolo e dei suoi costumi per stabilire la natura (sessuale o meno) di un atto, si veda GIOVANNI FIANDACA, *La rilevanza penale del bacio tra anatomia e cultura*, in *Foro It.*, 1998, II, p. 505 ss; inoltre, sull'applicazione del finalismo rispetto all'interpretazione dei reati sessuali si rinvia alle esemplificazioni di CARLO FIORE, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Morano, Napoli, 1966, p. 116-117 il quale A. sostiene che «l'atteggiamento intenzionale dell'agente (...) è in ogni caso decisivo per stabilire se ci troviamo di fronte ad una condotta lecita o ad un fatto costituente reato, come viene continuamente ribadito, fra l'altro, proprio nell'interpretazione dei reati sessuali. Una visita ginecologica differisce da una condotta di atti di libidine non già sul piano delle manifestazioni esteriori della condotta, ma nella sua connessione ad un diverso contenuto della volontà. Ciò è tanto vero che se il medico, per un momento, deviasse la sua attenzione dall'oggetto dell'indagine sanitaria, per concentrarlo su uno stimolo sessuale in modo da trarre compiacimento interiore, anche senza mutare nulla del suo contegno «obiettivo», l'impulso

Sotto un profilo meramente materiale, la Corte ha ritenuto che l'atto per avere una connotazione in tal senso, debba possedere un intrinseco significato sessuale ed un'obiettiva attitudine offensiva dell'altrui sfera sessuale: tale non è l'accezione attribuita alla condotta dell'imputato, da concepirsi come derivante dalla risultanza di una commistione di abitudini religiose culturali del gruppo sociale di appartenenza nonché come «una chiara manifestazione ludica, ultra affettiva e dimostrativa di orgoglio per l'unico figlio maschio», rimarcando così l'assenza di quell'oggettiva capacità offensiva di cui sopra.¹⁹

In buona sostanza, mentre l'esclusione del configurarsi della fattispecie delittuosa è avvenuta per il giudice di prima istanza sulla base del riconoscimento di una motivazione culturale volta ad escludere il dolo, il giudice d'appello esclude la rilevanza penale del fatto giudicandolo – alla luce della tradizione culturale di appartenenza – carente sia in relazione alla componente oggettiva sia soggettiva²⁰.

morboso subentrato ad orientare la volontà trasformerebbe immediatamente il fatto in un tipo diverso di comportamento, rilevante per la legge penale.»

¹⁹ Tale statuizione sembrerebbe ancorarsi inoltre alla cd. teoria realistica del reato secondo la quale, per la configurazione dello stesso è necessaria oltre che l'astratta corrispondenza alla fattispecie legale, che la condotta abbia avuto una concreta portata offensiva (in fondamento dell'art. 49, comma 2 c.p. secondo cui «la punibilità è altresì esclusa quando, per la inidoneità dell'azione o per la inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso»). Stando a tale teoria, una condotta astrattamente integrante il fatto tipico punito dalla legge ma concretamente inoffensiva del bene protetto coinciderebbe con il cd. reato impossibile: lo stesso termine "evento" avrebbe, quindi, il significato non naturalistico, ma giuridico di offesa al bene protetto. La necessità di una valutazione dell'interprete sull'idoneità della condotta a ledere o porre in pericolo il bene tutelato non è stata esente da critiche, nella parte in cui introdurrebbe una valutazione extranormativa della condotta non ancorata ad alcun parametro determinato, come nel caso degli elementi religiosi culturali. Per approfondimenti su tale teoria si veda VITTORIO MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2005, *passim*; GUIDO NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Giuffrè, Milano, 1965, *passim*; MARCELLO GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati*, 1951 – 1952, p. 127 ss; CARLO FIORE, *Il reato impossibile*, Jovene, Napoli, 1959, p. 23 ss., MARIO CATERINI, *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Esi, Napoli, 2004, *passim*). Già precedentemente una parte della Giurisprudenza aveva ritenuto il parametro dell'offensività secondo la cd. teoria realistica un criterio valido (Cass. Pen., I sez., 15 maggio 1989, in *Cass. Pen.*, 1991; Corte Cost., 06 ottobre 1988, n. 957, in *Cass. Pen.*, 1989, p. 186 con nota di F. SORRENTINO, *L'interesse minorile e il principio di offensività nella giurisprudenza costituzionale* oltre che, più recentemente, Corte Cost., 7 luglio 2005, n. 265 la quale richiamando alcuni suoi precedenti ha precisato che il principio di offensività opera su due piani: quello normativo sotto forma di precetto rivolto al legislatore di prevedere fattispecie che esprimano in astratto un contenuto lesivo, o comunque la messa in pericolo, di un bene o interesse oggetto della tutela penale (offensività in astratto); quello giurisprudenziale (offensività in concreto), quale criterio interpretativo-applicativo affidato al giudice, tenuto ad accertare che il fatto di reato abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene o l'interesse tutelato).

²⁰ L'applicazione della teoria realistica come criterio interpretativo dei reati culturalmente motivati in materia di delitti sessuali su minori trova dei precedenti nella giurisprudenza statunitense; ad esempio *State v. Kargar*, no. 679 A2d 81 (nella dottrina italiana riportato ed analizzato in FRANCESCO PARISI, *Cultura dell'«altro» e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 72, nota n. 187; ALESSANDRO PROVERA, *Tra frontiere e confini. Il diritto penale dell'età multiculturale*, Jovene, Napoli, 2018, p. 134) nel quale un cittadino afgano rifugiato negli Stati Uniti fu condannato in primo grado per violenza sessuale in quanto visto baciare il pene del figlio, per poi venire assolto in Appello in ossequio alla cd. *defense de minimis*, teoria da applicarsi quando non viene cagionato alcun danno e non vi è l'esposizione

Emerge pertanto che le due sentenze, pur essendo connotate dal medesimo approdo, si fondono su di una *ratio decidendi* difforme, non consentendo di affermare che le stesse si integrino reciprocamente ed essendo la Corte D'Appello andata ben oltre le argomentazioni del Tribunale.

Infatti, pur conformi nella assoluzione degli imputati e nella formula prescelta per i reati sessuali, vi pervengono (ferma, dal punto di vista storico l'oggettività dei fatti, in quanto emersi dai filmati delle intercettazioni audiovisive captate all'interno della camera da letto degli imputati) sulla base di argomentazioni sensibilmente diverse, che inducono ad escludere che si sia in presenza di una c.d. doppia conforme.

Di qui a breve si vedrà come sia stato onere della Terza Sezione della Cassazione Penale – al di là delle particolarità del caso di specie – chiarire alcune linee guida generali sul percorso che il giudice si ritrova a dover seguire imbattendosi nel giudicare i reati culturalmente orientati o culturalmente motivati nei quali i differenti sistemi culturali e religiosi (alla luce dell'imponente fenomeno migratorio che negli ultimi anni sta investendo l'Europa) non possono essere ignorati dall'interprete.

4. L'interpretazione di Cass. Pen., sent. 29613 / 2018: il riproporsi della teoria del cd. sbarramento invalicabile

Il Procuratore Generale della Corte di Appello di Bologna proponeva ricorso per Cassazione avverso la sentenza di assoluzione – chiedendone l'annullamento – sulla base dei seguenti motivi.

In primis veniva dedotto un vizio di motivazione nella parte in cui si riteneva insussistente l'atto di violenza sessuale sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo: per il PM, se la Corte avesse valutato correttamente le dichiarazioni rese dagli insegnanti del bambino, testimoni delle confidenze fatte da questo in ordine alla condotta illecita in esame²¹, non avrebbe di certo escluso la sussistenza degli atti sessuali.

Il secondo motivo di ricorso verteva sulla violazione della legge²² per erronea valutazione nella parte in cui statuiva l'insussistenza del dolo generico e la necessità che la condotta in esame si dovesse accompagnare alla coscienza e volontà di compiere un atto invasivo e lesivo della libertà sessuale della vittima non consenziente indipendentemente se tale finalità fosse atta a soddisfare desideri sessuali. Il PM, infatti, rilevava che non si era tenuto conto della giurisprudenza maggioritaria²³ che

a nessun pericolo. Tale assenza di offensività fu rintracciata proprio nel fatto che la condotta fosse "normale" secondo l'orientamento culturale (per gli afgani sarebbe mero affetto familiare) e dunque non lesiva per la sessualità del minore. Così anche in *State v. Ramirez* n. CR-04.213, 10 novembre 2005 riguardante il caso di una donna che aveva baciato ed accarezzato i genitali di suo figlio cambiandogli il pannolino e la quale fu assolta perché data dimostrazione che secondo la cultura domenicana rappresentasse un gesto di amore tra madri e figli.

²¹ Si afferma infatti che dalle dichiarazioni delle testimoni fosse possibile percepire immediatamente e senza dubbio alcuno la natura sessuale condotta, desumendola nelle confidenze giocose fatte dal minore alle docenti, in particolare quando avrebbe detto loro «*papà me lo ciuccia come un biberon*», simulando contestualmente il gesto con un cucchiaino.

²² In relazione agli artt. 609 bis e 609 ter c.p. (reato di violenza sessuale e relative circostanze aggravanti).

²³ *Ex multis*: Cass. Pen., sez. III, 10 maggio 2008, n. 28815; Cass. Pen., sez. III, 17 giugno 2009, n.

ritiene sussistente il dolo generico quando si accerta la mera consapevolezza di porre in essere un gesto invasivo nei confronti della libertà sessuale e dello sviluppo psico-fisico della vittima.

Ad ulteriore riprova della contraddittorietà della sentenza impugnata veniva illustrata l'incongruenza della stessa (come terzo motivo di ricorso) nella parte in cui da un lato riconosceva una presunta ed implicita maturità del bambino descrivendolo come «*autonomo, socievole, sereno e tranquillo*», dall'altra invece non riteneva che le sue dichiarazioni in merito alla sussistenza degli atti sessuali fossero "attendibili", data la sua età.

Punto fondamentale del ricorso per Cassazione parrebbe essere però il motivo n. 4 nel quale veniva dedotta la violazione della legge in cui sarebbe incorsa la Corte di appello in relazione all'art. 5 c.p.²⁴ nonché per l'esclusione del dolo del reato in ragione della provenienza culturale dell'imputato, non essendo stato tenuto affatto in considerazione il rilievo della consapevolezza dell'illiceità dell'atto sessuale sul presupposto che questi visse da anni in Italia.²⁵

In data 29 gennaio 2018 la Cassazione annulla con rinvio la sentenza della Corte d'Appello, rimarcando le principali criticità di cui sopra e soprattutto il fatto che pur essendo pervenute all'assoluzione entrambe le sentenze di merito – tra l'altro con la stessa formula – lo avevano fatto sulla base di una *ratio* argomentativa oltre che difforme, soprattutto (in ambo i casi) non assolutamente convincente o minimamente persuasiva.

Non essendoci stata una pronuncia c.d. "doppia conforme", le tante carenze motivazionali della pronuncia d'appello sollevate nel ricorso presentato dal Procuratore Generale, non potevano essere colmate attingendo all'impianto motivazionale della sentenza di primo grado.²⁶

A prescindere da disquisizioni di mero retaggio tecnico sull'annullamento, la sentenza *de qua* risulta particolarmente degna di nota rispetto agli snodi motivazionali contenuti al suo interno: infatti essi sembrerebbero oltre che risolutivi delle particolarità del caso di specie, anche una sorta di *vademecum* per la generale categoria dei reati culturalmente motivati.

Fin da subito la Corte si mostra del tutto sicura nell'ostentare la propria consapevolezza sull'acquisita rilevanza – nei tempi recenti – dei reati culturalmente orientati o motivati. Non solo, relazionando tale dato con l'ordinamento giuridico

39718; Cass. Pen., sez. III, 15 aprile 2010, n. 21336; Cass. Pen., sez. III, 21 settembre 2011, n. 39710; Cass. Pen., sez. III, 28 ottobre 2014 – 21 maggio 2015, n. 21020, CED 263738.

²⁴ Secondo il quale «Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale».

²⁵ Quinto motivo di ricorso, di minore interesse rispetto alla questione trattata e riguardante la madre del bambino è stato «*la dedotta la violazione di legge, in relazione all'art. 612 c.p., in cui sarebbe incorsa la sentenza impugnata pervenendo all'assoluzione della imputata, sulla base della esclusione della gravità della minaccia che deve essere invece valutata in relazione alle circostanze di fatto, alla gravità della frase proferita, al grado di offensività della condotta, agli effetti che la stessa ha prodotto in capo alla persona offesa (in particolare la persona offesa aveva dichiarato di essersi sentita in ansia e nel panico, avendo timore di poter incontrare nuovamente l'imputata insieme ad altre persone e che queste potessero metterle le mani addosso).*»

²⁶ Come sostenuto da FABIO BASILE, *Ultimissime dalla giurisprudenza in materia di reati culturalmente motivati*, in Rivista telematica "Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale" (www.statoechiese.it), n. 30 del 2018, cit. p. 11.

ammette in tutta franchezza che il diritto penale in genere ma anche i particolari elementi integrativi delle fattispecie penali non possono non tener conto di questa evoluzione sociale e delle numerose matrici religioso culturali frutto dei flussi migratori e della globalizzazione.

Va da sé che ciò condiziona l'operare del Giudice. È la stessa Corte a dichiarare di "promuovere" (ed aver promosso) un approccio esegetico cangiante, che non si adagi su quei concetti di "comune sentire" o di "pubblica decenza" immutabili e sempre uguali a loro stessi, ma adattabili al continuo divenire della società e dei costumi sociali²⁷.

Se dalla lettura delle prime righe delle motivazioni la Suprema Corte appare del tutto promotrice di un'elasticità giuridica quasi "accondiscendente" nei confronti delle necessità culturali e religiose del soggetto agente, decretando una sorta di diritto all'eccezione e alla particolarità, con la stessa prontezza non esita a mettere i dovuti "paletti"²⁸ affermando che, a prescindere da ciò, «nessun sistema penale potrà mai abdicare, in ragione del rispetto di tradizioni culturali, religiose o sociali del cittadino o dello straniero, alla punizione di fatti che colpiscono o mettano in pericolo beni di maggiore rilevanza (quali i diritti inviolabili dell'uomo garantiti e i beni ad essi collegati tutelati dalle fattispecie penali).»²⁹

²⁷ Così in Cass. Pen., Sez. III, 23 aprile 2014, n. 39860 nella quale la Corte valutando la nozione normativa di "pubblica decenza" sottolinea come la stessa sia stata esaminata e costantemente rivisitata alla luce dell'evolversi dei costumi sociali e del comune senso del decoro e della decenza, dovendosi ricostruire per i casi in cui la norma penale imponga la valutazione di elementi integrativi tratti dal comune sentire sociale, in un'interpretazione che si evolva conformemente ai principi di "civiltà ed elasticità giuridica"; in particolare ai fini della integrazione della fattispecie contemplata dall'art. 726 c.p. non è stato ritenuto sufficiente il mero abbigliamento trasgressivo e spinto per poter ritenere compiuta l'offesa alla pubblica decenza, occorrendo invece che forme siffatte di abbigliamento venissero accompagnate da comportamenti concretamente offensivi da parte dell'agente tali da suscitare quel senso di riprovazione o disagio o disagio nell'uomo medio tipico di quel dato momento storico.

²⁸ Espressione che evoca le suggestive parole di MARIO RICCA, *Il tradimento delle immagini tra kirpan e transazioni interculturali. Cultura vs competenza culturale nel mondo del diritto*, in *E/C rivista dell'Associazione Italiana di studi semiotici*, 21 maggio 2013, pp. 19-20, e che cito testualmente «Quante volte si sente dire, a proposito dei confronti con l'Alterità culturale, che bisognerà pure mettere dei paletti. Sembra quasi un *locus mediaticus*, un'espressione *slogan*, che si autolegittima e, non appena chiamata in causa, è in grado di legittimare qualsiasi presa di posizione o stato di negazione dell'Alterità. Eppure, i paletti possono diventare sia elementi del paesaggio sia terrificanti steccati, trincee, supporti per reticolati di filo-spinato. Forse – vorrei proporre – la metafora preferibile per esplicitare il nocciolo la transazione interculturale è quella del paletto come elemento *costitutivo* del paesaggio, che non distingue e delimita solo su uno sfondo omogeneo, quasi per aprioristica deliberazione stipulativa, ma invece ritma il significato di quel che avviene, delle modellazioni e trasformazioni generate dall'uso della terra, dal gesto di *vivere lo spazio*. (...) La qualità delle delimitazioni, così come la loro significatività, il loro forgiare il e il loro integrarsi *con* il paesaggio, dipenderanno dalla circostanza (eventuale) che i *paletti* non siano stati posti secondo una logica solo *lottizzante*, esito appunto di una lotta quantitativa per lo spazio, ma invece *edificante* l'umano e l'ambiente nel quale ci si rispecchia e che s'incorpora per costruire e progettare il senso del proprio esistere.»

²⁹ Si veda Cass. Pen., sez. III, 26 giugno 2007, n. 34909 in tema di esclusione della rilevanza della condizione soggettiva dello straniero "ignorante" della illiceità della condotta di violenza sessuale intra-coniugale e nella quale si statuisce che la sentenza n. 364 del 1988 della Corte Costituzionale «ha escluso che sussista una situazione di ignoranza inevitabile, e quindi incolpevole, quando il soggetto non abbia, con il criterio della ordinaria diligenza, adempiuto al c.d. "dovere di informazione", ossia

Nell'inquadramento generale della *ratio decidendi* sembrerebbero palesarsi due opposte esigenze: da un lato quelle della tutela delle tradizioni religiose culturali del soggetto agente e dall'altro quelle general-preventive del diritto penale. È in questa reciproca tensione concettuale che la Suprema Corte tenta dunque di individuare alcuni punti chiave (ne rintraccia quattro) per ottenere un giusto equilibrio degli antitetici interessi, un *modus operandi* valido per tutti quei casi in cui si discute di reati culturalmente motivati o della cd. scriminante culturale.

Il primo consiste nel *livello di offensività del fatto commesso* e nell'*attento bilanciamento dei diritti*³⁰, in relazione alla cd. "*teoria dello sbarramento invalicabile*". Tale "sbarramento" – posto idealmente contro l'introduzione di consuetudini, prassi e costumi antistorici contrastanti con i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione – potrebbe rappresentarsi come una sorta di muro invalicabile i cui mattoni null'altro sono che particolari beni ai quali l'ordinamento offre maggiore rilevanza, vale a dire i diritti inviolabili dell'uomo così come tutelati dalle fattispecie penali.³¹

Nonostante tale teoria non sia considerata sempre e comunque prevaricante rispetto alla posizione del soggetto agente (si conferma la posizione dell'immigra-

all'obbligo di espletare ogni utile accertamento per conseguire la conoscenza della legislazione vigente, sicché l'agente versa invece in evitabile, e quindi inescusabile, ignoranza della legge penale allorché la mancata previsione della illiceità del fatto derivi dalla violazione degli obblighi di informazione giuridica.»

³⁰ In materia di offensività si rinvia nuovamente ai riferimenti in nota n.19 del presente contributo; sulle recenti applicazioni del principio di ragionevolezza/proporzione e sul sindacato concernente l'equilibrio sanzionatorio di singole fattispecie punitive si vedano le riflessioni di VITTORIO MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Diritto Penale Contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 1/2012, pp.106-107.

³¹ Sulla teoria *de qua* copiosa giurisprudenza conforme; a titolo esemplificativo e non esaustivo: Cass. Pen., sez. VI, 28 marzo 2012, n.12089 secondo cui «ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti familiari (nella specie, nei confronti della figlia minorenni perché non in grado di ripetere perfettamente a memoria i versi del Corano) non rileva la supposta finalità educativa fondata sul codice etico-religioso del padre di religione musulmana, trattandosi di violazione dei diritti inviolabili della persona i quali rappresentano uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione di consuetudini, prassi e costumi antistorici contrastanti con i diritti inviolabili garantiti dalla Costituzione». Ed inoltre Cass. Pen., sez. VI, 26 marzo 2009, n. 32824 nonché Cass. Pen., sez. VI, 26/11/2008, n. 46300, per le quali «non rileva, per l'integrazione del reato di maltrattamenti in famiglia, nella specie in danno della moglie, il credo religioso dell'autore delle condotte, non potendo ritenersi che l'adesione ad un credo, che non sancisca la parità dei sessi nel rapporto coniugale, giustifichi i maltrattamenti in danno della moglie» Ancora meno recentemente Cass. Pen., sez. VI, 08 gennaio 2003, n.55 e Cass. Pen., sez. VI, 08 novembre 2002, n. 55, in cui «il reato di maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.) è integrato dalla condotta dell'agente che sottopone la moglie ad atti di vessazione reiterata e tali da cagionarle sofferenza, prevaricazione e umiliazioni, costituenti fonti di uno stato di disagio continuo e incompatibile con normali condizioni di esistenza. Né l'elemento soggettivo del reato in questione può essere escluso dalla circostanza che il reo sia di religione musulmana e rivendichi, perciò, particolari potestà in ordine al proprio nucleo familiare, in quanto si tratta di concezioni che si pongono in assoluto contrasto con le norme che stanno alla base dell'ordinamento giuridico italiano, considerato che la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali, cui è certamente da ascrivere la famiglia (art. 2 cost.), nonché il principio di eguaglianza e di pari dignità sociale (art. 3, commi 1 e 2, cost.) costituiscono uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione di diritto o di fatto nella società civile di consuetudini, prassi o costumi con esso assolutamente incompatibili.»

to come “integrazione”³²), ma nemmeno elevata ad assioma (i reati culturalmente orientati vengono definiti infatti come una categoria «*tutt’altro che uniforme nella casistica*»), a detta della Suprema Corte risulta necessario in ogni caso porre sui piatti della bilancia da un lato il diritto (che è pur sempre inviolabile!) a non rinnegare le tradizioni culturali, religiose, sociali di chi agisce e dall’altro il diritto che viene offeso o posto in pericolo dalla sua condotta. Operazione preliminare è dunque quella di porre in essere un giudizio di (dis)valore sulla condotta che preveda al contempo una sorta di graduazione o individuazione dell’illiceità del fatto, attraverso il bilanciamento di diritti e libertà costituzionalmente garantiti con i principi stessi del sistema penale.

Il secondo dato da tenere in considerazione è la valutazione della “*natura della norma culturale*” in adesione alla quale è stato commesso il reato, vale a dire se di matrice religiosa ovvero giuridica. È in quest’ultimo caso che il precetto religioso culturale trovando riscontro anche nel diritto positivo vigente nel Paese d’origine del soggetto agente, potrà circostanziarsi in un fattore che abbia avuto modo di incidere realmente sulla consapevolezza dell’antigiuridicità del fatto commesso e della condotta.

Appurata la natura, è bene valutarne la vincolatività nel gruppo di appartenenza; ben potrebbe accadere infatti che pur essendoci un riscontro normativo nel Paese di provenienza dell’immigrato, tale norma non venga comunque rispettata in modo omogeneo da tutti i membri o sia piuttosto desueta ovvero poco diffusa anche in quel contesto: una regola non vincolante in tal senso non potrebbe dimostrare l’ignoranza della norma penale.

Terzo snodo è il “*grado di inserimento dell’immigrato nella cultura e nel tessuto sociale del Paese d’arrivo*” in relazione all’adesione perdurante alla cultura d’origine. Ciò vuol dire che il tempo di permanenza nel nuovo Paese sarà da considerarsi come un elemento necessario ma non sufficiente, dovendo obbligatoriamente correlarsi all’attaccamento del soggetto alle proprie radici culturali: è chiaro che tanto più ci sarà stata integrazione nel Paese d’arrivo, tanto meno risulterà convincente una

³² Si fa riferimento a quanto statuito in Cass. Pen. sez. VI, 26 novembre 2008, n. 46300 nella quale si legge: «Per l’Italia, oggi, appare decisamente “pro-immigrato” (e quindi “integrazioneista – inclusionista”), la previsione della configurabilità della circostanza aggravante (stabilita dal D.L. 26 aprile 1993, n. 122, art. 3, comma 1, conv. con modif. in L. 25 giugno 1993, n. 205) della “finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso” (...)» al contempo ammettendo che «è invece di segno culturale decisamente contrario e “assimilazionista” la norma sulla repressione penale dell’infibulazione, stabilita dall’art. 583 bis c.p., (L. 9 gennaio 2006, n. 7, art. 6, comma 1), nonché la norma sulla bigamia (art. 556 c.p.) in tema di delitti contro il matrimonio.» Tuttavia, per la Corte, relativamente ai cd. reati culturali e all’applicazione di norme penali nei confronti di cittadini di cultura e religione diversa confliggenti con la norma stessa, non può essere ammessa da parte del Giudice qualsivoglia soluzione interpretativa che pretenda di escludere la sussistenza dell’elemento soggettivo del reato, invocando le convinzioni religiose e il retaggio culturale dell’imputato, perché tale interpretazione finirebbe con il porsi in contrasto con le norme cardine che informano e stanno alla base dell’ordinamento giuridico italiano e della regolamentazione concreta dei rapporti interpersonali (la Corte rigetta il ricorso dell’imputato avverso la sentenza di condanna per i reati di maltrattamenti in famiglia, sequestro di persona, violenza sessuale in danno della moglie e violazione degli obblighi di assistenza familiare, escludendo che potesse ammettersi la rilevanza della diversità culturale e religiosa dell’imputato – cittadino marocchino – che, secondo la pretesa difensiva, avrebbe dovuto portare a giustificare il comportamento tenuto in ragione di una pretesa, particolare concezione della famiglia e dei rapporti interfamiliari).

cultural defense.³³

Il quarto punto chiave di tale percorso risulta inscindibilmente correlato ai restanti in quanto circostanziato in un piano meramente probatorio. La presunta tradizione religioso culturale secondo la quale si potrebbe invocare una mancata consapevolezza del soggetto agente sul fatto compiuto, non può dirsi appurata sulla base di mere dichiarazioni difensive degli imputati o dei loro congiunti oppure di documentazioni prodotte dalle parti ma sprovviste di ufficialità o non presenti in letterature che diano conferma di una tradizione sicura e comprovata (valga a titolo esemplificativo il caso della circoncisione³⁴).

Risulta imprescindibile a questo punto illustrare come la Suprema Corte ha fatto propri questi parametri utilizzandoli nel caso di specie, arrivando a sconfessare (o meglio, a rilevare le contraddittorietà) di quanto statuito nei gradi precedenti di giudizio.

Nell'ottica del bilanciamento di diritti, del bene giuridico nonché del grado di offesa allo stesso, per la Corte è sembrato doveroso specificare che quando le vittime di violenze sessuali sono minori, l'oggetto di tutela risulta tenacemente rafforzato³⁵, giacché il delitto di cui all'art. 609 quater c.p. (atti sessuali con minorenne) è una fattispecie posta a presidio «dell'integrità fisio-psichica del minore nella prospettiva di un corretto sviluppo della personalità sessuale attraverso una assoluta intangibilità, nell'ipotesi di minore degli anni quattordici (comma primo n. 1), o relativa, con riferimento a specifiche situazioni di parentela o di affidamento del minore stesso (comma primo n. 2) e si configura anche in assenza di pressioni coercitive, atteso che in tali ipotesi si può realizzare una agevolazione del consenso o un impedimento al rifiuto dello stesso».³⁶

Nel giudizio di disvalore, questo dato – stante anche e soprattutto a quanto confermato dalla giurisprudenza predominante³⁷ – porta di già a far pendere l'ago della

³³ Dato rilevante ad es. in Cass. Pen., Sez. VI, n. 43646 del 22 giugno 2011, con riguardo alla condizione di una persona di etnia africana che, migrata in Italia, non è risultata essere ancora integrata nel relativo tessuto sociale e nell'ordinamento giuridico del nostro Paese e per la quale è stata ravvisata una oggettiva condizione di difficoltà nel recepire, con immediatezza, valori e divieti a lei ignoti in quanto portatrice di un bagaglio difforme alla civiltà occidentale.

³⁴ V. Cass. pen., Sez. VI, sent. 22 giugno 2011, n. 43646, in *Dir. pen. cont.*, 22 marzo 2012, con nota di VERENA PUSATERI, *La circoncisione maschile cd. rituale non integra – se eseguita per motivi culturali che determinano l'ignoranza inevitabile della legge penale – il reato di esercizio abusivo della professione medica*; ed anche Cass. pen., Sez. VI, sent. 22 giugno 2011, n. 43646, in *Dir. eccl.* 2012, I – II, con nota di ALESSANDRO CESERANI, *Quando la circoncisione rituale maschile diventa reato culturalmente motivato*, p. 389 ss; TIZIANA DI IORIO, *Segni sul corpo e ferite nell'anima. Manipolazione degli organi genitali dei minori e diritti violati*, in *Diritto e Religioni*, luglio 2016, pp.1-22.

³⁵ La *ratio* del rafforzamento di tutela nei confronti dei minori – non ritenuti ancora detentori di una piena libertà sessuale – è riscontrabile anche nelle rivisitazioni codicistiche a seguito della famosa legge n.66 del febbraio 1996 (sul punto si veda ALBERTO CADOPPI, *I reati contro la persona*, volume 2, CEDAM, Milano – Padova, 2017, p. 6).

³⁶ *Ex multis*, Cass. Pen., Sez. III, 15 maggio 2015, n. 29662; Cass. Pen., Sez. III, 27 maggio 2010, n. 24258.

³⁷ Come da nota *supra* ed ancora, sul delitto di cui all'art. 609-quater configurabile indipendentemente dal consenso della vittima, «anche perché la persona offesa è considerata immatura ed incapace di disporre consapevolmente del proprio corpo a fini sessuali» si veda: Cass. Pen., Sez. III, 15 giugno 2010, n. 27588, Cass. Pen., Sez. III, 27 maggio 2010, n. 24258; Cass. Pen., Sez. III, 25 febbraio 2004,

bilancia in favore di uno di quei diritti che fa parte dello *sbarramento* (*invalidabile*) in quanto si è in presenza di una grave offesa a beni fondamentali della persona e dunque di una fattispecie ad “elevata offensività”³⁸; beni difficilmente comprimibili da giustificazioni dal retaggio religioso culturale che possano esonerare l'imputato da responsabilità.

Rispetto invece alla natura della “norma culturale” invocata dai genitori del bambino, si fa notare fin da subito la sua “non ufficialità”. Non soltanto la conoscenza della stessa avveniva solo tramite quanto riportato verbalmente dagli imputati e dai loro congiunti (dato minatorio dell'attendibilità); inoltre, l'unico documento allegato dalle parti altro non era che una lettera inviata dal Prefetto della Provincia di un Paese dell'Albania, non verificata e priva di autenticazione.

Pur volendo “dar per buono” quel documento, dallo stesso emergeva come soltanto in alcune piccole zone rurali interne albanesi (e non ovunque) costituisse tradizione e segno di prosperità “accarezzare” il figlio maschio da parte del padre: dato pregiudizievole per la vincolatività tra i consociati di questa (presunta) tradizione culturale, senza dubbio (pur se considerata esistente) non rispettata omogeneamente. Tra l'altro, è risultato davvero difficile per la Corte – sulla scorta di quanto raccolto in sede probatoria – immaginare i gesti compiuti dall'imputato come coincidenti a quelle carezze “propiziatricie” descritte nel documento di cui sopra; senza tanti giri di parole infatti ha dichiarato che «*tale tradizione, non solo era stata esclusa dal consulente del p.m. (sia pure sulla base di mere indagini sommarie in letteratura), ma in concreto risultava ridimensionata dal fatto che, nel caso di specie, non di mere occasionali carezze si trattava, ma di vere e proprie fellationes.*»

Non solo. Veniva appurato che tale “norma culturale” risultasse in contrasto anche con le prescrizioni del Codice Penale Albanese e dunque fosse giuridicamente rilevante nello stesso Paese d'origine (pur volendo escludere le piccole zone rurali indicate dalla tesi difensiva).

Sulla scorta di ciò, si è affermata una piena consapevolezza degli imputati sulla illiceità degli atti compiuti: coscienza appurabile e confermabile dal dato oggettivo della “biografia” degli stessi, ben integrati nel tessuto sociale ove vivevano e lavoravano da molti anni. Arduo per la Suprema Corte poter statuire un'ignoranza (anche in riferimento all'art. 5 c.p.) sulla carica offensiva degli atti posti in essere.

Nel raffronto tra i dati oggettivi che avrebbero potuto determinare negli agenti un'ignoranza *legis* circa l'illiceità del loro comportamento, e i dati soggettivi attinenti alle loro conoscenze e capacità che avrebbero invece consentito loro di non incorrere dell'*error iuris*, i primi cedono ai secondi, non potendosi concepire – nel caso di specie – una scriminante di matrice religioso culturale. Ad essere riportata è inoltre un'importante e consolidata statuizione giurisprudenziale sui reati sessuali che la sentenza fa propria e che rende (ancora più) invalidabile quel famoso “sbarramento”: “*l'intenzionale e prolungata pressione sulla zona genitale della vittima, sia essa protetta o meno dalla biancheria, integra il reato di violenza sessuale anche nel caso in cui sia ispirata da una finalità diversa da quella a sfondo sessuale*”.³⁹

È la natura stessa del reato che escluderebbe dunque la possibilità di una nozione soggettivistica di atto sessuale che faccia leva su una (invocata e supposta) valenza

n. 15287; Cass. Pen., Sez. III, 13 maggio 2004, n. 2966; Cass. Pen., Sez. III, 27 maggio 2010, n. 24258.

³⁸ Come da definizione in FABIO BASILE, *Ultimissime dalla giurisprudenza*, cit., p. 7.

³⁹ Cass. Pen., Sez. III, 21 settembre 2009, n. 39710

culturale degli atti compiuti. Beni inviolabili come l'autodeterminazione sessuale portano a concepire come atto invasivo della sfera sessuale di un soggetto – in mancanza del consenso di quest'ultimo – qualsiasi comportamento che leda tale bene giuridico a prescindere dal motivo per il quale il soggetto agente lo abbia posto in essere (ad esempio religioso e/o culturale).

Sulla base di ciò, la Corte di Cassazione, annullava la sentenza con rinvio ad altra sezione della Corte di Appello di Bologna.

Riflessioni conclusive

Fino ad alcuni anni fa, la maggior parte delle branche del diritto (tre le quali indubbiamente il diritto penale) sembravano radicarsi in determinati postulati saldamente condivisi e apparentemente indiscutibili tanto da non necessitare di alcuna enunciazione.⁴⁰

Si è da sempre parlato di astrattezza e generalità della norma: la capacità della stessa di far riferimento ad una serie indeterminata di fattispecie (astratte appunto), applicabili ad un numero indefinito di casi e ad un numero indistinto di soggetti. Si allude inoltre al dogma della "certezza del diritto"⁴¹ che, in declinazione del principio di eguaglianza vale – o dovrebbe valere? – sempre e comunque, a prescindere dalle caratteristiche individuali dei consociati, per ovviare all'impossibilità (pratica) da parte dell'ordinamento di prevedere tutto ciò che possa verificarsi nella realtà. Insomma, un'uniformità di disciplina da applicare a qualsivoglia soggetto: tutti in un'identica posizione nei confronti della legge, con gli stessi diritti, doveri, libertà e prerogative.⁴²

Anche il concetto del cd. "Stato Nazionale" (o Stato Nazione) è da sempre stato un assioma fondante, nozione descrittiva dei confini territoriali (e dunque della sovranità) entro i quali lo Stato produce ed attua il proprio diritto realizzando quella finalità di eguaglianza di cui sopra nei confronti di una comunità avente un'entità culturale ed etnica ben precisa, nella quale i cittadini condividono linguaggio, cultura e valori.

Tuttavia, con l'avvento del fenomeno della globalizzazione⁴³ e delle immigrazioni è evidente che le cose sono iniziate a cambiare, portando ad una "crisi delle categorie giuridiche tradizionali"⁴⁴ o alla necessità di adattare le stesse alle sempre

⁴⁰ Si riprendono le ben più ampie riflessioni contenute in CRISTINA DE MAGLIE, *Culture e diritto penale. Premesse metodologiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1089

⁴¹ O forse è meglio dire che «una volta la certezza era un dogma», così come in CLAUDIO LUZZATI, *Ancora sulla certezza*, in *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale* (Rivista telematica), n. 23, 2017, p. 1.

⁴² Quella che in CRISTINA DE MAGLIE, *Culture e diritto penale*, cit., è definita – riprendendo la teoria di Tarello – come "l'unità del soggetto di diritto".

⁴³ Suggestiva la definizione di "diritto sconfinato" data da MARIA ROSARIA FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma – Bari, 2006.

⁴⁴ Invero, «lo Stato appare sempre meno idoneo a farsi carico, con efficacia, dei problemi e delle istanze di protezione che contraddistinguono la società contemporanea e che solo apparentemente sono circoscrivibili entro gli ormai ristretti confini territoriali e comunitari rispetto ai quali lo Stato stesso è legittimato all'esercizio pieno del potere. (...) Ebbene, spesso riguardati, nella loro drammaticità, quale frutto tra i più discussi della stessa globalizzazione, i recenti fenomeni migratori hanno inciso

più attuali e dirompenti esigenze. Non soltanto c'è stato uno sconfinamento dello Stato Nazione verso l'alto e quindi a livello sovra-nazionale, ma anche (ed è questo che più ci interessa per la tematica trattata) verso il basso – o, se si preferisce nel suo interno – ove la diversità delle culture porta a far emergere tendenze e tradizioni diverse di qualsiasi carattere: religiose, ma anche linguistiche ed etniche in genere.

I conflitti tra i gruppi sociali di maggioranza e di minoranza – avvertiti soprattutto in un sistema delicato come quello penale – sono sempre più frequenti: può infatti accadere (o meglio, spesso accade) che un comportamento considerato “normale”, legittimo o addirittura vincolante per la cultura e/o la religione di un gruppo specifico ospitato, sia invece penalmente rilevante per chi quel gruppo lo accoglie.⁴⁵

Diventa così già per l'interprete (ma soprattutto per l'operatore del diritto) sempre più arduo cimentarsi continuamente nella difficile sfida di ricomposizione di quella irriducibile complessità e di quella polarizzazione dialettica tra unità e differenziazione.⁴⁶

Le insidie sono molteplici e si presentano fin da subito, a partire dal *che cos'è la cultura*, se sia possibile rintracciarne un'accezione valida per tutti e – ancor prima – *perché tutelarla* comportando in questo modo una deroga al principio di eguaglianza di fronte alla legge, (un tempo) considerato (almeno in astratto) inscalfibile.⁴⁷

pesantemente – quale concausa determinante – su uno dei presupposti più sicuri di questa coesione, ovvero sulla omogeneità di quel retro terra sociale e culturale dello Stato che, sino a quel momento, era apparso, sotto tale profilo, sostanzialmente granitico. Ne è derivata una situazione di conflittualità, più o meno manifesta, che non può che problematizzare ulteriormente la già minata capacità degli stessi stati a ricomporre ad unità le molteplicità degli interessi che si agitano nella società e l'efficacia delle risposte, politiche e giuridiche, che essi approntano nei confronti delle emergenze regolamentative, vecchie e nuove, che ne conseguono.» GIUSEPPE D'ANGELO, *Ordinamenti giuridici e interessi religiosi. Argomenti di diritto ecclesiastico comparato e multilivello. Volume I. Il diritto ecclesiastico nel sistema CEDU*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 5- 8.

⁴⁵ Si tratta di una vera e propria «esplosione del mondo religioso, che offre molteplici manifestazioni spesso inusuali, nuove per l'ambiente, lontane dalle forme tradizionali; ebbene le esigenze religiose (che inevitabilmente si traducono in diritto di libertà religiosa) delle persone variano a seconda dell'adesione all'uno od all'altro di questi messaggi religiosi (...) con modalità imprevedibili per chi era abituato ad una tranquilla tradizione. (...) La conseguenza è che questo mondo estremamente variegato deve fare i conti con un sistema civile, penale e amministrativo non preparato ad una valutazione di questi nuovi aspetti, ma anche con le imprevedibili reazioni (spontanee o guidate) dell'opinione pubblica, reazioni che possono essere di insofferenza, di fastidio, di ostilità. Di modo che, per alcuno gruppi religiosi, ad onta delle dichiarazioni astratte, la pratica della libertà religiosa può essere ostacolata, resa difficile non solo e non tanto sul piano giuridico ma anche e soprattutto sul piano di fatto». MARIA CRISTINA FOLLIERO, ANTONIO VITALE, *Diritto Ecclesiastico. Elementi. Principi non scritti. Principi scritti.*, cit., p. 24.

⁴⁶ Mi riferisco nuovamente a GIUSEPPE D'ANGELO, *Ordinamenti giuridici e interessi religiosi*, cit., p. 16, nel quale si parla di una «articolazione conflittuale dei rapporti sociali e giuridici che riproduce a più livelli, la dinamica di fondo tra globale e locale, universale e particolare, unità e differenziazione.»

⁴⁷ Sono gli stessi interrogativi che si pone MARIO RICCA, *Il tradimento delle immagini*, cit., p.1. Si veda altresì, del medesimo A., più ampiamente ID, *Dike meticcica. Rotte di diritto interculturale*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008; ID., *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Dedalo, Bari 2008; ID., *Riace, il futuro è presente. Naturalizzare il «globale» tra immigrazione e sviluppo interculturale*, Dedalo, Bari, 2010; ID., *Polifemo. La cecità dello straniero*, Torri del Vento, Palermo, 2011; ID., *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Torri del Vento, Palermo, 2012; ID., *Culture interdette. Modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2013.

Dalla stessa sentenza in commento emerge quanto vi sia una propensione (per ovvie esigenze pratiche) a dare rilevanza a quella *cultura* in grado di proiettarsi dinamicamente, vale a dire di definirsi (e dimostrarsi) a livello processuale; di avere un'effettività, riempiendosi in questo modo di contenuti e facendo sì che non rimanga semplicemente una parola, per giunta vuota. Essa diventa sinonimo di *religione* (nel senso più intimo del termine) quando si concretizza per il singolo in un conflitto di lealtà col sistema (giuridico) dove vive e con cui inevitabilmente deve confrontarsi o al quale deve spesso conformarsi (chi è che non ricorda la nota pronuncia sul caso dei fedeli *sikh* e del loro *kirpan*?)⁴⁸.

Diventa così fuorviante far riferimento solo alla cultura (ad esempio religiosa) del singolo che semplicemente la rivendica come tale e come propria⁴⁹, dovendo sempre confrontarsi con la collettività al quale il singolo appartiene, verificando che sia caratteristica di un gruppo ben definito⁵⁰.

Sembrerebbe dunque che la matrice religioso culturale del singolo oltre a dover essere comune alla collettività di appartenenza e diffusa nella stessa, debba essere stata in grado di marcare la formazione del suo carattere e della sua coscienza, condizionandone le scelte; in altre parole, un altro dato da tenere in considerazione – oltre a quelli già sommariamente descritti – è che la stessa cultura non abbia subito influenze da nuove e diverse tradizioni (ad esempio del Paese di approdo). Provandomi a spiegare meglio, il “marchio d'origine” del soggetto agente, non è da

⁴⁸ Si allude a Cass. Pen., Sez. I, 31 marzo 2017, n. 24084 ed in particolare ai punti 2.3. e 2.4. delle motivazioni in diritto nei quali si legge che «(...) È quindi essenziale l'obbligo per l'immigrato di conformare i propri valori a quelli del mondo occidentale, in cui ha liberamente scelto di inserirsi, e di verificare preventivamente la compatibilità dei propri comportamenti con i principi che la regolano e quindi la liceità di essi in relazione all'ordinamento giuridico che la disciplina. La decisione di stabilirsi in una società in cui è noto, e si ha consapevolezza, che i valori di riferimento sono diversi da quella di provenienza ne impone il rispetto e non è tollerabile che l'attaccamento ai propri valori, seppure leciti secondo le leggi vigenti nel paese di provenienza, porti alla violazione cosciente di quelli della società ospitante. La società multietnica è una necessità, ma non può portare alla formazione di arcipelaghi culturali confliggenti, a seconda delle etnie che la compongono, ostandovi l'unicità del tessuto culturale e giuridico del nostro paese che individua la sicurezza pubblica come un bene da tutelare e, a tal fine, pone il divieto del porto d'armi e di oggetti atti ad offendere. Proprio la libertà religiosa, garantita dall'articolo 19 invocato, incontra dei limiti, stabiliti dalla legislazione in vista della tutela di altre esigenze, tra cui quelle della pacifica convivenza e della sicurezza, compendiate nella formula dell'ordine pubblico».

⁴⁹ In questo senso sembrerebbero rientrare quelle obiezioni che “qualcuno” potrebbe sollevare ed ipotizzate da MARIO RICCA, *Il tradimento delle immagini*, cit., p.5, alle quali l'Autore stesso parrebbe aver risposto con un «almeno in apparenza» intransigente «no» in questi termini: «Ma è possibile e giusto che ogni soggetto debba comprendere il significato, il perché e il senso socialmente situato di ciò che fa e rivendica di poter fare per essere legittimato a rivendicarlo? Non potrebbe limitarsi a dire “questo fa parte di me, da sempre, e non voglio rinunciarvi, anche se non ne conosco bene il senso, né con riferimento al mio passato né all'interno del mio attuale contesto di vita?” E soprattutto, “anche se non ho le competenze per articolarlo compiutamente, quel senso?”».

⁵⁰ Parrebbe essere la stessa *ratio* che ha portato il nostro ordinamento ad una sorta differenziazione della tutela penale del *sentimento religioso* tra quello individuale e quello collettivo (minore nel primo caso, maggiore nel secondo); la difficile identificazione della “*sensibilità religiosa*” come bene giuridico tutelato in quanto (ci si scusa per il gioco di parole) *sensibilmente* variabile da soggetto a soggetto, ha comportato una sopravvivenza codicistica delle sole offese riguardanti la collettività (si vedano gli artt. 403 – 405 c.p.)

considerarsi come un qualcosa *in re ipsa* in quanto ben potrebbe essere stato reciso dall'inserimento in un'altra società e dal contatto con valori religiosi e culturali differenti.

Dal recentissimo caso di Reggio Emilia, emerge come queste problematiche di fondo si complicano ancor di più in quanto ci si trova di fronte ad una norma incriminatrice che, per delineare il reato, utilizza un elemento normativo culturale – mi riferisco all'*atto sessuale* – la cui locuzione per essere circoscritta deve inevitabilmente fare riferimento alle scienze antropologiche e sociologiche, in quanto ciò che è sessualmente rilevante potrebbe dipendere dalla cultura di un popolo.⁵¹

Da sempre una delle più ardue sfide del legislatore è proprio quella di utilizzare tecniche di redazione delle fattispecie penali che rendano la norma più chiara possibile in modo tale da poter essere facilmente compresa dai destinatari e correttamente interpretata dai giudici. Affidare a degli elementi normativi *extragiuridici* di fonte sociale (nel nostro caso religioso culturale) il compito di “descrivere” – anche se solo in parte – il precetto penale parrebbe una sorta di espediente per monitorare realtà complesse e difficilmente riconducibili ad unità; per tali ragioni essi vengono definiti indispensabili “organi respiratori”⁵².

Tuttavia, accanto a tale funzione di “apertura” del sistema e di adattamento dello stesso ai mutamenti sociali per combattere gli eventuali effetti negativi della rigidità giuridica, è bene guardarsi dal rischio di una possibile indeterminatezza⁵³ ed inafferrabilità del linguaggio penale che potrebbe lasciare al giudice libero arbitrio nell'individuare l'illiceità del precetto dando il via ad una sorta di “sogettivismo interpretativo”⁵⁴.

In una società – come quella contemporanea – dominata da un forte pluralismo religioso e culturale viene allora spontaneo chiedersi – a questo punto – in base alla

⁵¹ Sul punto si veda ALBERTO CADOPPI, *I reati contro la persona*, cit., p. 34; secondo l'A. la definizione di “atto sessuale” non trae esclusivamente spunto da considerazioni di tipo medico (cioè di mera delimitazione anatomica di quale zona possa essere intrinsecamente “sessuale”) ma anche dal più ampio contesto culturale; ciò comporta una dilatazione dell'accezione di delitto sessuale in rapporto alle svariate società (evocativo è l'esempio dell'eschimese che, riconduce il mero sfregamento del naso ad un atto sessuale); di opinione parzialmente difforme GIOVANNI FIANDACA, ENZO MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, cit., p. 83; ID., *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo I, II ed., Zanichelli, Bologna, 2007, p. 208, in cui si sollevano possibili rischi di una sovrabbondante indeterminatezza a discapito del principio costituzionale di tassatività.

⁵² Così in GIOVANNI FIANDACA, ENZO MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, cit., p. 84; GIORGIO MARINUCCI, voce *Consuetudine*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 512.

⁵³ Sul concetto di determinatezza ed i rischi conseguenti alla sua non applicazione nella descrizione della fattispecie penale si veda FRANCESCO PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1979, p. 421 ss.; GIORGIO MARINUCCI, EMILIO DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2001, p.142 ss.

⁵⁴ Cfr. DOMENICO PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 229 il quale ritiene che «gli elementi di valutazione culturale dovrebbero essere espunti da sistemi penali che, come quello italiano vigente, sono fondati su principi di legalità e tassatività delle fattispecie di reato (art. 25 Cost.). Nella delimitazione dell'illecito dal lecito, se il principio di legalità non è una lustra, nessuna discrezionalità più o meno soggettiva del giudice – interprete può trovare posto. Tutto deve essere predeterminato «legalmente»: e se certi valori «culturali», rilevanti nella configurazione del reato, non risultano «performanti» del diritto, è necessario siano predeterminati, e fatti propri dalla norma penale, dei criteri culturali obiettivi su cui fondarli.»

cultura di quale popolo (*di chi*) tale elemento normativo (ed *extragiuridico*) debba essere valutato.

A tale interrogativo è possibile rispondere in due modalità alternative tra di loro⁵⁵ che sembrerebbero proprio calcare le motivazioni in seno alle pronunce di primo e secondo grado della vicenda le quali hanno in comune solo l'approdo, ma non la *ratio*.

Ed invero, il Tribunale di Reggio Emilia parrebbe aver valutato ed accertato i fatti commessi in base alla cultura della maggioranza degli Italiani⁵⁶ – e dunque la “cultura del legislatore”⁵⁷ – rinviando la valutazione dell'elemento religioso culturale alla successiva fase dell'accertamento della colpevolezza e della sussistenza dell'elemento soggettivo.⁵⁸ Il giudice di prime cure si è posto in pratica l'interrogativo del *se* in presenza di un reato (doloso), l'imputato – a causa di un inconciliabile divario tra la sua cultura e quella di maggioranza – versasse in una sorta di situazione di “errore” sull'elemento normativo della fattispecie (cioè su cosa sia per la cultura italiana un atto sessuale).

Dissimilmente, la Corte d'Appello di Bologna sembrerebbe aver considerato l'elemento normativo culturale in base alla cultura del soggetto agente, arrivando ad un'assoluzione per insussistenza del fatto che decreta (o comunque dubita) che sia stato compiuto un atto oggettivamente identificabile come sessuale.⁵⁹

Come è intuibile e come affiora tra le righe, ciò che è arduo è proprio appurare l'esistenza stessa del reato culturalmente motivato in quanto esso deve passare attraverso fasi di accertamento molto rigorose che spesso richiedono il necessario intervento di esperti in grado di conoscere e studiare il retroterra culturale del gruppo etnico religioso di cui l'agente fa parte. Va da sé che non basta far riferimento ad un *background* religioso culturale dell'imputato a giustificazione di un ipotetico fatto commesso, col rischio di ricomprendere in questa categoria ciò che non ne fa parte e di minare e corrodere le pretese di universalità della nostra “morale” giuridica.⁶⁰

⁵⁵ Efficacemente descritte da FABIO BASILE, *Immigrazione e reati*, cit., p. 370.

⁵⁶ «Se un gruppo di fanatici religiosi considerasse gravemente contrario al senso del pudore indossare in spiaggia il solo costume da bagno, non per questo chi indossasse il costume da bagno – conformemente al senso nazionale del pudore – commetterebbe il delitto di atti osceni!»: è quanto si legge in ALBERTO CADOPPI, *I reati contro la persona*, cit., p. 37 ss. nel quale il «dato nazionale» è identificato come «soglia minima della rilevanza penale di una certa fattispecie», nulla escludendo la possibilità dell'esistenza di una norma culturale più favorevole e dunque *pro reo*. Si sottolinea l'opportunità di rintracciare tale cd. soglia minima di tutela in modo tale da poter offrire al cittadino delle indicazioni (seppur generali) di orientamento in modo tale da fargli capire: «sotto questo livello non sarai punito».

⁵⁷ Si riportano nuovamente le parole utilizzate in sentenza per comodità di lettura e comprensione: «quale che sia la concezione di atto sessuale che si adotti, nessuno dubita che nel nostro ordinamento il contatto con l'organo genitale maschile, il bacio o ancor più l'inserimento in bocca del pene integri un atto sessuale in quanto invasivo della sfera sessuale, e integrante un rapporto del corpo dell'agente con parti del corpo della vittima naturalmente idonee a produrre stimolazione sessuale».

⁵⁸ La provenienza da contesto diverso da quello italiano ha inciso sulla consapevolezza «del carattere oggettivamente sessuale secondo la nostra cultura di riferimento, del bacio e tanto più del succhiotto sul pene del bambino, anche quando effettuato dal genitore (...)».

⁵⁹ Bensì identificabile come «gesti di affetto e di orgoglio paterno nei confronti del figlio maschio, assolutamente privi di qualsiasi implicazione di carattere sessuale e indicati come rispondenti a tradizioni di zone rurali interne dell'Albania, Paese di origine degli imputati».

⁶⁰ Si semplificano così le riflessioni di CRISTINA DE MAGLIE, *Culture e diritto penale*, cit., p. 1119.

Da un'analisi della giurisprudenza italiana⁶¹ emerge un *trend* di (quasi) indifferenza nei confronti del condizionamento culturale, non tanto e soltanto per il rispetto del principio di territorialità di cui all'art. 3 c.p., ma soprattutto quando ad essere in ballo vi sono dei diritti di rango costituzionale ritenuti inviolabili⁶² che costituiscono quel famoso "sbarramento invalicabile" all'introduzione di tutto ciò che potrebbe con essi contrastare (*ratio* assimilabile per certi versi a quel famoso "patriottismo costituzionale"⁶³).

Tuttavia, nonostante il tradizionale orientamento incline al diniego del fattore religioso culturale (in presenza di vittime di reati sessuali), da un'esegesi più meticolosa delle parole utilizzate dalla pronuncia recentissima della Cassazione⁶⁴, non sembrerebbe potersi affermare che la stessa si sia totalmente conformata ai suoi precedenti senza alcuna minima attenzione alle possibili influenze della provenienza culturale dell'autore del reato. Anzi, l'aver individuato degli snodi interpretativi (quelli che abbiamo definito "punti chiave") che possano conciliare il rapporto tra il diritto penale e l'elemento religioso culturale dello straniero, denota la volontà di trovare approcci interpretativi utili a tutelare la diversità senza vedere sacrificati beni costituzionalmente rilevanti.

È chiaro come tale procedimento non possa che essere per sua natura molto complesso, soprattutto alla luce del fatto che involge una fase (già) applicativa del diritto ed incombendo sul giudice l'onere di operare questa selezione secondo un'ermeneutica di (equa) differenziazione: ben più agevole sarebbe partire dall'elaborazione della legge e dunque dalla presenza di norme già ricomprendenti tutto ciò che è "altro" o semplicemente "diverso".

La sentenza n. 29613 del 2018 della Corte di Cassazione, sembrerebbe aprirsi in un (nemmeno poi tanto timido) approccio a quei ben noti "test culturali e religiosi" per individuare i requisiti in grado di distinguere un comportamento culturale da un comportamento che invece non lo è. «Essi si identificano in una procedura standardizzata di accertamento dei requisiti che il giudice ritiene rilevanti e/o indispensabili

⁶¹ *Ex multis* Cass. Pen., n. 19574/2014 nella quale la Corte rinnega come scriminante culturali le pretese di potestà all'interno del nucleo familiare per motivazioni di tipo religioso in quanto contrastanti col principio di eguaglianza e di pari dignità sociale; in egual modo Cass. Pen., n. 48272/2014 in tema di atti di violenza fisico morale anche se con intenti religioso educativi; più segnatamente in ambito sessuale Cass. Pen., n. 37364/2015 in cui le eventuali giustificazioni dedotte in nome di presunti limiti o diversità religioso culturali nella concezione del rapporto coniugale sopperiscono alla tutela di un diritto assoluto e inviolabile dell'uomo quale la libertà sessuale.

⁶² Così GIUSEPPE CAPOGRASSI, *Obbedienza e coscienza*, in *Opere*, V, 1959, p. 204 che definisce la Costituzione come «un prontuario specifico, talvolta ragionato, dei valori che stanno e che si vuole che stiano alla base di un ordinamento» e al quale la legislazione ordinaria (ad anche penale) inevitabilmente si adegua.

⁶³ Si fa riferimento alla teoria liberale strenuamente sostenuta dal filosofo *Habermas* e metaforicamente ricondotta al tema da FRANCESCO PARISI, *Cultura dell'«altro»*, cit., p. 121 ove l'Autore sostiene che «il frequente richiamo ai diritti costituzionalmente garantiti – ed in particolare ai diritti inviolabili dell'individuo, al principio d'uguaglianza e alla pari dignità tra gli esseri umani, alla tutela della famiglia, al diritto alla salute ed all'integrità fisica (...) significa implicitamente trovare nella tavola dei valori costituzionali le linee guida per definire il grado d'apertura dell'ordinamento giuridico alla differenza culturale, il nucleo attorno al quale la società multiculturale dovrebbe definire le regole di convivenza.»

⁶⁴ Chiaramente alludo alla sentenza Cass. Pen., 29 gennaio 2018, n. 29613 in commento.

per dare rilevanza alla “cultura” di una delle parti del processo. Il possesso di questi requisiti e della capacità di superare questo “test” determina la possibilità di risolvere il caso in deroga ad una norma generale ed astratta o variandone l’applicazione»⁶⁵.

Un accurato bilanciamento delle variabili indicate nella motivazione in diritto della Corte (livello di offensività del fatto commesso, natura della norma culturale osservata, grado di inserimento sociale del soggetto agente) potrebbe comportare un riconoscimento dell’elemento religioso culturale indubbiamente più misurato e per certi versi *benevolo*⁶⁶ in grado di aggirare il pericolo di una frantumazione del diritto penale virando verso una sorta di unitarietà che lasci idonei spazi di valutazione alle storie e alle biografie dei singoli *autori culturalmente motivati* tentando di risolvere così l’annosa problematica della riconducibilità ad un’efficacia scriminante delle fattispecie circoscrivibili nell’alveo dell’art. 19 Cost.⁶⁷

⁶⁵ ILENIA RUGGIU, *Il Giudice Antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Franco Angeli, Milano, 2012, p. 86.

⁶⁶ Così definito in FABIO BASILE, *I reati cd. «culturalmente motivati» commessi dagli immigrati: (possibili) soluzioni giurisprudenziali*, in *Questione Giustizia*, n.1, 2017, p. 135 e del quale Autore si riportano le seguenti riflessioni circa il riconoscimento del fattore culturale definito come «equo e ragionevole ogni qual volta la realizzazione del reato costituisca davvero l’esito di un conflitto normo-culturale ancora irrisolto, di tal ch  il reato commesso dall’immigrato di cultura diversa potrebbe effettivamente risultare meno rimproverabile rispetto ad uno stesso identico fatto commesso da un imputato di cultura italiana. La valutazione *pro reo* della motivazione culturale potrebbe, in altre parole, in qualche modo compensare la situazione di svantaggio in cui versa l’imputato appartenente ad una cultura di minoranza ogni qual volta sia chiamato a rispondere per un fatto previsto come reato da una legge in cui si rispecchia la sola cultura di maggioranza, qualora egli, rispetto a quest’ultima cultura, risulti tuttora incolpevolmente «straniero».

⁶⁷ Per approfondimenti si rinvia a SARA DOMIANELLO, *Dei Diritti e delle pene: note a margine del (paradosso del) valore medicinale laicamente riconoscibile all’uso della libert  religiosa come scriminante*, in *Diritto Religioni*, n. 2, 2016, p. 366 ss.

Presentazione

La rassegna della giurisprudenza concernente il diritto ecclesiastico tributario si apre con due sentenze in materia di esenzione dall'Ici e dall'Imu.

Nella prima il beneficio dell'esenzione dall'Ici viene negato sull'assunto che l'attività svolta dall'ente ecclesiastico nell'immobile, alberghiera e di assistenza ai pellegrini, non rientrerebbe tra le attività elencate nel d.lgs. n. 504/92, art. 7, comma primo, lett. i. La motivazione dei giudici abruzzesi è alquanto criticabile, poiché, tra le attività esentate dall'Ici nella disposizione richiamata, compare l'attività ricettiva, nella quale sembrano poter rientrare anche le attività di assistenza ai pellegrini (soprattutto se dirette, come nel caso in questione, ad anziani e disabili). Tutt'al più i giudici avrebbero dovuto accertare se l'attività fosse svolta con modalità commerciali o meno.

L'accertamento delle modalità di svolgimento delle attività è, invece, al centro della sentenza della Commissione tributaria regionale Lazio, nella quale la non commercialità dell'attività viene riconosciuta sulla base della considerazione che le rette pagate dagli alunni della scuola paritaria coprono il 40% dei costi di gestione complessivi. La conclusione della sentenza appare ovvia, ma più interessante è il *modus procedendi* dei giudici, laddove, ai fini della verifica della commercialità, prendono in considerazione i risultati di bilancio riferiti a una pluralità di anni. Infatti, di fronte al Comune, ente impositore, il quale contesta come un esercizio in perdita non escluda la commercialità, i giudici ribattono che ciò può essere ben vero per un imprenditore, il quale per *“una annualità può lavorare in perdita, ma sempre con una possibilità almeno teorica di ottenere dei profitti”*; tuttavia, ciò non può valere per l'ente *de quo* *“considerato che gli introiti della scuola sono sempre fissi, e pari a circa il 40% delle spese totali, e quanto sopra per ogni anno”*.

Si tratta di un approccio alla questione pienamente condivisibile, che, peraltro, ispira anche un recentissimo intervento legislativo a modifica del d.lgs. n. 117 del 2017, il cosiddetto “codice del terzo settore”. Ci si riferisce al comma 2 *bis*, introdotto nell'art. 79 del citato d.lgs. 117/2017, dall'art. 24 *ter*, n. 3, del d.l. n. 119 del 23 ottobre 2018, convertito mediante legge n. 136 del 17 dicembre 2018, a termini del quale le attività di interesse generale *“si considerano non commerciali qualora i ricavi non superino di oltre il 5 per cento i relativi costi per ciascun periodo d'imposta e per non oltre due periodi d'imposta consecutivi”*. Al di là della portata concreta della disposizione, la novella apre la strada anche a una nuova definizione dell'area della non commercialità, più sostanziale e realistica, liberandola da incrostazioni ideologiche che avevano prodotto, talora, sofismi giurisprudenziali.

Nella rassegna seguono due sentenze della Commissione tributaria regionale Umbria. La prima si pone nella scia di una giurisprudenza, che va consolidandosi, la quale interpreta in senso restrittivo la riduzione del 50% dell'aliquota IRES, di cui godono anche gli enti ecclesiastici per effetto dell'art. 6, comma primo, lettera c, del d.p.r. n. 601 del 1973. Nello specifico i giudici hanno ritenuto che l'agevolazione spetti agli enti ecclesiastici solo per i redditi derivanti dall'esercizio delle attività istituzionali: un'interpretazione probabilmente più coerente con il più complessivo orientamento attuale in tema di agevolazioni fiscali per gli enti *non profit*, ma che si allontana dal tenore letterale e dallo spirito della norma che introdusse la riduzione nel 1973.

La seconda sentenza umbra torna sulle controversie catastali relative agli immobili utilizzati per finalità religiosa. Oggetto di giudizio era un immobile utilizzato per l'esercizio del culto, ma non caratterizzato da elementi strutturali che lo connotassero in modo univoco come luogo di culto. L'ente contribuente reclamava l'attribuzione all'immobile della categoria catastale E/7 (edifici di culto). All'opposto, l'Ufficio insisteva nell'attribuzione della categoria A/10 (uffici). L'organo giudicante accoglie la tesi dell'Ufficio, in base alla giusta considerazione che nel classamento catastale le caratteristiche strutturali intrinseche del cespite hanno un rilievo preponderante rispetto all'uso dello stesso, che, per sua natura, ha una nota di transitorietà. La Commissione tributaria si sarebbe potuta fermare qui; invece, è andata oltre, giungendo a sostenere che *“la rendita catastale non costituisce un'imposta né un presupposto d'imposta”*. Un'affermazione seccamente smentita dai fatti, poiché nell'ordinamento tributario più volte il trattamento fiscale degli immobili è subordinato al classamento catastale, di cui l'attribuzione della rendita rappresenta il risultato: si pensi, ad esempio, al ben noto regime fiscale della cosiddetta “cedolare secca”, al quale fino al 2018 potevano accedere solo gli immobili accatastati con le categorie dalla A1 alla A/9 e A/11 (abitazioni); dal 2019 anche gli immobili accatastati in categoria C/1 (negozi e botteghe).

In particolare, poi, per quanto riguarda l'accatastamento nella categoria E/7 le conseguenze in campo fiscale non sono affatto di poco conto. Infatti, questa classificazione comporta la non attribuzione della rendita catastale e il riconoscimento dell'assoluta irrilevanza reddituale del cespite, concretizzandosi, così, in senso tecnico, non un'esenzione, bensì un'ipotesi di esclusione, con inevitabili e sostanziali ricadute sulla disciplina tributaria applicabile.

La rassegna si chiude con una pronuncia della Cassazione, avente a oggetto la sottoposizione o meno di un immobile, adibito a sede di seminario vescovile, alla tassa per la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani. Con un accostamento (e anche con una sorprendente confusione!) tra l'art. 16 della nota legge 222/85 sugli enti ecclesiastici e l'art. 16 del Trattato lateranense, la Cassazione conclude che le più generali norme in materia di esenzioni tributarie rivestano natura programmatica e non precettiva, e, nel caso *de quo*, non troverebbero alcuna specifica attuazione.

Prescindendo dal discutibile e tortuoso percorso argomentativo della Corte, in materia di agevolazioni tributarie TARSU per gli immobili adibiti a finalità religiosa, indubbiamente, è rilevabile un vuoto normativo, che lascia spazio a consistenti dubbi ermeneutici. Sotto questo profilo, il contributo di Giuseppe Rivetti, a nota di questa decisione, è pienamente da condividere nella parte in cui auspica l'istituzione di una commissione bilaterale, che affronti *“la questione tributaria dei rapporti tra Stato e Chiesa in termini chiari, complessivi e concordati”*.

ANTONIO GUARINO

Commissione tributaria regionale Abruzzo, Sez. VII, 21 settembre 2018, n. 871

ICI – Ente ecclesiastico – Immobile destinato ad attività alberghiera o di assistenza ai pellegrini – Esenzione – Non compete.

Un immobile di ente ecclesiastico destinato ad attività alberghiera o di assistenza ai pellegrini non gode dell'esenzione dall'Ici poiché le suddette attività non rientrano tra quelle elencate nella lett. i) dell'art. 7, comma primo, del d.lgs. n. 504 del 1992.

Svolgimento del processo

Con rituale ricorso la Provincia religiosa dei Santi Apostoli Pietro e Paolo ricorrevava avverso l'avviso di accertamento con cui il Comune di Pescara aveva chiesto il pagamento dell'ICI per l'anno 2010, per 39.146, 00, in relazione ad immobili siti nel Comune di Pescara. La ricorrente eccepeva che: – per gli immobili, ricadenti nelle categorie B/1, B/2 e D/8, non era dovuto alcun tributo in quanto l'Ente andava esente dall'imposta ex art. 7, lett. i) d.lgs. 504/92, trattandosi di ente ecclesiastico riconosciuto; – gli immobili erano utilizzati per gli scopi istituzionali dell'Ente, di culto e religiosi, senza fini di lucro; – gli enti ecclesiastici riconosciuti, con finalità di culto, non potevano essere assoggettati all'ICI in quanto, anche ove svolgessero una collaterale attività commerciale, agli stessi non poteva applicarsi la normativa sugli enti commerciali.

Si costituiva in giudizio il Comune di Pescara che ribadiva la legittimità del proprio operato e chiedeva il rigetto del ricorso. Precisava che: – gli immobili oggetto di giudizio erano una palestra, dove si svolgevano attività a pagamento, ed uno stabilimento balneare che non avevano natura religiosa ma tipicamente commerciale.

La Commissione Tributaria Provinciale, con sentenza n. 675 del 7 giugno 2017, depositata il 29 giugno 2017, rigettava il ricorso. Osservava che: – la ricorrente aveva l'onere di dimostrare la sussistenza dei presupposti per godere dell'esenzione dal pagamento dell'imposta ma, nel ricorso, si era limitata a dedurre circa l'impossibilità in generale dei beni ecclesiastici di essere assoggettati al tributo, nulla precisando in ordine alla tipologia di immobili né alle attività in essi espletate; – la Cassazione aveva già precisato che l'esenzione spettava esclusivamente per gli immobili concretamente utilizzati per le attività di culto; – in sede di discussione la difesa dell'Ente aveva prodotto le autorizzazioni allo svolgimento dell'attività sanitaria concessa all'Istituto Don Orione ed una precedente sentenza emessa dalla CTP ma senza fornire alcuna prova concreta dell'attività espletata effettivamente negli immobili oggetto di causa.

Avverso detta decisione proponeva appello l'Ente ecclesiastico chiedendo la riforma della sentenza impugnata. Deduceva che: – la sentenza era errata nella parte in cui aveva ritenuto non provata la natura e l'uso degli immobili di proprietà dell'Ente; – gli immobili erano classificati quali B/1 e B/2 per cui, notoriamente, si trattava di casa di cura e convento; – detti dati erano riportati sullo stesso avviso di

accertamento; – in sede di discussione si era discusso dell'utilizzo degli immobili con produzione di tutta la documentazione relativa alle autorizzazioni allo svolgimento dell'attività sanitaria; – era stata prodotta anche sentenza della CTP del 2009 che aveva accolto il ricorso e, da allora, nulla era cambiato nell'uso degli immobili; – l'immobile indicato in catasto come B/1 era un convento, usato per le attività istituzionali religiose e di culto; quello indicato come B/2 veniva usato per l'esercizio dell'attività sanitaria in regime di convenzione con la P.A.; – l'immobile accatastato come D/8, per il quale l'ente era concessionario precario dell'area di proprietà del demanio, era usato come deposito di sdraio e ombrelloni usati nel periodo estivo da anziani e disabili dei vari centri Don Orione di tutta Italia; – per tale attività non veniva incassato alcun corrispettivo né il c.d. stabilimento balneare risultava aperto al pubblico. Ripercorreva tutta la normativa che disciplinava gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti e qualificati. ex lege, “non commerciali”.

Si costituiva in giudizio il Comune di Pescara chiedendo la conferma della sentenza di primo grado. Osservava che: – l'esenzione non spettava se l'immobile perdeva il carattere della strumentalità all'esercizio delle attività considerate oppure se usciva dalla sfera di disponibilità del soggetto; – non vi era connessione tra l'attività di culto e quella sanitaria; – le sentenze richiamate dall'appellante erano inconferenti; – l'UE aveva chiarito che anche le attività senza scopo di lucro potevano essere considerate imprese se si ponevano in concorrenza con le altre; – il diritto all'esenzione spettava esclusivamente agli enti non commerciali per immobili posseduti dall'ente utilizzatore ed utilizzati esclusivamente per lo svolgimento delle attività indicate dall'art. 7, e. 1, lett. i); – l'esenzione non poteva essere riconosciuta nel caso in cui nell'immobile, oltre all'attività istituzionale, fosse svolta anche altra attività, anche se non prevalente; – relativamente agli immobili oggetto di causa, il comprensorio Don Orione veniva destinato anche ad attività sportive per le quali si pagava un corrispettivo che faceva venir meno il requisito oggettivo dell'esclusiva destinazione alle attività religiose e di culto; – per le unità site in Via Primovere (stabilimento balneare), in base a quanto dichiarato dallo stesso appellante, non erano chiare le modalità di svolgimento delle attività assistenziali, previdenziali etc.

Questo Collegio ritiene di dover respingere l'appello del contribuente e confermare la decisione impugnata. Preliminarmente, va ricordato che in tema di ICL, l'esenzione dall'imposizione fiscale riconosciuta ai soggetti indicati nell'art. 7, comma primo, lett. i) del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 504, spetta a condizione che gli immobili stessi siano “destinati esclusivamente allo svolgimento di una delle attività contemplate dalla medesima norma, tra le quali, nel caso di enti ecclesiastici, quelle di religione e/o di culto, cioè 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 etc.

In base al dettato del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 504 cit., l'esenzione dall'imposta è subordinata sia al requisito oggettivo, rappresentato dallo svolgimento esclusivo nell'immobile di attività di assistenza o di altre attività equiparate, sia di un requisito soggettivo, costituito dallo svolgimento di tali attività da parte di un ente pubblico o privato che non abbia come oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali.

Quindi, il beneficio fiscale non spetta per quegli immobili che, pur appartenenti ad un ente ecclesiastico, siano concretamente ed oggettivamente destinati allo svolgimento di attività commerciali.

Chiaramente, mentre il requisito soggettivo risulta di facile valutazione, la sussistenza del requisito oggettivo – che in base ai principi generali è onere del contribuente dimostrare – non può essere desunto esclusivamente sulla base di documenti che attestino a priori il tipo di attività cui l’immobile è destinato, ma occorre invece verificare se tale attività, pur rientrando tra quelle esenti, sia svolta, in concreto, con le modalità di un’attività commerciale.

Infatti, *“l’esenzione è riconosciuta solo per gli immobili destinati in via esclusiva allo svolgimento di una attività di religione o di culto mentre non si applica per i fabbricati che, seppur di proprietà di enti ecclesiastici, vengono normalmente utilizzati per lo svolgimento di attività recettiva non rilevando in contrario né la destinazione degli utili eventualmente ricavati al perseguimento di fini sociali o religiosi, che costituisce un momento successivo alla loro produzione e non fa venire meno il carattere commerciale dell’attività, né il principio della libertà di svolgimento di attività commerciale da parte di un ente ecclesiastico”* (Cass. n. 12821 del 22 luglio 2017).

Ne consegue che il Giudice, chiamato a valutare l’assoggettabilità ad ICI di un immobile appartenente ad un ente ecclesiastico, deve concretamente e sulla base degli elementi di prova forniti dalla parte, valutare la “natura commerciale” sulla base delle modalità concrete di svolgimento delle attività suddette.

Ne consegue che, in base ai principi generali, resta onere del contribuente dimostrare l’esistenza in concreto dei requisiti di esenzione a mezzo della prova che le attività cui l’immobile è destinato non siano svolte con le modalità di attività commerciale (Cass. n. 4502 del 2012). La Cassazione, nella già citata sentenza n. 18821/2017 ha anche precisato che *“il requisito di un’attività commerciale corrisponde a un dato oggettivo, e va riferito a specifiche modalità di esercizio, tali, da un lato, da escludere gli elementi tipici dell’economia di mercato (quali il lucro soggettivo e la libera concorrenza,) e da affermare presenti, invece, dall’altro, le finalità solidaristiche insite nella “ratio” della fattispecie di esenzione. In questo senso la combinazione del requisito oggettivo e soggettivo comporta che le attività svolte negli immobili siano di fatto sottratte, anche in base al reimpiego dei proventi, alla logica pura di realizzazione del profitto che è propria del mercato, e siano svolte, quindi, per rispondere ai bisogni socialmente rilevanti non sempre suscettibili di essere soddisfatti dalle strutture pubbliche”*.

Inoltre, giova precisare che la Cassazione, con specifico riferimento all’attività di assistenza di pellegrini – equiparabile di fatto a quella di sostegno e assistenza a disabili ed anziani nel periodo estivo – ha escluso l’esenzione, stabilendo che: *“In tema di imposta comunale sugli immobili (ICI), l’esenzione di cui all’art. 7, comma 1, lett. i), del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 504, è prevista a condizione che gli immobili, appartenenti ai soggetti di cui all’art. 87 (ora 73), comma 1, lett. c), del d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917, siano destinati esclusivamente allo svolgimento di una delle attività ivi contemplate, tra le quali quelle indicate nel richiamato art. 16, lett. a), della legge 20 maggio 1985, n. 222 (attività di religione o di culto, cioè 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,) e, pertanto, non spetta in relazione ad un immobile, appartenente ad un ente religioso, destinato ad attività alberghiera o ad assistenza di pellegrini”* (Cass. n. 5041 del 2015, conf. n. 16722 del 2010, n. 23584 del 2011).

Nella fattispecie in esame, con riferimento alle censure del contribuente nell’odierno giudizio, va osservato che l’Ente si è limitato a produrre autorizzazioni all’esercizio di attività sanitaria concesse all’Istituto Don Orione e ad addurre argomentazioni prive di adeguato sostegno probatorio.

Infine, la sentenza del 2009 con cui era stato accolto il ricorso del contribuente non può essere considerato come giudicato esterno in quanto la vertenza non riguarda lo status non modificabile, bensì la situazione in concreto con il conseguente onere probatorio a carico del contribuente che permane annualmente secondo i vari periodi di imposta.

Pertanto, l'appello non può essere accolto.

Il contrasto originario ed il recente consolidamento della giurisprudenza di legittimità sull'argomento, giustifica la compensazione tra le parti delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Rigetta l'appello. Spese compensate.

Commissione tributaria regionale Lazio, Sez. XVI, 8 gennaio 2019, n. 16

ICI e IMU – Ente ecclesiastico – Immobile destinato alla comunità delle religiose – Esenzione – Compete – Svolgimento di attività didattica con modalità non commerciali – Rette pari al 40% dei costi totali – Esenzione – Compete.

Un immobile di ente ecclesiastico gode dell'esenzione dall'Ici e dall'Imu sia per la parte adibita a residenza delle suore, sia per la parte adibita a scuola paritaria qualora l'attività sia svolta con modalità non commerciali. È da considerarsi tale l'attività didattica svolta a fronte del pagamento di rette che coprono circa il 40% dei costi di gestione della scuola.

Svolgimento del processo

Con ricorso in appello depositato il 30 maggio 2018, il comune di Rieti ha appellato la sentenza numero 204/01/2017 della Commissione tributaria provinciale di Rieti con la quale era stato accolto solo parzialmente il ricorso dell'ente religioso provincia italiana della congregazione delle Suore Maestre Pie Venerini. Con tale sentenza la Commissione esentava dal tributo IMU per l'anno 2015, una parte dell'immobile, mentre dichiarava assoggettata ad IMU l'altra parte dell'immobile, adibita a scuola materna parificata. Si costituiva l'ente religioso e nelle proprie controdeduzioni con appello incidentale, insisteva per l'esenzione dall'IMU di tutto l'immobile, ivi compresa la parte destinata a scuola materna. Alla causa veniva attribuito il numero di RGA 4288/18. Con successivo ricorso in appello depositato il 18 luglio 2018, la provincia italiana delle congregazioni delle Suore Maestre Pie Venerini ha appellato la sentenza della commissione tributaria provinciale di Rieti con la quale era stato respinto il ricorso presentato avverso un avviso di accertamento TASI sempre per l'anno 2015, relativo allo stesso immobile di proprietà, sito in Rieti via XXXX. La contribuente chiedeva contestualmente la riunione della causa dalla stessa promossa, e cioè RGA 5714/18, con la precedente causa iniziata dal comune di Rieti RGA 4288/18.

La contribuente in tutti i propri scritti difensivi osserva che l'immobile oggetto di accertamento è destinato ad accogliere in parte una scuola materna paritaria e la restante parte accoglie una comunità di religiose. La Provincia afferma che in data 26/11/2014 ha inoltrato al Comune una comunicazione dichiarando per l'immobile oggetto di accertamento la sussistenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi per il riconoscimento dell'esenzione rispetto al tributo IMU e TASI con riguardo a tutto l'immobile. E questo nella ferma convinzione che, non solo la parte destinata alle comunità delle religiose, ma anche quella occupata dalla scuola materna, debba godere dell'agevolazione di cui all'articolo 7, lettera i, del decreto legislativo 504/92. Quanto sopra smentirebbe la dichiarazione del comune di Rieti secondo cui non

vi sarebbe stata alcuna comunicazione in tal senso. Secondo la sentenza impugnata (RGA 5714/18) tutte le religiose residenti nella struttura sarebbero dedite alla gestione della scuola, ma in realtà soltanto due religiose che compongono la comunità si dedicano a tempo parziale alla scuola, in quanto le altre religiose sono nate in un periodo tra il 1918 e il 1933, con un'età media evidentemente incompatibile con le prestazioni di attività nell'ambito scolastico. Trattasi dunque di una comunità di religiose completamente indipendente rispetto alla scuola materna che occupa una porzione dell'immobile oggetto di accertamento totalmente autonoma rispetto a quella occupata dall'adiacente attività scolastica. Pertanto sicuramente la porzione di immobile che accoglie la comunità delle religiose deve essere riconosciuta in esenzione rispetto all'IMU, in quanto detta presenza concretizza una delle previsioni di cui all'articolo 16, lettera a, nella legge 222/85, nel quale si legge che l'esenzione spetta a quegli immobili destinati alle attività di religione o di culto intese quali "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" principio affermato anche dalla Corte di Cassazione con sentenza numero 26657 del 18 dicembre 2009.

Secondo la Cassazione nel concetto di formazione del clero e dei religiosi è inserita altresì l'attività ricettiva prevista dall'articolo 7 comma 1 lettera i decreto legislativo 504 del 1992. In conformità a quanto previsto dal comma 1 dell'articolo 91 bis del d.l. 24 gennaio 2012 la lettera i dell'articolo 7 del decreto legislativo 504 del 1992, la TASI ha assunto il contenuto vigente in materia di IMU, ossia il riconoscimento dell'esenzione qualora le attività accolte nell'immobile tra cui quelle didattiche siano gestite da enti di natura non commerciale, con modalità non commerciali. L'articolo 4 del d.m. n 200 del 2012 precisa che lo svolgimento di dette attività si ritiene effettuato con modalità non commerciali se l'attività è svolta a titolo gratuito, ovvero dietro versamento di corrispettivi di importo simbolico, tali da coprire solamente una frazione del costo effettivo del servizio. I genitori degli alunni pagano una retta pari a euro 1220, la quale come importo complessivo corrisponde ad euro 84.309, 50 che non copre neppure il costo totale del personale dipendente pari ad euro 98.100, 99. Il consuntivo economico totale per l'anno di riferimento per la gestione della scuola è pari a euro 199.349, 42 e pertanto la somma di iscrizioni non copre neppure la metà del costo totale di gestione per il mantenimento della scuola, come da documentazione contabile prodotta. Trattasi pertanto di un contributo modesto e quindi simbolico rispetto al costo reale del servizio. La contribuente chiede pertanto la riforma delle sentenze di primo grado e la dichiarazione di esenzione rispetto alla IMU e alla TASI.

Il comune di Rieti al contrario sostiene che il frazionamento proposto il 21 ottobre 2016 non può certo "*ratione temporis*" essere ritenuto idoneo ad interferire circa l'imposizione tributaria nel periodo di imposta evidenziato. Rileva poi che la retta è sicuramente suscettibile di aumento nel caso di prolungamento della permanenza per le attività di studio pomeridiano, di somministrazione di vitto, ovvero nel caso di partecipazione ad attività complementari offerte dalla scuola. Tali attività sarebbero molteplici come risulta dalla documentazione prodotta relativa alla scuola WWW gestita dalla provincia italiana della congregazione XXX. Per di più rileva che la documentazione depositata presso l'agenzia del territorio con la variazione catastale comunicata ha effetto soltanto dal 24 novembre 2017. Prima di tale data la contribuente non ha mai presentato al comune di Rieti alcuna dichiarazione che potesse mettere in condizione l'ente locale di accertare i requisiti soggettivi e oggettivi. Per quanto concerne la gestione della scuola la stessa deve essere svolta con modalità non

commerciali in base all'intervento operato con i commi 1 e 4 dell'articolo 91 bis del d.l. 24 gennaio 2012. Anche se l'attività della scuola era gestita in perdita, si rileva che la Cassazione afferma che anche un imprenditore può operare in perdita e pertanto l'attività della scuola anche se in perdita, risultava attività commerciale. Ribadisce che l'applicazione dei precetti contenuti nell'articolo 91 bis del d.l. n. 1 del 2012 non possono trovare applicazione, in quanto l'ente religioso non ha mai prodotto una dichiarazione in tal senso prima dell'anno 2015 e cioè quello di imposizione tributaria. Insiste per il rigetto dell'appello della contribuente e per l'accoglimento del proprio, chiedendo pertanto la dichiarazione di assoggettamento ad IMU e TASI su tutto l'immobile.

Motivi della decisione

La commissione riunisce la causa RGA 5714/18 con la precedente RGA 4288/18, vista la connessione soggettiva ed altresì la connessione oggettiva trattandosi di due tributi complementari relativi allo stesso anno di imposta 2015. La Commissione poi ritiene di accogliere tutte le domande della contribuente, per le seguenti considerazioni. In primo luogo occorre osservare che, come risulta dall'allegato numero 4 prodotto dalla contribuente, la stessa ha inviato in data 26 novembre 2014, con protocollo di ricezione, una dichiarazione al Comune indicando la sussistenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi per il riconoscimento dell'esenzione rispetto al tributo con riguardo a tutto l'immobile. Non corrisponde pertanto a verità l'affermazione del Comune, riportata a pagina 13 delle controdeduzioni, secondo cui la contribuente non avrebbe mai presentato alcuna dichiarazione o comunicazione che potesse mettere in condizione l'ente locale di accertare i requisiti soggettivi ed oggettivi che avrebbero consentito di concedere il diritto all'esenzione dall'imposta. Non corrisponde neppure a verità quanto affermato dal Comune, a pagina 10 delle proprie controdeduzioni, secondo cui la scuola dell'infanzia paritaria di cui in oggetto offre ai propri alunni ulteriori servizi a pagamento. Infatti la scuola indicata dal Comune di cui si allega il volantino pubblicitario è la scuola WWW che ha sede in Oriolo Romano, come risulta dal volantino stesso, e pertanto nulla ha a che fare con la scuola di cui in oggetto che ha sede in Rieti, via jfff. Pertanto non offrendo altri particolari servizi la tassa di iscrizione per ogni alunno risulta soltanto quella di euro 1220, 00 annui, come affermato dalla contribuente e non contestato dalla controparte. Si rileva inoltre che tutta la parte dell'immobile destinata ad abitazione delle suore deve essere considerata esente dalle imposte in conformità a quanto previsto dall'articolo 7, lettera I, d.lgs. 504/92, previsto in materia di ICI, e riconfermato in materia di IMU dal comma 8, art. 9, d.lgs. 23/2011, e in materia di TASI dal terzo comma art.1, d.l. 16/2014, modificato dall'art. 91 bis del d.l. n. 1 del 24 gennaio 2012, secondo cui sono esenti dall'imposta gli immobili utilizzati dagli enti di natura non commerciale destinati allo svolgimento "....con modalità non commerciali di attività assistenziali, previdenziali, sanitarie, di ricerca scientifica, didattiche, ricettive, culturali, ricreative e sportive, nonché delle attività di cui all'articolo 16 lettera a della legge 20 maggio 1985 n. 222". Nella fattispecie una parte dell'immobile è destinato a ricezione e abitazione di personale religioso e per di più tale ultima norma (l. 222/85) fa riferimento agli immobili destinati all'esercizio del culto e alla cura delle anime, alla formazione dei religiosi e all'educazione cristiana.

Risulta poi circostanza pacifica che delle suore nate tra il 1918 e il 1933 hanno

un'età evidentemente incompatibile con le prestazioni di attività in ambito scolastico, e conseguentemente le stesse, tranne due di età più giovane, non sono sicuramente in grado di svolgere attività didattiche. Per quanto poi concerne l'attività di scuola paritaria si osserva che la medesima è gestita con modalità non commerciali, in conformità a quanto previsto dall'articolo 4 del decreto ministeriale n. 200 del 2012. Tale decreto prevede l'esenzione dall'imposta quando l'attività è svolta a titolo gratuito ovvero dietro versamento di corrispettivi di importo simbolico e tali da coprire solamente una frazione del costo effettivo del servizio. In proposito la contribuente ha prodotto documentazione contabile, non contestata da controparte, secondo cui la somma totale corrisposta a titolo di iscrizione e retta è pari a euro 84.309,50 annue, e pertanto tale somma non copre neppure il costo per il personale dipendente pari ad euro 98.125,99. La somma totale per la gestione della scuola risulta pari ad euro 199.349,42 e pertanto la somma a titolo di iscrizione e retta è una frazione pari a circa il 40% di tutto il costo del servizio. L'attività pertanto deve essere considerata svolta con modalità non commerciali. Di nessun pregio poi è l'affermazione del Comune secondo cui la gestione, anche se effettuata in perdita, può essere considerata di tipo commercial. È vero che un imprenditore può lavorare anche in perdita, ma nel caso di specie, considerato che gli introiti della scuola sono sempre fissi, e pari a circa il 40% delle spese totali, e quanto sopra per ogni anno, l'attività non può essere certo considerata di tipo commerciale, in quanto vi è l'impossibilità anche teorica di procurare utili, come al contrario può succedere per un imprenditore, che anche per una annualità può lavorare in perdita, ma sempre con una possibilità almeno teorica di ottenere dei profitti. Le domande della contribuente vengono pertanto accolte e in considerazione della particolarità della materia, relativa alla tassazione degli enti ecclesiastici, appare equa la compensazione delle spese.

P.Q.M.

la Commissione accoglie l'appello incidentale della contribuente nella causa 4288/18 e accoglie l'appello principale della stessa nella causa 5714/18 e compensa le spese.

Commissione tributaria regionale Umbria, Sez. I, 10 dicembre 2018, n. 475

IRES – Ente ecclesiastico – Attività diverse da quelle di religione o di culto – Riduzione aliquota al 50 % – Non compete.

Un ente ecclesiastico gode dell'agevolazione tributaria, di cui all'art. 6, comma primo, lettera c del d.p.r. n. 601 del 1973, consistente nella riduzione al 50 % dell'imponibile ai fini IRES, per la sola parte del reddito prodotta nell'ambito dello svolgimento delle attività istituzionali con fine di religione o di culto.

Svolgimento del processo

Con sentenza n. 629/2016 del 26 ottobre 2016 la Sez. I della Commissione Tributaria Provinciale di Perugia accoglieva il ricorso dell'xxxxx con sede in Perugia, avverso l'avviso di accertamento n. xxxxx per l'anno d'imposta 2011 di recupero a tassazione di maggiori redditi diversi derivanti dalle plusvalenze realizzate da cessioni di terreni edificabili e il 50% dell'aliquota IRES su tutto il reddito imponibile (dichiarato e accertato) dato che l'Ente, avvalendosi dell'agevolazione prevista dall'art. 6, co. I, lett. c) del d.p.r. n. 601/73, aveva assoggettato il reddito imponibile ad aliquota IRES ridotta al 50%.

Ha proposto appello avverso tale sentenza l'Agenzia delle Entrate la quale, con doviziosi richiami normativi e giurisprudenziali ha chiesto l'accoglimento del gravame, posto che, nello specifico dell'attività in questione, l'Ente ecclesiastico non esercitava attività rientrante in quella istituzionale di culto e cura delle anime, bensì attività puramente commerciale al pari di qualunque privato cittadino che, per ciò solo, meritava di essere assoggettata all'ordinaria tassazione. Nello specifico, l'attività cui si fa riferimento – sinteticamente riconducibile ad una imponente attività di gestione e manutenzione dei terreni e fabbricati di cui l'ente è proprietario – si sostanziava in gestione dei proventi da locazioni e vendite di immobili, nell'organizzazione di mezzi e persone addette a tale attività, affitto di locali a studenti, studi professionali e posti macchina; appartamenti vacanze e residenze per anziani, acquisto di un locale nel centro storico destinato a ristorante-pizzeria. Solo per citarne alcuni. In una parola attività prettamente commerciale, non già istituzionale di cura e sostentamento del clero, quantomeno in via immediata e diretta, come vuole la normativa e, a seguire, la giurisprudenza in merito. Ha controdedotto l'Istituto a mezzo patrocinio dell'avv. Cipolla che ha chiesto, dopo aver confutato puntualmente tutte le doglianze dell'appellante, in via principale, di dichiarare inammissibile e comunque di respingere l'appello proposto dall'ufficio finanziario, confermando tutti i capi della sentenza di prime cure; in via subordinata di dichiarare non dovute le sanzioni amministrative irrogate; in via ulteriormente gradata, di ridurre le sanzioni amministrative irrogate in applicazione dello jus superveniens. La causa è stata trattenuta in decisione.

Diritto

L'appello deve ritenersi fondato. Per dirimere l'odierno contenzioso, consistente nella spettanza ad un istituto religioso – nello specifico, l'xxxxx dell'aliquota agevolata del 50% prevista ai fini IRES dall'art. 6, co. 1, lett. c) del d.p.r. n. 601/1973, bisogna valutare la sussistenza degli elementi legittimanti di carattere sia soggettivo che oggettivo. Ciò significa che l'ente ecclesiastico interessato, oltre a presentare la natura tipica, deve anche svolgere l'attività di cui si discute, come effettivamente rientrante tra quelle di culto e di religione. Affinché si possa riconoscere la pretesa agevolazione, allora, devono sussistere entrambe le condizioni. In tal senso la giurisprudenza prevalente, ma soprattutto maggiormente recente (*ex plurimis*, Cass. ord. n. 25586 del 13 dicembre 2016). E, nel caso odierno, seppur l'aspetto soggettivo non sia revocabile in dubbio, atteso che esso notoriamente come scopo principale persegue il sostentamento del clero, a deficere è quello oggettivo, configurandosi quale attività prettamente commerciale per la quale non può valere la riduzione agevolata che, invece l'Istituto risulta essersi applicato, nella convinzione di avervi diritto. Detto ente, infatti, nell'esercizio dei propri ed incompressibili diritti di proprietario di immobili, ha esercitato una chiara attività di amministrazione e gestione del complesso immobiliare di pertinenza, costituita dalla locazione dei fabbricati, affitto di terreni, nonché dagli interessi per dilazioni di pagamento delle vendite immobiliari. Ciò assimila l'attività commerciale esercitata allo scopo di lucro che non realizza, almeno immediatamente, il fine di culto e di religione propri dell'ente che soggettivamente gli riconosce l'agevolazione fiscale de qua. Quindi, in applicazione dell'Accordo del 18 febbraio 1984 tra la Santa Sede e lo Stato Italiano (art. 7, punto 3) secondo il quale “le attività diverse da quelle di religione e di culto svolte dagli enti ecclesiastici, sono soggette alle leggi dello Stato ed al regime tributario previsto per le medesime”, deve ritenersi legittimo l'impugnato avviso di accertamento con il quale sono stati recuperati a tassazione maggiori redditi diversi derivanti dalle plusvalenze realizzate da cessioni di terreni edificabili e il 50% dell'aliquota IRES su tutto il reddito imponibile che l'Ente ha assoggettato ad aliquota così ridotta in applicazione dell'art. 6, co. 1, lett. c) del d.p.r. n. 601/73. Una tale attività non può non ritenersi ricompresa tra quelle pienamente commerciali ed avulse dal fine, propriamente, di cura delle anime e del sostentamento dei religiosi.

Non soltanto il legislatore, ma anche la giurisprudenza (già nel lontano 1995, la Cassazione con sentenza n. 1633/1995), ha convenuto che l'attività degli enti che non si limiti al procacciamento di mezzi economici occorrenti per lo svolgimento dell'attività di religione o di culto, deve essere classificata come “attività diversa” soggetta all'ordinaria tassazione. Ancora recentemente la Suprema Corte ha ribadito il concetto con ordinanza n. 25586 del 13 dicembre 2016 dichiarando che la riduzione al 50% dell'aliquota IRES, dalla legge prevista in favore degli Enti ecclesiastici, richiede non soltanto il criterio meramente soggettivo, quale la qualifica dell'ente, ma anche il requisito oggettivo della natura dell'attività svolta in concreto dall'ente medesimo. E, l'eccezione sollevata dall'ente interessato – peraltro, accolta con eccessiva enfasi dalla sentenza di prime cure – deve ritenersi non meritevole di accoglimento, atteso che nessuna duplicazione di imposizione è ravvisabile in presenza di differente tributo, posto che nel presente caso si verte in materia di IRES, mentre con riferimento ai singoli sacerdoti che sarebbero tassati “a valle”, di pagamento dell'IRPEF.

Omissis...

P.Q.M.

La Commissione accoglie il ricorso e condanna parte soccombente al pagamento delle spese in favore dell'appellante nella misura di euro 2.500.

Commissione tributaria regionale Umbria, Sez. I, 24 ottobre 2018, n. 397

Immobile adibito al culto pubblico – Caratteristiche oggettive dell’immobile non specifiche del luogo di culto – Accatastamento in categoria A/10 (uffici) – Legittimo.

È legittimo l'accertamento catastale che classifichi in categoria A/10 (uffici) e non in categoria E/7 (immobili destinati all'esercizio pubblico del culto) un immobile destinato al culto pubblico, ma privo di caratteristiche intrinseche, specifiche e univoche, che lo possano caratterizzare come luogo di culto.

Svolgimento del processo

La presente controversia ha per oggetto l'avviso di accertamento in epigrafe emesso dalla Agenzia del Territorio di Perugia nei confronti della xxxxx, relativo alla nuova determinazione di classamento e rendita catastale di un immobile sito ivi in xxxxx, con l'attribuzione della categoria A/10 (Uffici) in luogo della categoria E/7 (luogo di culto), indicata dalla contribuente con DOCFA del 23 gennaio 2015.

L'Associazione ha presentato ricorso alla Commissione Tributaria Provinciale di Perugia. Ha chiesto l'annullamento del citato avviso di accertamento per: 1) assoluta carenza di motivazione; 2) difetto di sottoscrizione del soggetto delegato alla firma dell'atto, nonché carenza di potere dirigenziale del Direttore Provinciale dell'Agenzia del Territorio; 3) errato classamento, poiché l'immobile è destinato al culto; 4) violazione degli artt. 3, 19, 20 Cost. e 9, 11, 14 della CEDU. Ha prodotto documentazione, anche fotografica.

L'Agenzia delle entrate si è costituita in giudizio depositando controdeduzioni, contestando la fondatezza di quanto richiesto dalla ricorrente. Ha concluso per il rigetto. La ricorrente ha depositato poi una memoria.

La Commissione Tributaria Provinciale di Perugia, con sentenza n. 285/17, depositata il 17 maggio 2017, ha accolto il ricorso ritenendo illegittima la attribuzione della categoria A/10, perché l'atto di accertamento non ha tenuto in considerazione il fatto che l'immobile fosse destinato al culto, come emerge da quanto dichiarato nella variazione DOCFA del 12 giugno 2015.

L'Ufficio ha proposto appello e ha censurato la sentenza della Commissione Provinciale, deducendo che i lavori effettuati nell'immobile (installazione di un palco, di file di sedie, di un impianto acustico e ristrutturazione dei bagni) non sono idonei a caratterizzarlo di per sé come luogo di culto alla luce delle norme ritenute applicabili (artt. 6 e 8 del d.p.r. 1142/49, la Massima 59 della Circolare n. 134/1941 del Ministero delle Finanze). Ha chiesto pertanto di riformare la sentenza emessa dai Giudici di prime cure e di confermare l'atto amministrativo impugnato.

L'Associazione contribuente si è costituita in appello. Ha eccepito la inammissi-

bilità del gravame di controparte per difetto di specificità dei motivi e ha concluso in senso adesivo alla sentenza impugnata, sviluppando ulteriormente le argomentazioni a sostegno di quanto deciso dai primi giudici.

Motivi della decisione.

Preliminarmente, la Commissione osserva che l'appello è ammissibile, in quanto diretto inequivocabilmente avverso la sentenza della Commissione Tributaria Provinciale di Perugia, della quale censura la motivazione con specifiche argomentazioni. L'appello merita accoglimento. La decisione di primo grado deve essere perciò riformata, con conferma dell'avviso di accertamento impugnato.

Le parti concordano in punto di fatto sulla descrizione dell'immobile, come risulta dalla documentazione amministrativa e fotografica versata in atti. È pacifico e incontestato altresì che il locale sia utilizzato per le riunioni religiose della xxxxx. In questo senso, un ulteriore sopralluogo da parte dell'Agenzia – la cui mancanza è stata censurata dalla contribuente – è superfluo, posto che lo stesso Ufficio ha preso atto senza contestazioni di quanto dichiarato dalla contribuente circa lo stato materiale dei luoghi: con la conseguenza che l'operato dell'Agenzia in proposito è del tutto legittimo.

La questione sottoposta al vaglio di questo Giudice è di puro diritto. L'Amministrazione contesta, sulla base della denunciata violazione di una serie di norme, la corrispondenza a diritto dell'affermazione che all'edificio destinato al culto non debba attribuirsi alcuna rendita catastale, a quest'ultimo essendo riconosciuta dalla legge una esenzione dall'imposizione. Il motivo è fondato ed ha valore assorbente. Infatti non sussiste alcuna relazione tra rendita catastale attribuita ed esenzione dall'imposizione riconosciuta ad un edificio per la sua specifica destinazione d'uso, in quanto, come la Corte di Cassazione ha avuto modo di chiarire, la rendita catastale non costituisce un'imposta né un presupposto d'imposta (v. Cass. n. 13319 del 2006; n. 3354 del 2015; n. 20537 del 12 ottobre 2016). Correttamente l'Ufficio ha fatto applicazione dell'art. 6 del d.p.r. 1141/49, tenendo giusto conto delle caratteristiche intrinseche che determinano la destinazione ordinaria e permanente della unità immobiliare.

L'art. 8 del D.P.R. 1141/49 statuisce che: *“Parimenti non si classificano le unità immobiliari che, per la singolarità delle loro caratteristiche, non siano raggruppabili in classi, quali ... fabbricati destinati all'esercizio pubblico del culto...”*. La Massima 59 della Circolare n. 134/1941 del Ministero delle Finanze in tema di “accertamento di locali di proprietà di privati adibiti all'esercizio pubblico dei culti”, che essi sono assoggettati alla categoria E/7 solo *“quando hanno le caratteristiche proprie all'uso specifico cui sono destinati”* (comma 1), mentre *“si assegnano invece alla categoria che ad essi compete per le loro caratteristiche costruttive e per il loro uso appropriato quelli di tali locali che sono adibiti all'esercizio pubblico dei culti senza particolari adattamenti o trasformazioni, anche se sono dati in uso gratuito”*.

Nel caso che ci occupa, la sentenza di primo grado è erronea, poichè non considera che l'atto di accertamento è congruamente motivato nell'attribuire all'immobile la categoria A/10 in luogo della E/7, in quanto esso è privo di caratteristiche intrinseche, specifiche e univoche che lo possano caratterizzare per sua natura come luogo di culto. Invero, la installazione di un palco, di file di sedie e di un impianto acustico costituisce una modifica di natura non essenziale e permanente ai fini della attribuzione della categoria catastale, così come la ristrutturazione dei bagni. A nulla pertanto rileva la dichiarazione della Associazione contribuente relativa all'attività di natura religiosa che viene praticata nel locale, allorchè questo sia privo di conno-

tazioni specifiche e caratteristiche che lo contraddistinguano univocamente come luogo di culto.

Occorre valutare infine gli ulteriori motivi di censura all'atto amministrativo impugnato, introdotti con il ricorso di primo grado. Essi sono infondati.

I – Sono infondate le censure relative sia al difetto di sottoscrizione del soggetto delegato alla firma dell'atto, sia alla carenza di potere dirigenziale del Direttore Provinciale dell'Agenzia del Territorio. L'Agenzia del Territorio ha prodotto documentazione idonea a contrastare le eccezioni della contribuente: la delega di firma del Direttore Provinciale alla funzionaria di ruolo xxxxx (disposizione di servizio 10/2016) e l'atto di inquadramento in ruolo della Dr.ssa xxxxx quale vincitrice di concorso pubblico per dirigente di seconda fascia.

II – Circa la motivazione dell'atto di classamento, che non è un atto di imposizione fiscale, questo trova riferimento, ai fini della propria sufficienza, nella peculiare normativa in esso citata, puntualmente richiamata dall'Ufficio e nella indicazione degli estremi dell'immobile. In tal senso, milita anche la più recente e maggioritaria giurisprudenza di legittimità. Si evidenzia dunque la correttezza del procedimento decisionale e la congruità della motivazione dell'atto di accertamento. Nello specifico, circa la censura della contribuente relativa alla attribuzione della nuova categoria catastale e della relativa rendita, si osserva che essa è stata eseguita attraverso il raffronto con altri due immobili di categoria A/10 sulla base di metodologia comparativa, come indicato nella motivazione dell'atto impugnato. Sono state debitamente tenute in conto le caratteristiche edilizie dei fabbricati – sia quello oggetto di causa, che quelli presi a comparazione (“trattasi di porzione immobiliare all'interno di un condominio”) – circostanze che, in concreto, hanno inciso sulla attribuzione della diversa categoria catastale. In conclusione, l'atto di accertamento è adeguatamente motivato ed immune da vizi.

Non si ravvisa poi alcuna violazione delle norme costituzionali e convenzionali richiamate, in quanto l'esercizio del culto dei xxxxx non è in alcun modo precluso o discriminato, essendo pienamente garantita la libertà religiosa, sulla quale non incide l'atto impugnato.

Spese compensate, in ragione della particolarità del procedimento catastale che ha interessato l'immobile oggetto di causa, nonché per la singolarità della questione giuridica.

P.Q.M.

accoglie l'appello dell'Ufficio e, per l'effetto, conferma l'avviso di accertamento impugnato. Spese compensate.

Cassazione civile, Sez. VI, 19 dicembre 2018, ordinanza n. 32789

Tarsu – Enti ecclesiastici – Immobile adibito a sede di seminario – Esenzione – Non spetta.

In tema di tassa per la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani (Tarsu), non è esentato dall'imposizione l'immobile adibito a sede di un seminario, atteso che l'art. 16 della l. n. 222 del 1985 (cd. Trattato lateranense), nell'equiparare l'attività di formazione del clero a quella di culto e religione, indicando gli immobili esentati da tributi ordinari e straordinari, pone una norma programmatica, che postula una disposizione di attuazione specifica mancante con riferimento alla tassa anzidetta.

(Omissis...)

Ragioni della decisione

La Corte, costituito il contraddittorio camerale ai sensi dell'art. 380 bis c.p.c., come integralmente sostituito dal comma 1, lett. e), dell'art. 1 – bis del di. n. 168/2016, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 197/2016, osserva quanto segue: con sentenza n. 20/2/2017, depositata il 20 gennaio 2017, notificata il 28 febbraio 2017, la Commissione tributaria regionale della Calabria rigettò l'appello proposto dalla concessionaria del servizio di accertamento e riscossione dei tributi comunali (di seguito società) nei confronti del Seminario Arcivescovile (Seminario) avverso la sentenza di primo grado resa tra le parti dalla CTP di Cosenza, che aveva accolto il ricorso proposto dall'ente ecclesiastico avverso avviso di accertamento per Tarsu relativo agli anni dal 2007 al 2011.

Avverso la pronuncia della CTR la società ha proposto ricorso per cassazione, affidato a tre motivi. Il Seminario resiste con controricorso.

1. – Con il primo motivo la ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione degli art. 62, commi 1 e 2 e 65, comma 1, del D.lgs. n. 507/1993, dell'art. 16 della L. n. 222/1985, dell'art. 10 del Regolamento Tarsu del Comune, nonché dell'art. 324 c.p.c. e dell'art. 2909 c.c., in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c.

La ricorrente lamenta la violazione e/o falsa applicazione delle succitate norme di diritto, avendo la pronuncia impugnata ritenuto che l'esenzione del Seminario dal pagamento della Tarsu dovesse essere affermata per gli anni 2010 e 2011, così come la stessa CTR della Calabria, con sentenza n. 873/1/2015, peraltro oggetto di ricorso per cassazione, l'aveva riconosciuta in relazione all'anno 2006, sulla base del disposto dell'art. 10, comma 1, lett. b) del regolamento comunale in relazione all'art. 16 della l. n. 20 maggio 1985, n. 222, che equipara la formazione del clero ad attività di culto e religione. Né il fatto che lo stesso ente impositore, con provvedimento in data 28 giugno 2016 in sede di riesame di atti in autotutela, aveva disposto lo sgravio della cartella di pagamento emessa per Tarsu relativa all'anno 2012, assicurando lo sgravio anche per gli anni successivi e la cancellazione dei ruoli con decorrenza dal primo gennaio 2016, poteva intendersi come rinuncia far valere la propria pretesa impositiva per le annualità in oggetto.

2. – Con il secondo motivo la ricorrente denuncia nullità della sentenza e/o del procedimento per violazione dell'art. 111 Cost., degli art. 112 e 115 c.p.c. e dell'art. 36 del d. lgs. n. 546/1992, degli art. 62, commi 1 e 2 e 65, comma 1, del d. lgs. n. 507/1993, dell'art. 16 della l. n. 222/1985, dell'art. 10 del Regolamento Tarsu del Comune, nonché dell'art. 324 c.p.c. e dell'art. 2909 c.c., in relazione all'art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c., per avere la pronuncia impugnata omesso di pronunciare in ordine alla tassabilità degli immobili di cui all'avviso di accertamento impugnato, con riferimento alle annualità 2007, 2008 e 2009, anch'esse oggetto di contestazione con l'atto impositivo impugnato.

3. – Con il terzo motivo, infine, la ricorrente lamenta violazione e falsa applicazione dell'art. 115 c.p.c., 65, commi 1 e 2 e 70 del d. lgs. n. 507/1993, dell'art. 16 della l. n. 222/1985, nonché dell'art. 10 del Regolamento Tarsu del Comune e dell'art. 324 c.p.c., degli art. 2697 e dell'art. 2909 c.c., in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., nella parte in cui la sentenza impugnata ha ritenuto giustificata l'esenzione per gli anni 2010 e 2011 in relazione alla succitata pronuncia della CTR della Calabria n. 873/1/2015 riferita ad altra annualità e non passata in giudicato ed in forza del succitato provvedimento di sgravio del Comune riferito pure a diversa annualità, omettendo di rilevare che l'atto impositivo aveva determinato le superfici tassabili distinguendo tra aree effettivamente destinate al culto e superfici destinati agli ordinari servizi per i convittori.

4. – Il primo ed il terzo motivo, tra loro strettamente connessi, possono essere esaminati congiuntamente.

4.1. – Essi sono manifestamente fondati. Questa Corte (cfr. Cass. sez. 6-5, ord. 21 giugno 2017, n. 15407) ha cassato la succitata sentenza della CTR della Calabria n. 873/1/2015, alla quale, in pendenza del ricorso per cassazione, non poteva certo essere riconosciuta autorità ed efficacia di giudicato esterno riguardo alle annualità oggetto di contestazione nel presente giudizio.

Fermo restando che, peraltro, il provvedimento di sgravio del Comune al quale ha fatto riferimento la sentenza in questa sede impugnata è riferito a diversa annualità, non può qui che ribadirsi quanto già osservato nella succitata ordinanza n. 15407/17 resa *inter partes* riguardo al fatto che «L'interpretazione, fatta propria dalla CTR, che ipotizza quale sostrato normativo idoneo a giustificare l'esenzione la norma regolamentare Tarsu del Comune (10, comma 1, lett. b), che decreta l'esenzione da Tarsu dei locali destinati al culto, quale attuazione in materia dell'art. 16 della l. n. 222/1985, compie dunque un vero e proprio salto logico nell'estendere al possesso di un fabbricato idoneo a produrre rifiuti, giusta il generale principio posto dall'art. 62, comma 2, del D.lgs. n. 507/1993, l'esenzione indiscriminata dal tributo sulla base di un'equiparazione, da parte del menzionato art. 16 della l. n. 222/1985, ai soli effetti delle leggi civili, alle "attività" di religione e di culto, di quelle, per quanto qui interessa, dirette alla formazione del clero».

5. – Ugualmente è fondato il secondo motivo. Sussiste, infatti, il denunciato vizio di omessa pronuncia, riguardo al quale la Corte è giudice del fatto del dedotto vizio di attività del giudice (cfr., tra le molte, Cass. sez. 1, 30 luglio 2015, n. 16164; Cass. sez. lav. 21 aprile 2016, n. 8069), atteso che indipendentemente dalla sufficienza e/o logicità della motivazione adottata al riguardo, la CTR ha del tutto omesso di pronunciare sulla debenza o meno del tributo in relazione a tre (anni 2007, 2008 e 2009) delle cinque annualità oggetto di accertamento.

6. – Il ricorso va pertanto accolto e la sentenza impugnata cassata con rinvio alla CTR della Calabria in diversa composizione, che si uniformerà al principio di diritto

secondo cui “In tema di tassa per la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani (Tarsu), non è esentato dall'imposizione l'immobile adibito a sede di un seminario, atteso che l'art. 16 della l. n. 222 del 1985 (cd. Trattato lateranense), nell'equiparare l'attività di formazione del clero a quella di culto e religione, indicando gli immobili esentati da tributi ordinari e straordinari, pone una norma programmatica, che postula una disposizione di attuazione specifica mancante con riferimento alla tassa anzidetta”.

6.1. – Il giudice di merito in sede di rinvio dovrà quindi distinguere tra le aree specificamente destinate al culto, esenti da tassazione, e quelle destinate ad alloggi e servizi per i seminaristi, soggetti a tassazione.

7. – Il giudice di rinvio provvederà anche in ordine alle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Commissione tributaria regionale della Calabria in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Tributi locali e Trattato del Laterano. Il valore programmatico delle esenzioni tributarie.

GIUSEPPE RIVETTI

1. Premessa

L'eterogeneità delle attività svolte negli immobili di proprietà degli enti ecclesiastici solleva questioni di grande rilevanza sistematica, in quanto sottende delicati profili interordinamentali. Non a caso le corrispondenti applicazioni giuridiche oscillano tra assoggettamento al diritto comune e riconoscimento di aree di specialità, in rapporto alla originaria appartenenza confessionale¹.

In tale contesto, appare opportuno inquadrare la recente questione in vaglio della Corte di Cassazione² che ha accolto il ricorso di una società concessionaria del servizio di accertamento e riscossione dei tributi, per violazione e falsa applicazione del regime delle esenzioni in materia di Tarsu, di unità immobiliari di proprietà di un ente ecclesiastico, destinate allo svolgimento di attività seminariali (Cass. sez. 6,

¹ Nell'attuale sistema di rapporti tributari tra Stato e Chiesa cattolica, le soluzioni giuridiche si fondano sul corretto e coerente coordinamento della normativa di riferimento degli enti in esame (di derivazione concordataria) con specifiche disposizioni statuali. Sulle tematiche economiche, ADRIANO DI PIETRO, *Profili finanziari e tributari del nuovo Concordato*, in AA.VV., *Il Codice di Diritto canonico e il nuovo Concordato vent'anni dopo*, Minerva edizioni, Bologna, 2006, vol. I, 215-228. Tra i primi interventi sistematici, successivi l'Accordo del 1984, v. PAOLO PICOZZA, *L'ente ecclesiastico civilmente riconosciuto*, Giuffrè, Milano, 1992; PIETRO SELICATO, *Enti religiosi. Profili civilistici e tributari*, ed. Pirola, Milano, 1992.

² Per un corretto inquadramento delle differenti questioni giuridiche, appare utile evidenziare come la complessa e articolata problematica origini dal rigetto dell'appello (sentenza n. 20/2/2017, depositata il 20 gennaio 2017) della sentenza di primo grado della CTP che aveva accolto il ricorso proposto dall'ente ecclesiastico avverso l'avviso di accertamento (*Tarsu*) relativo agli anni dal 2007 al 2011, proposto da una concessionaria del servizio di accertamento e riscossione dei tributi, nei confronti di un Seminario Arcivescovile.

³ Nel giudizio che ha dato origine alla pronuncia in esame era stata dedotta la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 62 e 65 del D.lgs. n. 507/1993 e D.lgs. n. 507, 15 novembre 1993, recante Revisione ed armonizzazione dell'imposta comunale sulla pubblicità e del diritto sulle pubbliche affissioni, della tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche dei comuni e delle province nonché della tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani a norma dell'articolo 4 della legge 23 ottobre 1992, n. 421, concernente il riordino della finanza territoriale, in combinato disposto con l'art. 10 del corrispondente Regolamento comunale in materia Tarsu e con l'art.16 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*. V. *infra*, par. 3.

ord. n. 32789, 19 dicembre 2018)³.

In proposito, i giudici di legittimità hanno espresso il principio di diritto secondo cui: *“in tema di tassa per la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani (Tarsu), non è esentato dall'imposizione l'immobile adibito a sede di un Seminario, atteso che l'art. 16 della l. n. 222 del 1985 (cd. Trattato lateranense), nell'equiparare l'attività di formazione del clero a quella di culto e religione, indicando gli immobili esentati da tributi ordinari e straordinari, pone una norma programmatica, che postula una disposizione di attuazione specifica mancante con riferimento alla tassa anzidetta”*⁴.

Il collegamento, poi, tra fatto e diritto ha condotto la Corte a ritenere come la CTR abbia realizzato un vero e proprio «salto logico» nell'estendere al possesso di un fabbricato idoneo a produrre rifiuti l'esenzione indiscriminata dal tributo, sulla base di una diretta equiparazione alle attività di religione e di culto.

2. Enti ecclesiastici ed esenzioni tributarie alla luce della recente pronuncia della Cassazione

Per risolvere la complessa questione la Corte ha, quindi, ricondotto le disposizioni concordatarie di esenzione nell'ambito della categoria delle «norme programmatiche» che, come noto, non sono di immediata applicazione⁵.

Si tratta, infatti, di disposizioni che per loro natura indicano obiettivi o principi generali, riservando alla successiva attività del legislatore la completa determinazione dell'ambito applicativo.

Con riferimento all'imposta in esame, i giudici rilevano come tale attuazione, sul piano giuridico, non sia stata realizzata⁶. Pertanto, in assenza di una specifica legge

³ Nello specifico, si fa riferimento ai seguenti disposti normativi: art. 115 c.p.c.; art. 65, commi 1 e 2 e art. 70, D.lgs. n. 507/1993; art. 16, legge n. 222/1985; art. 10, Regolamento Tarsu del Comune; infine, agli artt. 24 c.p.c., 2697 c.c. e 2909 c.c., in relazione all'art. 360, comma 1, nn. 3 e 4, c.p.c.), in quanto la sentenza di secondo grado stabiliva l'esenzione, a favore dell'ente ecclesiastico, dal pagamento della Tarsu per gli anni 2010 e 2011. Sul tema, GIUSEPPE RIVETTI, *Enti ecclesiastici e regime delle esenzioni tributarie nell'evoluzione della recente giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in Riv. Dir. Trib., 2019, 1-8.

⁴ Cfr. Cass., sez. 6, 19 dicembre 2018, ord. n. 32789.

⁵ Nell'ordinanza si sovrappone l'art. 16 della citata legge n. 222 del 1985 con l'art. 16 del Trattato del Laterano. Evidente la volontà dei giudici di richiamarsi al precedente e più articolato orientamento giurisprudenziale (Cass. sent. n. 4027 del 14 marzo 2012), seppur non espressamente citato.

⁶ Al riguardo, la Corte di Cassazione ha accolto il ricorso proposto dal Comune di Roma, sulla base di una non corretta applicazione degli artt. 62, 68 e 73, D.lgs. n. 507 del 1993, in combinato disposto con gli artt. 3 e 4, comma 4, del corrispondente Regolamento comunale (adottato con delibera n. 143 del 2001). In particolare, per non aver il giudice di merito correttamente interpretato l'art. 16 del Trattato lateranense, facendone derivare, *tout court*, una esenzione in materia di Tarsu, non prevista nel nostro ordinamento giuridico.

⁶ Cfr. Cass. n. 4027/2012, cit. “...convalidando l'ipotesi che l'esenzione di cui trattasi concerne, ed è ragionevole che concerna, esclusivamente le imposte che gravano sui redditi degli immobili” per le quali, invece, sul piano normativo, sono stati realizzati specifici interventi: *imposta sui redditi* (art. 2, D.P.R. n. 601 del 1973); *dichiarazione e accertamento catastale* (art. 38, D.P.R. n. 1142 del 1949) e *imposta comunale sugli immobili* (D.lgs. n. 504 del 1992 e succ. mod.) In materia di agevolazioni tributarie (Ici), v. Cass., 20 luglio 2016, n. 14912; Cass., 8 luglio 2015, n. 14225; Cass., 8 luglio 2015,

statale, non può essere sufficiente ai fini dell'esenzione dalla «tassa dei rifiuti», la condizione soggettiva considerata nella richiamata (e sotto questo profilo inattuata) norma del Trattato lateranense⁷. Per altro verso, è stata rilevata una carenza riconducibile all'inerzia bilaterale di Stato e Chiesa cattolica che avrebbero dovuto trasferire le disposizioni del Trattato⁸ in puntuali norme di esenzione⁹.

Appare evidente come tutto non sia così semplice, perché bisogna tener presente da una parte, il legittimo affidamento della Chiesa cattolica rispetto a una disposizione di rango internazionale come il Trattato¹⁰; dall'altra, l'attività del legislatore statale obbligato a predisporre normative non in contrasto con principi di effettività e non discriminazione, nell'ambito di uno *scenario giuridico che non è più quello degli anni Trenta, ma per certi versi più confuso*.

3. Carenza dei requisiti soggettivi e oggettivi per il riconoscimento dell'esenzione Tarsu

Lo sviluppo della problematica induce i giudici a sottolineare come “l'interpretazione, fatta propria dalla CTR (...) compie un vero e proprio salto logico nell'estendere al possesso di un fabbricato idoneo a produrre rifiuti, l'esenzione indiscriminata dal tributo sulla base di un'equiparazione, da parte del menzionato art. 16 della l. n. 222/1985, ai soli effetti delle leggi civili, alle attività di religione e di culto, di quelle dirette alla formazione del clero”¹¹.

n. 14226; Cass., 29 aprile 2015, n. 8649; Cass., 13 febbraio 2013, n. 3591; Cass., 12 febbraio 2013, n. 3360; Cass., 21 marzo 2012, n. 4502; Cass., 9 novembre 2011, n. 23314; Cass., 29 febbraio 2008, n. 5485; Cass., 26 ottobre 2005, n. 20776.

⁷ Cfr. art. 16 del Trattato lateranense tra la Santa Sede e l'Italia sottoscritto in data 11 febbraio 1929 (pubblicato negli *Acta Apostolicae Sedis* n. 6 del 7 giugno 1929); legge 27 maggio 1929, n. 810 – esecuzione del Trattato, dei quattro allegati annessi e del Concordato.

⁸ Cfr. Legge 7 luglio 2016, n. 137, Ratifica ed esecuzione della Convenzione tra il Governo della Repubblica italiana e la Santa Sede in materia fiscale, Città del Vaticano 1° aprile 2015, con relativo Scambio di Note verbali del 20 luglio 2007.

La Convenzione stabilisce l'esenzione dai tributi, senza necessità di ulteriori e specifiche disposizioni, con estensione anche alle questioni ancora pendenti e non definite con sentenza passata in giudicato (art. 6.1, Convenzione, cit.).

Si richiamano espressamente nel Preambolo (e nel successivo art. 6, norma cit.) le disposizioni del Trattato lateranense, come formula di salvaguardia e di conferma delle prerogative riconosciute in favore degli Enti centrali della Chiesa. In particolare, le richiamate disposizioni si riferiscono agli immobili indicati nel Trattato, i quali non possono essere assoggettati a vincoli oppure a espropriazioni per causa di pubblica utilità, se non previo accordo con la Santa Sede e sono esenti da tributi sia ordinari che straordinari, presenti e futuri, tanto verso lo Stato quanto verso qualsiasi altro ente, senza necessità di ulteriori e specifiche disposizioni di esenzione. V. sub nota 7.

⁹ Norme da trasferire nei Regolamenti applicativi e istitutivi dell'imposta in esame, come per gli edifici di culto. V. sub. nota 6.

¹⁰ Difatti, pur comprendendo le ragioni alla base della decisione, si potrebbe obiettare che con l'adozione del Trattato lateranense le Parti volessero «produrre diritto», vale a dire vere e proprie norme giuridiche dotate di efficacia precettiva e non semplici documenti cui attribuire un mero valore programmatico (nel caso in esame giuridicamente inutili).

¹¹ La CTR, con sentenza n. 873/1/2015, peraltro oggetto di ricorso per Cassazione, aveva riconosciuto

D'altronde, la produzione e il conferimento di rifiuti¹² rappresentano la *ratio* dell'imposizione e delle relative agevolazioni¹³. In linea, quindi, con precedenti orientamenti giurisprudenziali¹⁴, l'esclusione degli immobili destinati al culto viene prevista solo perché sono considerati «incapaci di produrre rifiuti, per loro natura e caratteristiche e per il particolare uso cui sono adibiti»¹⁵.

Nel caso di specie, non viene rappresentata alcuna condizione oggettiva di esenzione dell'immobile. Lo stesso, infatti, produce rifiuti come gli altri edifici alla stessa funzione destinati.

Inoltre, non si può trascurare come circostanza rilevante che l'atto impositivo avesse con precisione determinato le superfici tassabili, distinguendo tra aree effettivamente destinate al culto e quelle destinate agli ordinari servizi per i convittori¹⁶.

Peraltro, la stessa normativa concordataria prevede come principio generale di riferimento che gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti¹⁷ possano svolgere at-

l'esenzione anche in relazione all'anno 2006, sempre sulla base del disposto dell'art. 10, comma 1, lett. b) del Regolamento comunale in relazione all'art. 16 della l. 20 maggio 1985, n. 222, cit.: «Agli effetti delle leggi civili si considerano comunque: a) attività di religione o di culto 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; b) attività diverse da quelle di religione o di culto quelle di assistenza e beneficenza, istruzione, educazione e cultura e, in ogni caso, le attività commerciali o a scopo di lucro».

¹² In ordine alla natura giuridica del tributo, precisa la Corte di Cassazione che la tassa sui rifiuti – nonostante le alterne vicende per effetto delle quali è passata da tributo a tariffa e da tariffa a tributo nell'evoluzione normativa della disciplina (D.P.R. n. 507 del 1993; D.lgs. n. 22 del 1997; D.lgs. n. 152 del 2006; art. 15 del D.l. n. 201 del 2011, convertito con L. n. 214 del 2011) – ha avuto sempre, e in particolare a partire dalla disciplina dettata con il c.d. “decreto Ronchi”, una valenza specifica di corrispettivo di un servizio legato alla qualità e quantità dei rifiuti prodotti dal soggetto passivo. In tal modo, articolandosi in una “quota fissa”, commisurata alle necessità pubbliche di erogazione del servizio ed in una “quota variabile”, commisurata ai rifiuti prodotti (Cass., n. 4027/2012, cit.).

¹⁶ giurisprudenza, Cass. 13 giugno 2012, n. 9631; Cass. 14 gennaio 2011 n. 775; Cass. 9 novembre 2011, n. 23314; Cass. 11 novembre 2011, n. 23584; Cass. 12 maggio 2010, n. 11437; Cass. 11 marzo 2010, n. 5929; Cass. 5 marzo 2009, n. 5297; Cass. 5 marzo 2009, n. 5298; Cass. 5 marzo 2009, n. 5299; Cass. 27 febbraio 2009, n. 4766; Cass. 29 luglio 2009, n. 17601; Cass. 12 giugno 2009, n. 13711; Cass. 29 febbraio 2008, n. 5485; Cass. 10 ottobre 2008, n. 24922; Cass. 9 agosto 2007, n. 17526; Cass. 15 febbraio 2006, n. 3274; Cass. 23 ottobre 2006, n. 22804; Cass. 17 ottobre 2005, n. 20033; Cass. 5 marzo 2004, n. 4573; Cass. 23 marzo 2005, n. 6316; Cass. 8 marzo 2003, n. 4645; Cass. 17 novembre 2003, n. 17356.

¹³ Cfr. art. 62, comma 2, del D.lgs. n. 507/1993, cit. Si richiama il generale principio secondo cui non sono soggetti alla tassa i locali e le aree che non possono produrre rifiuti o per la loro natura o per il particolare uso cui sono stabilmente destinati o perché risultino in obiettive condizioni di non utilizzabilità nel corso dell'anno, qualora tali circostanze siano indicate nella denuncia originaria o di variazione e debitamente riscontrate in base ad elementi obiettivi direttamente rilevabili o ad idonea documentazione.

¹⁴ Cfr. Cass., n. 4027/2012, cit.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Con il terzo motivo, la ricorrente lamenta violazione e falsa applicazione delle richiamate disposizioni di legge nella parte in cui la sentenza impugnata ha ritenuto giustificata l'esenzione per gli anni 2010 e 2011 “...omettendo di rilevare che l'atto impositivo aveva determinato le superfici tassabili distinguendo tra aree effettivamente destinate al culto e superfici destinati agli ordinari servizi per i convittori”.

¹⁷ La qualifica di ente ecclesiastico civilmente riconosciuto, come noto, indica una categoria propria dell'ordinamento statale e non dell'ordinamento canonico. Sul tema, FAUSTINO DE GREGORIO, *Brevi*

tività diverse da quelle di religione o di culto, alle condizioni previste dall'art. 7, n. 3, secondo comma, dell'Accordo del 18 febbraio 1984, in relazione al quale le richiamate attività diverse sono soggette¹⁸ alle leggi dello Stato concernenti il regime tributario previsto per le medesime attività¹⁹.

Su tali presupposti funzionali, la Corte ritiene fondati i motivi di ricorso proposti dalla società, ravvisando vizio di omessa pronuncia della CTR in riferimento alla legittimità dell'applicazione del tributo in relazione alle annualità oggetto di accertamento. Accoglie il ricorso e cassa la sentenza impugnata, con rinvio alla CTR competente in diversa composizione²⁰.

Di conseguenza, il giudice di merito in sede di rinvio avrà l'onere di operare una specifica distinzione tra le porzioni di immobile destinate al culto, esenti da tassazione e quelle destinate ad alloggi e servizi per i seminaristi, soggetti invece a tassazione.

4. Rapporti tra attività commerciale e non commerciale. Nuove (e preoccupanti) prospettive

Strettamente collegate con la tematica in esame risultano le recenti innovazioni²¹

note in materia di esenzioni Imu per gli istituti religiosi. Attualità e orientamenti interpretativi, in *Dir. Prat. Trib.*, 4, 2017, p. 1713 ss.; SETTIMIO CARMIGNANI CARIDI, *Il regime tributario dell'ente ecclesiastico*, in JUAN IGNACIO ARRIETA (a cura di), *L'attività degli enti ecclesiastici e il controllo dello Stato*, Marcianum Press, Venezia, 2007, pp. 211-240; PAOLO PICOZZA, *Gli enti ecclesiastici: dinamiche concordatarie tra innovazioni normative e disarmonie di sistema*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2004, 1, p. 173; RAFFAELE BOTTA, *Enti centrali della Chiesa e immunità dalla giurisdizione dello Stato: ambiguità pattizie e ripensamenti della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2003, 10, p. 1293 ss.; PAOLO CAVANA, *Enti ecclesiastici e controlli confessionali*, Torino, 2002; ANTONIO FUCCILLO, *Le nuove frontiere dell'ecclesiasticità degli enti*, Napoli, 1999; MARIO TEDESCHI, *Associazioni ecclesiastiche e autonomia negoziale*, in ANTONIO FUCCILLO (a cura di), *Fenomeno associativo e attività notarile*, Jovene, Napoli, 1995, p. 84 ss.

¹⁸ Tali attività devono essere, comunque, svolte nel rispetto della struttura e delle finalità di tali enti. In dottrina, MARIA D'ARIENZO, *Chiesa ed economia*, in questa *Rivista*, 8, 2, 2009, pp. 214-224.

¹⁹ Cfr. art. 15, L. n. 222/1985, cit. Con riferimento ai principi costituzionali, v. ANDREA BETTETINI, *Art. 20*, in *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, vol. I, p. 445 ss.; PAOLO DI MARZIO, *L'art. 20 della Costituzione. Interpretazione analitica e sistematica*, Torino, 1999; MARIO RICCA, *Morte della "manomorta"? Abrogazione dell'autorizzazione agli acquisti delle persone giuridiche e rilevanza costituzionale della normativa concordataria*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1997, vol. I, p. 1066 ss.

²⁰ La CTR si uniformerà al principio di diritto espresso in tema di tassa per la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani (Tarsu). V. *sub par.* 1.

²¹ In realtà il problema si era già posto con lo schema di Regolamento ministeriale predisposto al fine di risolvere i problemi di equilibrio (virtuoso) tra attività *no profit* e *for profit*. V. Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi – Adunanza di Sezione del 27 settembre 2012, Schema di decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, recante *Regolamento avente ad oggetto la determinazione delle modalità e delle procedure per stabilire il rapporto proporzionale tra le attività svolte con modalità commerciali e le attività complessivamente svolte dagli enti non commerciali di cui all'art. 73, comma 1, lettera c), del Tuir*.

²¹ L'interno del citato Regolamento, l'Amministrazione ha compiuto alcune scelte applicative che non solo esulano dall'oggetto del potere regolamentare attribuito, ma sono state effettuate in assenza di criteri o altre indicazione normative atte a specificare la natura non commerciale di una attività.

in ordine al corretto rapporto tra le attività commerciali e quelle complessivamente svolte dagli enti non commerciali (compresi gli enti ecclesiastici). Per tali enti, infatti, la collocazione formale non può che essere all'interno della categoria degli enti non commerciali/di Terzo settore²² dei quali ne costituiscono un sottoinsieme, risultando legati da un rapporto di *species a genus*²³.

Sul punto, il legislatore interviene con una disciplina di dettaglio il cui obiettivo è quello di allinearsi alla corrispondente normativa dell'Unione europea²⁴. In

²² Con riferimento al tema delle attività degli enti non commerciali, v. FABRIZIO AMATUCCI, *La identificazione degli enti non commerciali ai fini fiscali tra requisiti formali e sostanziali nel panorama europeo*, in *Riv. dir. trib. int.*, 2012, II, pp. 77, 89; MARIDA ANSELMO, *Le attività commerciali nella disciplina fiscale del terzo settore*, in GIUSEPPE ZIZZO (a cura di), *La fiscalità del terzo settore*, Giuffrè, Milano, 2011, 203-300; GIUSEPPE ZIZZO, *I tratti caratterizzanti dell'IRES*, in AA.VV., *Lezioni di diritto tributario sostanziale e processuale*, Ed. Boll. Trib., Milano, 2009, pp. 149-155; THOMAS TASSANI, *Il regime fiscale degli enti non commerciali e delle Onlus: questioni attuali*, CNN Studio, 80, 2009; GIAN MARIO COLOMBO, *Associazioni: enti commerciali o enti non commerciali?*, in *Corr. Trib.*, 2009, 28, p. 2265; MAURO BEGHIN (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'IRES*, Giuffrè, Milano, 2008; LAURA CASTALDI, *Enti non commerciali (Dir. trib.)*, in *Enciclopedia giuridica*, Milano, 2008, 547 ss.; ANGELA MARIA PROTO, *La fiscalità degli enti non societari*, Giappichelli, Torino, 2003, 242; MICHELE CANTILLO, *Enti non lucrativi (diritto tributario)*, in *Enciclopedia del diritto*, IV agg., Milano, 2000, 531 ss.; GIOVANNI BIANCHI, *I paradossi della commercialità: le conseguenze dell'attribuzione all'ente non lucrativo della qualifica di "ente commerciale"*, in *Il Fisco*, 2000, p. 13418; GIULIANO TABET, *Nuova disciplina tributaria degli enti non profit*, in *Boll. Trib.*, 1999, 2, pp. 103-107; VALERIO FICARI, *La disciplina fiscale degli enti non commerciali nel D.lgs. 4 dicembre 1997 n. 460*, in MARCO MICCINESI (a cura di), *Commento agli interventi di riforma tributaria*, Cedam, Padova, 1999, p. 685; ID., *Strumentalità dell'attività commerciale e fine non lucrativo nella tassazione delle associazioni*, in ANDREA FEDELE (a cura di), *Il regime fiscale delle associazioni*, Cedam, Padova, 1998, p. 5; LORIS TOSI, *Gli enti di tipo associativo*, in *Giurisprudenza sistematica di Diritto tributario*, Torino, 1996, p. 261; FRANCESCO TUNDO, *L'esercizio di attività commerciali da parte degli enti di tipo associativo nella disciplina dell'imposizione diretta*, in ROBERTO ARTONI (a cura di), *Gli enti non profit. Aspetti tributari*, Cedam, Padova, 1996, pp. 239-262; GIUSEPPE MELIS, *La riforma della disciplina degli enti non commerciali*, in AA.VV., *L'opera di Franco Gallo come Ministro delle Finanze*, Quasar, Roma, 1995, pp. 99-107; ENRICO NUZZO, *Questioni in tema di tassazione di enti non economici*, in *Rass. Trib.*, 1995, I, p. 107; CLAUDIO SACCHETTO, *L'imposizione degli enti non commerciali nel Testo Unico*, in *Le circolari del Corriere Tributario*, 1988, p. 8.

²³ Gli enti ecclesiastici non hanno, infatti, per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciale. Inoltre, il collegamento con la categoria generale degli enti non profit è dato dalla mancanza di lucro soggettivo. Agli effetti tributari gli enti aventi fine di religione o di culto, come pure le attività dirette a tali scopi, sono equiparati a quelli aventi fine di beneficenza o di istruzione.

²⁴ In un contesto inteso a valorizzare il concetto di attività economica in senso comunitario, va ricordato che il diritto dell'Unione europea ha da tempo affrontato la questione dei presupposti necessari per escludere la natura commerciale di una attività, non tanto facendo riferimento al concetto dell'assenza dello scopo di lucro, ritenuto non determinante (Cfr. *Corte Giust. UE*, 1 luglio 2008, C-49/07, punti 27 e 28, con riferimento alla nozione di impresa), ma piuttosto richiamando il carattere non economico che deve qualificare l'attività non commerciale.

²⁵ costituisce principio ormai pacifico, quello secondo cui la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che eserciti una attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento, in tal senso v. *Corte Giust. UE*, 23 aprile 1991, C-41/90, Hofner; 17 febbraio 1993, C-159-160/91. Principi ribaditi anche da *Corte Giust.*, 3 marzo 2011, C-437/09 e 12 luglio 2012, C-138/11. Per chiarire la distinzione tra attività economiche e non economiche, la giurisprudenza ha costantemente affermato che qualsiasi attività, consistente nell'offrire beni e servizi in un ambito commerciale, realizza una attività economica. Cfr. *Corte Giust. UE*, 27 giugno 2017, n.

particolare, l'art. 79 del D.lgs. n. 117/2017²⁵ riconosce la natura non commerciale esclusivamente alle attività “svolte a titolo gratuito o dietro versamento di corrispettivi che non superano i costi effettivi”²⁶.

Di conseguenza, la disposizione seppur finalizzata a contrastare fenomeni elusivi, suscita non poche perplessità. Attribuire soltanto alla “gratuità” oppure alla “quasi gratuità” del servizio una rilevanza prevalente ai fini della determinazione della qualifica di ente non commerciale, ci porta (*paradossalmente*) a considerare che solo gli enti in perdita o destinati a gestioni fallimentari, potranno continuare a rivestire la qualifica tributaria di enti non commerciali/di Terzo settore²⁷.

In conclusione, le criticità e le incertezze evidenziate non sono, comunque, riconducibili a un ripensamento delle disposizioni di sistema, le quali riflettono anche un valore giuridico della storia (dei rapporti tra Stato e Chiesa cattolica) che non può essere messo in discussione da questioni economiche.

Tuttavia, nelle modalità di applicazione qualcosa deve essere rivisto. Non credo si possa continuare di sentenzia in sentenza a definire problematiche così importanti

C-74/16; 26 marzo 2009, causa C-113/07; 11 luglio 2006, C-205/03; 16 giugno 1987, C-118/85; 18 giugno 1998, C-35/96; 12 settembre 2000, C-180-184/98.

Per riferimenti sistematici, PIETRO BORJA, *European Tax Law*, Giuffrè, Milano, 2014; FABRIZIO AMATUCCI, *L'influenza della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE sulla individuazione dei soggetti passivi Ires*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2013, LXXXIV, 5, 1079-1093; FRANCESCO D'AYALA VALVA, *Il giudice tributario Europeo (Atti del convegno di studio – Palazzo di Giustizia, 14 ottobre 2005)*, in *Magistratura Tributaria*, numero unico, 2006.

²⁵ Con riferimento all'evoluzione normativa, v. Linee guida per una Riforma del Terzo Settore, 12 maggio 2014; L. 6 giugno 2016, n. 106, Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale.

^v, inoltre, i decreti attuativi della citata legge delega: D.lgs. n. 6 marzo 2017, n. 40, Istituzione e disciplina del servizio civile universale, a norma dell'articolo 8 della legge 6 giugno 2016, n. 106; D.lgs. 3 luglio 2017, n. 111, Disciplina dell'istituto del cinque per mille dell'imposta sul reddito delle persone fisiche a norma dell'articolo 9, comma 1, lettere c) e d), della legge 6 giugno 2016, n. 106; D.lgs. 3 luglio 2017, n. 112, Revisione della disciplina in materia di impresa sociale, a norma dell'articolo 2, comma 2, lettera c) della legge 6 giugno 2016, n. 106; D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106.

^{si} segnalano, inoltre, i decreti correttivi: D.lgs. 20 luglio 2018, n. 95, Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 112, recante revisione della disciplina in materia di impresa sociale, ai sensi dell'articolo 1, comma 7, della legge 6 giugno 2016, n. 106; D.lgs. 03 agosto 2018, n. 105, Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, recante: «Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106».

²⁶ Cfr. art. 79, comma 2, norma cit. In riferimento all'inquadramento dell'ente ecclesiastico nella recente riforma del Terzo settore, v. FRANCESCA MORONI, *Enti religiosi e riforma del Terzo settore. Profili tributari*, Aracne, Roma, 2019.

²⁷ La «non commercialità» e «assenza di scopo di lucro» sono concetti differenti, spesso confusi, rispetto ai quali non risulta agevole, sul piano giuridico, individuare un corretto punto di equilibrio. L'utile di gestione costituisce non il fine dell'associazione, ma il mezzo per il conseguimento delle finalità istituzionali dell'ente, complessivamente considerato. La presenza di utili evidenzia una variabile economica e non commerciale (*no-distribution constraint*), rappresentativa del buon andamento gestionale dell'ente. A differenza del comune imprenditore, il quale è libero di destinare i profitti della sua attività economica a propria discrezione, l'ente non lucrativo risulta obbligato ad impiegare tali «profitti» gestionali alla realizzazione delle finalità istituzionali.

e legate alle attività degli enti in esame.

A tal fine potrebbe essere utile l'istituzione di una Commissione bilaterale²⁸, come accaduto in passato per altre controversie, nella prospettiva di ricercare soluzioni sistematiche, affrontando la questione tributaria dei rapporti tra Stato e Chiesa in termini chiari, complessivi e concordati.

In tal modo sarebbe possibile evitare che i rappresentanti legali degli enti ecclesiastici interessati, si trovino a sostenere responsabilità economico-patrimoniali (e non solo), rispetto a opere realizzate nell'ambito di quelle legittime attività diverse, necessarie per il funzionamento degli stessi enti religiosi.

²⁸ Ai sensi dell'art. 14, del citato Accordo tra la Repubblica italiana e la Santa Sede (1984).

Diritto e religioni

PARTE III

Letture

DIEGO EDIGATI, ELIO TAVILLA (a cura di), *Giurisdizionalismi. Le politiche ecclesiastiche negli Stati minori della Penisola italiana in età moderna*, Aracne, Roma, 2018, pp. 1-236

In questo volume si affrontano una serie di temi legati alla prassi del giurisdizionalismo negli antichi Stati italiani ed esattamente nel titolo si fa riferimento ai giurisdizionalismi al plurale. Ciò richiama l'analisi compiuta da Carlo Fantappiè (in uno scritto apparso in un precedente volume della medesima collana *Spiritualia et Temporalia*), in cui mette in luce il passaggio dalla classificazione dogmatica ad una nozione storico politica del giurisdizionalismo. In particolare, nel processo dialettico di interazione tra potere politico e potere religioso si assiste al passaggio da una definizione formale e unitaria di giurisdizionalismo, coniata dalla dogmatica giuridica, ad una definizione composita ed evolutiva (Cfr., Carlo Fantappiè, *Giurisdizionalismo*, in *La prassi del giurisdizionalismo negli Stati italiani. Premesse, ricerche, discussioni*, a cura di Daniele Edigati – Lorenzo Tanzini, Roma, Aracne, 2015, pp. 305-322).

Posto che il governo delle entità statuali di Antico Regime non fu improntato su linee programmatiche astratte, ma modellato in relazione agli stimoli forniti dalle contingenze quotidiane, il giurisdizionalismo deve essere presentato come un fenomeno dinamico dalle tante facce, così come ce ne sono tante per il separatismo e ancora di più per la laicità. Se poi aggiungiamo le interpretazioni che si danno ai concordati (*historia concordatorum*, *historia dolorum*), ne ricaviamo la considerazione che tutto ciò che concerne il rapporto dello spirituale con il temporale è soggetto a valutazioni diverse e talvolta anche contrastanti.

Come sottolinea Elio Tavilla, nel saggio introduttivo a questa raccolta; «Le carte d'archivio, faticosa messe di un accesso e di una soluzione compiuta dallo studioso avvertito, costituiscono invariabilmente lo strumento più efficace per dar corpo e fondamento a ipotesi di lavoro che la prima cernita suggerisce, una campionatura accorta conferma o rimodella, uno spoglio sistematico trasforma in contributi capaci di portare alla ribalta nuove acquisizioni» (pp. 9-10).

Ed è proprio la ricerca e l'analisi di una inedita documentazione d'archivio che fa emergere la “prassi” del giurisdizionalismo nei cosiddetti Stati “minori” e in contesti limitati; un panorama fino ad ora trascurato o preso in esame soltanto da ricerche di taglio locale.

Possiamo così leggere i contributi di: Elio Tavilla, *Le prassi giurisdizionali alla prova della documentazione d'archivio degli “stati minori”. Al modo di un'introduzione*, pp.9-20; Blythe Alice Raviola, *“Con smembrazione e riserva del patronato”*. *Appunti per un'analisi del giurisdizionalismo nel Monferrato gonzaghesco*, pp. 21-43; Ugo Bruschi, *“Un Principe totalmente pio, ecclesiastico, apostolico romano”*. *Dinamiche del giurisdizionalismo nel Ducato di Parma e Piacenza da Pier Luigi Farnese alle*

guerre di Castro, pp. 45-75; Matteo Al Kalak, *Un magistrato a difesa degli ebrei. Il delegato ai catecumeni nel Ducato estense*, pp. 77-95; Lorenzo Sinisi, *Il "martello de' vescovi"? Prime note sulla Giunta Ecclesiastica della Repubblica di Genova (1638-1797)*, pp. 97-123; Marco Cavarzere, *Istituzioni ecclesiastiche e conflitti giurisdizionali nello Stato di Massa al tempo dei Cibo-Malaspina*, pp. 125-141; Daniele Edigati, *Controllo dei luoghi pii e amministrazione dei beni della Chiesa. Il caso delle opere nella Repubblica di Lucca (secolo XVIII)*, pp. 143-184; Id., *Per una storia dei rapporti fra Principato di Piombino e Chiesa nell'età dei Ludovisi e dei Boncompagni*, pp. 185-224.

A ciò si deve aggiungere che il volume è arricchito da un prezioso indice dei nomi, che ci consente di osservare attraverso la bibliografia che siamo in presenza di una tematica che desta l'interesse, oltre che degli storici del diritto, degli ecclesiastici e degli storici della Chiesa, come pure di quelli della società civile.

Qualche perplessità può derivare soltanto dalla collocazione di Genova tra gli Stati minori, ma forse si tratta esclusivamente di motivazioni editoriali. E' quindi opportuno ricordare che la Repubblica di Genova, finché fu possibile, continuò a regolare i rapporti con la Corte di Roma per mezzo del denaro e con tale strumento controllò le istituzioni ecclesiastiche e le nomine episcopali. Successivamente nel tardo Settecento i conflitti diventano uno strumento per far valere l'autorità dello Stato, ormai in declino e la vicenda della Corsica rappresenta così il più significativo esempio di debolezza della Repubblica.

In particolare, è proprio osservando le nomine episcopali che si può agevolmente verificare che dal XVI secolo e per tutto il corso dell'antico regime la sede metropolitana fu retta da ordinari appartenenti a famiglie provenienti dal patriziato cittadino o, in qualche caso, alla nobiltà locale (ove presente come nei casi di Albenga e di Sarzana), mentre le grandi famiglie non mancavano di assicurarsi una adeguata presenza nel collegio cardinalizio. Un controllo quello delle sedi che si estese alle diocesi soggette solo politicamente alla Repubblica, ma non a quelle appartenenti soltanto alla giurisdizione del metropolita genovese.

Anche le celebrazioni dei concili particolari e dei sinodi diocesani si scontrò, da un lato con l'affermarsi del centralismo della Curia romana e dall'altro con il giurisdizionalismo di Stato che, poco incline a riconoscere le autonomie sebbene di ordine religioso, voleva controllare gli esiti di tali riunioni, ma anche.

Una accurata ricerca sui *Sinodi postridentini della provincia ecclesiastica di Genova* (che si svolse – pur tra ostacoli oggettivi e qualche ostilità di carattere personale – nell'Ateneo genovese) si fermò all'anno 1699. Questo perché andando oltre si sarebbe soltanto gonfiato il periodo preso in esame, ma non ci sarebbe stato materiale significativo su cui soffermarsi. In effetti nella diocesi di Genova tra il 1683 (sinodo dell'arcivescovo Giulio Vincenzo Gentile) e il 1838 (sinodo dell'arcivescovo Placido Maria Tadini) passano 155 anni e non a caso sono gli anni del giurisdizionalismo settecentesco e della Rivoluzione di Francia.

Siamo dunque in presenza di un panorama complesso e variegato, per cui non ci resta che augurare che Lorenzo Sinisi, che – dopo aver fissato (nel saggio sopra citato) esattamente nell'anno 1638 la data esatta per l'avvio di una stabile attività della Giunta ecclesiastica della Repubblica di Genova – ci presenti anche ulteriori approfondimenti su questo tema, che certamente non mancheranno di mostrare non pochi profili di interesse.

GIOVANNI B. VARNIER

MATTEO LUGLI, MARCELLO TOSCANO (a cura di), *Il matrimonio tra diritto ecclesiastico e diritto canonico*, Giuffrè Editore, Milano, 2018, pp. VIII-263 (Università degli Studi di Milano, Facoltà di Giurisprudenza. Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze Giuridiche “Cesare Beccaria”)

Il volume in recensione raccoglie una serie di saggi di diritto matrimoniale canonico ed ecclesiastico, pubblicati in occasione della cessazione dal servizio per raggiunti limiti di età del professore Alessandro Albisetti. Si tratta di un modo per festeggiare lo studioso o, meglio, come si esprime Matteo Lugli nella *Premessa*, di «un affettuoso omaggio al professore Alessandro Albisetti, *leading figure* del diritto canonico ed ecclesiastico italiano» (p. VII).

Nella raccolta, curata da Matteo Lugli e Marcello Toscano, possiamo leggere gli elaborati sia di un gruppo di docenti e collaboratori del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Milano che del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano Bicocca, tutti provenienti dal medesimo ceppo culturale.

Siamo, dunque, in presenza di un atto che parte dall'Ateneo statale e arriva a quello di Bicocca e da queste sinergie è scaturita un'opera organica (e già come tale meritevole di interesse) alla cui costruzione hanno collaborato, nell'ordine alfabetico in cui i loro saggi risultano pubblicati, Alessandro Ceserani; Cristiana Cianitto; Matteo Lugli; Natascia Marchei; Daniela Milani; Ingrid Pistolesi; Alessandro Tira; Marcello Toscano.

Quanto al contenuto delle ricerche è possibile formulare solo qualche richiamo in ordine sparso, anche se tutto il materiale pubblicato meriterebbe di essere oggetto di analisi dettagliate.

Prendendo avvio da due saggi che possono essere considerati insieme: quello di Matteo Lugli, *I matrimoni misti nel Codex Iuris Canonici e nel Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium* e quello di Alessandro Tira che ha come titolo: *Osservazioni sulle lettere apostoliche “Mitis et Misericors Iesus” per la riforma dei processi di nullità matrimoniale disciplinati nel Codice dei canoni delle Chiese orientali*, vediamo che si tratta di lavori accurati, sostenuti da letture critiche delle norme e, in particolare, quello di Alessandro Tira si segnala anche per un apparato di oltre 120 note. Tuttavia si può dubitare che questo sforzo riformatore, pur approvato da papa Francesco, sia foriero di applicazione pratica. Infatti, c'è da ritenere che le gerarchie cattoliche d'Oriente continueranno a sistemare i loro matrimoni andati a pezzi senza troppo guardare a quanto viene da Roma, anche perché il concilio Vaticano II ha riconosciuto che tutti i fedeli orientali devono conservare i loro legittimi riti e la loro disciplina.

Nel saggio di Marcello Toscano: *La disciplina del matrimonio religioso con effetti civili tra diritto unilaterale e diritto pattizio. Brevi considerazioni de iure condendo*, l'autore si sofferma, tra l'altro, sul vallo che allontana le diverse forme di matrimonio religioso (p. 229); uno iato profondo che potrebbe risolversi – al termine di un pur difficile percorso – con l'avvio di un processo di “riassorbimento” del diritto pattizio all'interno del diritto comune per il fenomeno religioso (p. 241).

Toscano richiama anche il tema della riserva di giurisdizione, a cui le riforme del 2015 hanno dato un definitivo addio (vedi p. 226), non per colpa di un orientamento di politica ecclesiastica neo giurisdizionalista, ma per il nuovo corso intrapreso

dalla Chiesa cattolica, che sembra aver dimenticato l'impegno di Pio XI per il riconoscimento concordatario del matrimonio canonico.

Il saggio di Natascia Marchei, dal titolo: *La tutela dei diritti dell'uomo e il limite dell'ordine pubblico tra Chiesa cattolica e Stato secolare*, riguarda il ritorno del tema della delibazione delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale, in seguito all'applicazione del motu proprio *Mitis iudex Dominus Iesus*, di cui si è già fatto cenno.

In proposito si ricorda come nei confronti della Chiesa cattolica il punto di partenza fosse quello di una «indiscriminata apertura al riconoscimento delle sentenze di nullità matrimoniale» (p. 97) e questo è ben diverso – come sappiamo – dal «punto di approdo» (p. 98).

Tuttavia è stato individuato anche un punto di convergenza che, in luogo della «disciplina interna di rango legislativo» vede prevalere il «favore della tutela dei diritti fondamentali dell'uomo» (p. 99).

L'analisi – condotta con la finezza del giurista positivo – si articola nel confronto tra la sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 17 luglio 2014 e quella della Corte di Cassazione del 30 settembre 2016. Dall'esame emergono due diversi atteggiamenti che indicano come il percorso intrapreso dalla Cassazione risulti particolarmente tortuoso. Questo in riferimento al limite dell'ordine pubblico, che condiziona la trascrivibilità degli atti formati all'estero alla sola non contrarietà con lo stesso ordine pubblico.

L'ulteriore piano di indagine, suscettibile di sviluppi, deriva dalla legge n. 76 del 2016, che – come sappiamo – si riferisce alle unioni civili tra persone dello stesso sesso e la cui regolamentazione giuridica si fonda sull'articolo 2 della Costituzione. Quindi, come osservato, non si può parlare di «matrimonio egualitario» (p. 5, nota 11).

A questo punto la prosecuzione della lettura ci porta ad incontrare ulteriori pietre d'inciampo, suscettibili a mio avviso di notevoli sviluppi. È il caso del tema affrontato da Alessandro Ceserani nel suo saggio: *Solidarietà di copia. Nuovi modelli legali, delibazioni di sentenze ecclesiastiche e assegno divorzile*, il quale riconosce che la «legge sulle unioni civili e convivenze stabili ha realizzato nuovi modelli di rapporto tra *partners*» (p. 12).

Anche il contributo di Ingrid Pistolesi, prendendo in esame il rapporto tra unioni civili e convivenze dopo la legge 76 del 2016, sviluppa le diverse forme dello stare insieme. In proposito risulta indubbio come, orientandoci in questa direzione, sia necessario andare oltre la norma e chiederci in quale misura il riconoscimento di queste unioni – riconducibili alle formazioni sociali ove si svolge la personalità dell'uomo (art. 2 Cost.) – abbiamo aperto la strada, oltre ad ulteriori e diverse forme dello stare insieme, anche, in prospettiva, al riconoscimento civile delle unioni tra persone di sesso differente. Procedendo nel dare spazio alla prevalenza della volontà dell'individuo, che ricerca nell'incontro con l'altro il soddisfacimento dei propri interessi e non intende quindi costituire una famiglia come società naturale fondata sul matrimonio, si potrebbe giungere ad unioni poligamiche o poliandriche o anche di più uomini e più donne, da costruirsi sempre all'ombra dall'art. 2 Cost.. Stanno prendendo consistenza una serie di normative (quindi non soltanto sul piano del comportamento sociale) che ci inducono a chiederci per quanto tempo ancora potranno essere tenute insieme le diverse fattispecie matrimoniali prese in esame in questo volume.

Di attualità è anche il tema scelto da Daniela Milani che, alla luce del dibattito sinodale del 2014/2015, si muove tra matrimonio e famiglia e tra giustizia e misericor-

dia. Un panorama fatto di attese di rinnovamento prospettate e ma non realizzate, in linea con un disegno generale perseguito dall'attuale pontefice. Una pastorale che si muove tra annunci e parole in libertà senza il sostegno di precisi atti normativi.

È anche evidente, ancora in riferimento allo scritto della Milani, come nel matrimonio trovi spazio la sempre più marcata scissione tra sessualità e procreazione, questo con buona pace di tutta la precedente dottrina matrimoniale cattolica.

In conclusione siamo dunque in presenza di un omaggio, che ha come motivo conduttore «il tema del matrimonio [che] risulta centrale nell'attività scientifica» (p. VIII) del nostro festeggiato sia nel diritto canonico sia nel diritto ecclesiastico. Inoltre, la tematica matrimoniale è anche il motivo conduttore per invitarci a riflettere sulla prima opera monografica di Alessandro Albisetti, ormai diventata un pezzo di antiquariato librario, dal titolo: *Contributo allo studio del matrimonio putativo in diritto canonico. Violenza e buona fede*, pubblicata nel 1980 e che nel medesimo anno di edizione condusse lo studioso alla cattedra universitaria.

Cristiana Cianitto riprende ora proprio il tema della buona fede nel diritto e fa riferimento alle tre religioni del libro, evidenziando le profonde differenze concettuali che separano il matrimonio canonico da quello islamico e da quello ebraico.

In proposito possiamo qui richiamare quanto scritto da Francesco Finocchiaro in occasione della ripresentazione di Luigi Scavo Lombardo sulla buona fede nel diritto canonico e ora ripreso da Albisetti a p. 259: «la concezione della buona fede, dato comune del diritto romano, del diritto canonico e degli ordinamenti civili, è una figura giuridica le cui vicende dimostrano, ove fosse ancora necessario, che l'ordinamento della Chiesa, anche se ha le sue peculiarità... è un ordinamento giuridico la cui struttura non è diversa da quella degli ordinamenti giuridici secolari».

Questo scritto è del 1995 ma sembra ancor più lontano perché ormai la misericordia ha soffocato la giustizia.

Infine anche Alessandro Albisetti è tornato a riflettere sul tema del matrimonio putativo e del concetto di *bona fides* in un saggio dal titolo: *Ripensando al matrimonio putativo*, posto in *Appendice* al volume di cui stiamo discorrendo, confermando (a proposito di quella importante monografia) l'opinione, tutt'altro che negativa, di chi sostiene che nel corso della vita uno studioso non fa che scrivere un unico libro: sempre lo stesso.

GIOVANNI B. VARNIER

Pedro Juan Viladrich è stato sempre una figura attraente e un maestro stimolante nell'ambito della canonistica contemporanea; membro laico dell'Opus Dei, ha rivaleggiato con squisito garbo tra altri rari intellettuali, meno giovani ma più esperti, poliedrici e sistematici di lui, come Pedro Lombardia e Javier Hervada, quest'ultimo per altro connotato da una più netta impronta filosofica. Si è trattato, è ben noto, di una generazione fortunata, alquanto più motivata sul piano confessionale di quella che annoverò gli Scavo, i Baccari e i De Luca: (allievi chi dello Jemolo, chi di Del Giudice, per non ricordare altre personalità forti, cresciute al di fuori delle scuole egemoni); e tuttavia meno esperta sul terreno di quella ricostruzione dogmatica che accompagnò i codici italiani degli anni '40, secondo un metodo da tempo aduso alla disamina critica dei testi (mentre la canonistica di Curia si adeguava, di solito, ad una esegesi stretta, e perfino servile, del codice Gasparri): distacco, per altro, colmato dal coinvolgimento sia della scuola italiana che di quella spagnola (che della prima si era fatta un modello da seguire) nel sommovimento conciliare e, dopo un'esaltante periodo di mobilitazione, gettate poi, entrambe, nel generale disorientamento seguito alle vicende interminabili del contraddittorio papato (accentratore, e decisamente anticongregiale), di Giovanni Paolo II. Temperie, questa, che in seguito concorse alla cospicua emorragia, fra i canonisti delle due scuole, verso il diritto ecclesiastico, o il *derecho eclesiástico del Estado*.

Tra i pochi rimasti fedeli alle prime sperimentazioni dogmatiche sui codici, senza scoraggiarsi per le critiche degli storici, o da politiche di governo anticonciliari, o esser sviati dalla concorrenza degli interessi ecclesiasticistici, egemone è senz'altro, ormai, il nucleo della canonistica spagnola che continua a far capo all'Università di Navarra ed alle sue numerose diramazioni. Ed è innegabile che, di tanto in tanto, di ciò si vedano frutti probabilmente non perituri. Del che mi pare di trarre conferma dalla lettura di una nuova edizione dello studio di J.P. Viladrich sul consenso matrimoniale, appena pubblicata a Roma, senza alcun corredo bibliografico, per i tipi della Università della Santa Croce.

La mancanza di note, a mio parere, costituisce un rifiuto implicito della globale validità della dottrina apparsa in materia nel secolo dei codici; anche di quella meno cautamente riformista, quale a me pare il caso dell'amico Pierantonio Bonnet, purtroppo recentemente scomparso. Dall'A. apprendiamo che la sua lenta gestazione di una sistematica completamente nuova, nell'ispirazione e nello stile, risale a un quindicennio laborioso di riflessione sui concetti, e ad un attento vaglio dei medesimi in vista di convinte sistemazioni nuove, non tutte forse abbastanza mature da consentire oggi il pieno e libero sviluppo del progetto da Lui divinato. Per certo, tutt'altro che succube dell'ideologia moderna, l'A. ne affronta impavido le dinamiche su quei settori di frontiera, in cui il più recente legislatore canonico ha saggiato la resistenza dell'avversario, affrontandone alcuni nodi di modernità innegabile, quali (manco a dirlo) quelli inclusi nel can. 1095 del nuovo codice del 1983.

Quel che colpisce, però, oltre ai pochi, eppure essenziali riferimenti alla disciplina in atto, è l'attenzione complessiva della ricerca alle trasformazioni culturali moderne che, trovando consenso e anche appoggio all'interno di settori della Chiesa orientati in senso riformista, testimoniano un distacco teoretico sempre più rilevante dai presupposti ideologici dell'ideologia tridentina e postridentina; al centro

dei quali, con buona pace del potente partito curiale, l'A. sembra favorevole (per ragioni sue proprie e dopo meditata riflessione sulla deriva indotta dalla modernità su parte rilevante della coscienza cristiana odierna) a un consistente superamento della grandiosa sistemazione data, al tempo di papa Lambertini, alle procedure per la dichiarazione di nullità del sacramento del matrimonio, quale forte e preveggenze risposta di prima linea alla crisi indotta, nell'istituto matrimoniale tridentino, dall'attacco sferrato dal *code Napoleon* alla millenaria tradizione indissolubilista medievale, attraverso l'introduzione dell'istituto del divorzio.

Sul punto il Viladrich (membro laico della Prelatura, proveniente da una lunga e felice esperienza matrimoniale e familiare) riesce a mantenere una concezione "alta" del mistero dell'amore matrimoniale biblico; del quale ha indagato a fondo -fra natura e grazia- i più profondi e reconditi risvolti esistenziali, così come lo specifico segno divino-umano del suo innesto vitale negli abissi del mistero trinitario. Realtà che sa avvertire acutamente nel loro orizzonte adamico, prima che nelle loro implicazioni istituzionali e storiche, usualmente denominate come "cristiane". Onde, nelle cento pagine della prima parte del volume, dedicate alla "unione d'amore coniugale", pare sentir risuonare le battute di una sinfonia primaverile, che scioglie le nevi di un passato globalmente controversistico: così segnando il punto di non ritorno teologico di questo saggio programmatico, che torna finalmente ai fondamenti veterotestamentari di quella comunità di fede nella quale non c'è uomo né donna, non c'è giudeo né greco, ma Cristo è tutto in tutti.

Ben oltre "il mezzo del cammin di nostra vita", il saggio di questo anziano studioso segna un discrimine storico nel cammino della scienza, ben consapevole che l'ulteriore tratto di strada, che gli sarà concesso, non potrà certo perscrutare a fondo i frutti aperti dal fascio di luce, pur da Lui acceso non solo per gli allievi, ma anche, tra regole e valori, a una sensibilità giurisprudenziale nuova per il diritto vivente, capace di discernere, nella sua forza e nelle sue debolezze, la verità profonda di ogni rapporto d'amore ferito.

In questo capovolgimento di prospettiva, infatti, largo spazio può supporre sia dato per un ritorno rigoroso al principio per cui il processo è *actus trium personarum*, così come a una formazione più robusta, sia umanamente che dottrinalmente, del personale impiegato (ad ogni livello) nel delicato magistero di discernimento dell'autenticità (o meno) di un "atto di volontà di reciproca donazione e accettazione di sé in quanto persone sessuate, per costituire la complementarità fra mascolinità e femminilità in un possesso comune dovuto secondo giustizia". Il che è quanto l'A. ancor meglio spiega nell'introduzione alla seconda parte del volume: "In qualche maniera, a mio avviso, la canonistica, e in modo particolare i matrimonialisti, vivono un momento di transizione. Somiglia ad un ponte che comunica le due sponde del fiume: quella del passato e quella del futuro. Non nascondo che ho scritto questi commenti provando vivamente questa sensazione di transizione, come colui che deve congedarsi dal passato per affrontare con decisione e con audacia il futuro che troverà dall'altra parte del ponte, nell'altra riva del fiume.

Mi parve, quindi, che il miglior modo di abbandonare la sponda del passato fosse rendere un tributo di rispetto, ammirazione e obbedienza ai metodi dell'esegesi di quella tradizione, la cui eredità è parte della mia formazione canonistica, assumendoli con quell'impegno di onestà proprio di colui che ha appena scoperto un nuovo gioiello e lo tira a lucido per farlo risplendere il più possibile. Con questo mio tributo, la via verso l'altra sponda mi si è spianata, acquisita ormai quella libertà

di camminare nei miei futuri lavori nella seconda parte del ponte di questa travagliata transizione e, magari, riuscire a dare alcuni passi nella nuova sponda, se così piacesse alla Divina Provvidenza”.

FRANCESCO ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO

Stampato da
GLF - Castrovillari (Cs)

ISSN 1970-5301